

ALGUNAS PROBLEMÁTICAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

Simón Fernández Bravo**

Abogado

Resumen: *El control de la discrecionalidad administrativa por el principio de proporcionalidad, es parte del resultado de la reducción de las inmunidades judiciales de la Administración. No obstante, no debe confiarse ciegamente en el mismo, dado que existen trabas relevantes para la plena eficacia del principio, la cual, en última instancia, busca la justicia material en cada caso concreto. En el presente se exponen algunas de las mismas, derivadas de la naturaleza de este control y su relación con la independencia judicial.*

Palabras Clave: *Discrecionalidad, proporcionalidad, independencia judicial, tutela judicial efectiva, ponderación.*

Abstract: *The control of administrative discretion by the principle of proportionality is part of the result of the reduction of the judicial immunities of the Administration. However, it should not be blindly trusted, since there are relevant obstacles to the full effectiveness of the principle, which, ultimately, seeks material justice in each specific case. Some of them, derived from the nature of this control and its relationship with judicial independence, are set forth herein.*

Key words: *Discretionality, proportionality, judicial independence, effective judicial protection, balancing.*

INTRODUCCIÓN

Quizás, el tópico de la discrecionalidad administrativa lleve detrás una de las ideas más potentes del Derecho Administrativo, siendo que la Administración no sólo ejecuta la Ley, sino que hay algo más allá de esa mera aplicación de la Ley y las normas positivizadas.

Ahora bien, la justificación para continuar la discusión sobre este vetusto -aunque incesante- tema, es sencilla: la de poner el foco en la naturaleza del examen realizado por el Juez cuando controla los actos discrecionales a través del principio de proporcionalidad, ello con el fin de poner en el foco una vertiente más realista del problema, sobre todo, aludiendo al papel del Juez y su ardua labor argumentativa en la aplicación de este modo de control de la discrecionalidad administrativa.

* Este trabajo obtuvo el premio del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) para estudiante, edición 2022

** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2023).

Además, viendo cómo puede reducirse la discrecionalidad a través del control de la discrecionalidad del legislador, como lo ha expuesto Tomás-Ramón Fernández¹, aquí pretendemos abordar la eficacia de la reducción y el control de la discrecionalidad (con fundamento en el principio de proporcionalidad), a través de la revisión de la actividad judicial y la tarea en concreto que se lleva a cabo en el mismo.

Para todo ello, se atenderá a (i) la adopción de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo, (ii) una conceptualización del problema de la discrecionalidad, (iii) la construcción teórica del principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado (principalmente Francia y la Unión Europea), (iv) el rol de la independencia judicial en el tema y, de modo ilustrativo, (v) las deficientes tendencias de la justicia administrativa venezolana en la materia.

I. LA ADOPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Puede decirse que buena parte del proceso metamórfico del Derecho Público moderno parte de una idea harto brillante sostenida por los maestros García de Enterría y Fernández, quienes indican que:

*“Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho.”*²

De esa forma, los maestros argumentan que el Derecho Administrativo, en su momento, surgió como *“reacción directa a las técnicas del gobierno del absolutismo”*³. Lo que se entendía por Derecho en un primer momento, es decir, la voluntad del Rey (ahora entendido como una forma de la más pura arbitrariedad), pasaría a ser sustituido por la voluntad general, con lo cual, el Derecho no vendría más del Rey, sino del pueblo; ya no se hablaría de súbditos, sino de ciudadanos con verdaderos derechos amparados por el principio de legalidad.

Sin perjuicio de todo lo anterior, las más importantes deficiencias del mecanismo se percibieron más gravemente en el Siglo XX, período histórico destacable -en términos jurídicos-, entre otras cosas, por dos hitos: (i) la expansión administrativa dada la estructuración del Estado Social y (ii) la creciente relevancia de los principios generales del Derecho, a causa de las manifiestas deficiencias del positivismo textual (dadas las experiencias de los autoritarismos del Siglo XX).

Sobre el primero de los hitos, el profesor Maurer, señalando que la dilatación de funciones, y el compromiso con cumplir con las mismas, surge del *“principio del Estado Social”*, llevando a una ampliación tal que se acuñó la connotación de *“Estado administrativo”*, añadiendo que las obligaciones del legislador también han crecido, teniendo la *“obligación de dirigir y limitar la actuación administrativa mediante leyes y directrices”*⁴. En suma, el Estado y, por lo tanto, la Administración, tenía más ámbitos de actuación.

¹ Fernández, Tomás-Ramón, *“Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”* en *Revista de Administración Pública* N° 187, Madrid, enero-abril, 2012, pp. 141-170.

² García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Editorial Civitas, pp. 423-424.

³ *Idem*

⁴ Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pp. 62-63.

En segundo término, lo cual, para nuestros efectos, es imperante, las transformaciones de la realidad económica y social del siglo pasado vendrían de la mano de algunas de las circunstancias más reprochables de la historia jurídica, tales como los escenarios de la España franquista, la Italia fascista o, todavía más ilustrativo, en la Alemania nacionalsocialista. Sobre el particular, el profesor Walter Jellinek indicaba lo siguiente:

“En la época nacionalsocialista podía ser ley lo que decidía el Gobierno del Reich, incluso la llamada orden del Führer (...) ¿Qué sucede si la ley misma es injusta y arbitraria? En leyes nacidas de un Parlamento esto no es muy probable -a diferencia de las medidas dictatoriales-. Pero si, a pesar de todo, surgieran tales leyes injustas (...) entonces la teoría del derecho natural alemana, remozada en su interpretación desde 1945 considera tales leyes como no obligatorias”⁵.

Este pasaje es muy ilustrativo para los efectos del presente, debido a que revela una de las premisas claves sobre las cuales reposará el presente análisis: la posibilidad de los individuos de arrojarse bajo la tutela de un orden jurídico más allá del Derecho Positivo⁶.

Atendiendo al pasaje del profesor Jellinek, el profesor continúa su análisis con una fascinante precisión, al expresar que *“Estado de derecho, significa, ante todo, Estado judicial”*⁷, reconociendo la grandísima importancia de los jueces como guardianes de la legalidad, de la constitucionalidad y, en último término, del Derecho.

Tal afirmación debe considerar, por lo tanto, el funcionamiento del sistema de justicia en cuestión. Ya se había dicho que los profesores García de Enterría y Fernández fijaron que el Estado de Derecho depende de lo que se entienda por Derecho, por lo tanto, hay una gran importancia en lo que los jueces entiendan por Derecho.

Es aquí donde entran en juego los principios generales del Derecho aplicados al Derecho Administrativo. Nuevamente, como en buena parte de la evolución del Derecho Administrativo, es el Juez quien ha tomado la iniciativa. Con respecto a esto, Alejandro Nieto, en un tono mordaz y acertado, refiriéndose al positivismo español del Siglo XX, arguyó lo siguiente:

“El positivismo tradicional español no es sólo, como acabamos de ver, legalista estatal, sino, además, textual, es decir, que se atiene literalmente al texto de la ley. Esta nota no es consecuencia necesaria, ni mucho menos, del sistema político, sino que constituye un añadido incorporado por la práctica de los juristas. La idolatría del texto es, como todas las idolatrías, la forma más cómoda de actuar, puesto que permite prescindir no ya sólo de la crítica, sino de la reflexión mental. Los juristas y los Tribunales deben limitarse, por tanto, a aplicar estrictamente el texto de la ley, ya que, «existiendo normas legales aplicables al caso, no es pertinente la observancia de principios generales de Derecho ni la aplicación analógica» (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947)”⁸.

Así las cosas, Nieto continuaría sus cavilaciones, estableciendo la gran importancia del Juez en su rol de creador del Derecho, sobre todo, a través de la desaplicación de una determinada norma por la falta de convicción del Juez sobre la solución que pudiera dar la misma,

⁵ Jellinek, Walter. “Alemania como Estado de Derecho” en *Revista de Administración Pública* N° 6, Madrid, Septiembre-Diciembre, 1981, pp. 347-352.

⁶ García De Enterría, Eduardo. “Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública* N° 40, Enero-Abril, 1963, pp. 189-222.

⁷ Jellinek, Walter. *Alemania como Estado de Derecho*, pp. 347-352.

⁸ Nieto, Alejandro. “El Positivismo Jurídico y la Constitución de 1978” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 26, Mayo-Agosto, 1989, p. 26.

considerando sobre todo la primacía de la Constitución -dado el régimen democrático-, así como por la entrada de España en la Comunidad Europea, siendo que el Juez dejaba de fungir como “*boca de la Ley*” y podía ir más allá, dada la ampliación de la comprensión de lo que era el Derecho.

Sobre este aspecto, en Francia, Rivero expuso sus disquisiciones. Sin embargo, la postura de Rivero, menos incisiva que la expuesta por Nieto, es bastante reveladora. En esos términos, respecto de la autoridad de los principios generales del Derecho, Rivero alude a que:

“Antes de 1958, la mayoría de los comentaristas reconocían a los principios generales, una autoridad igual a la de la ley. Sin embargo, se ha manifestado que el Juez reconoce, a los principios, una cierta preeminencia sobre las mismas leyes, ya que es a ellos que se refiere para interpretarlas”.⁹

Esto ocurre con el caso de la decisión del Consejo de Estado francés del 17 de febrero de 1950, en donde, frente a la imposibilidad legal de ejercer recursos de cualquier tipo -debido a la prohibición legal de tal acción-, el Consejo de Estado decidió que podía ejercerse el recurso “*incluso en ausencia de un texto legal, contra todo acto administrativo, teniendo el recurso como finalidad garantizar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad*”¹⁰. El Consejo de Estado decidió emplear los principios generales del Derecho por encima de la Ley, creando una amalgama entre ambos.

Considerando esto, Rivero cierra su razonamiento aludiendo a la Jurisprudencia del Consejo Constitucional, la cual distingue entre los principios de valor constitucional y los de valor solamente legislativo, lo cual, dependiendo, del caso tiene implicaciones relevantes en aspectos de jerarquía normativa y de vinculación de los poderes públicos al Ordenamiento Jurídico¹¹. En fin, fueron estas las circunstancias que conllevaron a la dotación de relevancia de los principios generales del Derecho dentro del Derecho Administrativo.

En este estado, debe decirse que un terreno que ha sido especialmente fecundo para el desarrollo de los principios generales del Derecho ha sido el de la discrecionalidad administrativa, como se expondrá a continuación.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. EN ESPECIAL, POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *Discrecionalidad*

Considerando que la problemática esbozada anteriormente ocurría inclusive en situaciones genéricas, el tópico adquiere una complejidad mayor cuando se introduce el elemento de la discrecionalidad, el cual, es omnipresente en esta rama del Derecho. Dadas las dificultades propias de la discrecionalidad, los principios generales del Derecho hallaron un terreno fundamental para operar de manera eficaz.

En ese mismo sentido, cabe introducir la noción de la discrecionalidad. Para ello, es idóneo hacer referencia a las normas jurídicas que atribuyen potestades públicas. Las normas jurídicas se entienden como proposiciones condicionales, en medida de que plantean una

⁹ Rivero, Jean “*Derecho Administrativo*”, traducción de la novena edición, Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 82.

¹⁰ GAJA 504.

¹¹ Rivero, Jean “*Derecho Administrativo*”, p. 83.

hipótesis de hecho que, al ser comprobada, da lugar a una consecuencia jurídica¹². En tanto que, en la consecuencia jurídica, haya múltiples posibilidades para actuar por la Administración, se hablará de discrecionalidad, por simplificar harto la idea¹³. En suma, hay una pluralidad de soluciones justas¹⁴.

Ahora, habiendo comprendido que la discrecionalidad, se trata de la situación en que una potestad defiende la aplicación de su consecuencia jurídica a juicio de la Administración, cabe resaltar que debe distinguirse entre la discrecionalidad reglamentaria, propia de los poderes normativos de la Administración ejerciendo la función normativa (la cual, pese a su posibilidad de control a través de los principios generales del Derecho, no será la considerada a los efectos del presente, dada su autonomía), y la discrecionalidad típica, esencial de la función administrativa, objeto del presente ensayo¹⁵.

Continuando con la idea, se entrelaza esta idea con la de las libertades individuales, las situaciones jurídicas de los administrados, sus intereses, derechos subjetivos o cualquier componente de su esfera subjetiva que pueda ser afectada por la actividad administrativa y, en concreto, por el ejercicio de potestades discrecionales. Ante ello, la justicia administrativa debería fungir como elemento para suprimir las inmunidades y la arbitrariedad de los administradores¹⁶. No obstante, esa no es la concepción que han sostenido los sistemas de contencioso-administrativo desde el principio.

Partiendo de estos razonamientos, ha habido un tracto de debilitamiento de la inmunidad discrecional, propio de la evolución del contencioso-administrativo hacia un sistema más garantista. Con respecto a esta situación, García de Enterría en su mítico trabajo intitulado “*La Lucha contra las Inmunidades del Poder*”, dedica una buena porción de mismo a la inmunidad de los actos discrecionales. Refiriéndose a la inmunidad judicial de estos actos discrecionales, el autor reseña que en donde hubiere actos discrecionales, operaba una “*eliminación pura y simple*” del control de los mismos, en bloque¹⁷.

De ese modo, frente a la discrecionalidad, destacaba una multiplicidad de herramientas (la desviación de poder, la determinación de los hechos, los elementos reglados, los conceptos jurídicos indeterminados), dentro de la cual destacaron los principios generales del Derecho.

Así las cosas, concluye que “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

¹² Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 165-190.

¹³ *Ídem*

¹⁴ García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, pp. 458-498.

¹⁵ Esta distinción es hecha, entre otros, por Muci-Borjas, José Antonio en “*Potestad Reglamentaria y Reglamento*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 77-101.

¹⁶ González Pérez, Jesús, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo I”, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 18.

¹⁷ García De Enterría, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 8, 2016, p. 37.

esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”¹⁸, con lo cual, el Juez se atiene “a su más estricta función de defensor del orden jurídico”¹⁹.

Los anteriores pasajes del profesor García de Enterría dejan claro que la discrecionalidad no es sinónimo de *arbitrariedad*. De hecho, sobre el particular, el profesor argentino Juan Carlos Cassagne señala que el concepto de arbitrariedad “*comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario*”²⁰, concluyendo lo siguiente:

En este sentido, no sólo el juez está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de arbitrariedad, a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, sino que la Administración está paralelamente sometida a un control pleno y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones puede excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción.”

Aquí puede vislumbrarse un elemento que, a posteriori, será considerado, el cual se refiere a que el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del Derecho, en buena medida, depende de la premisa de que los mismos jueces no incurran en arbitrariedades en sus juzgamientos. Es decir, que la razonabilidad del ejercicio de la discrecionalidad judicial compromete absolutamente a la técnica.

2. *Los principios generales y el control de la discrecionalidad*

Dentro de todo esto, debe precisarse que hay un principio general del Derecho que ha jugado un rol de vital importancia para el desarrollo de esta técnica de control de la discrecionalidad: el principio de proporcionalidad. García de Enterría expresa que:

*“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, etc.”*²¹

En la misma órbita, Cassagne indica que:

*“En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad que, como se ha visto, es más amplio. La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.”*²²

La doctrina nacional, en particular, Brewer-Carías, se une a la misma línea argumentativa:

“El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la fal-

¹⁸ *Ídem*

¹⁹ *Ídem*

²⁰ Cassagne, Juan Carlos. *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, p. 2, disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf

²¹ García De Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 51-52.

²² Cassagne, Juan Carlos. *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, pp. 7-8.

*ta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.*²³

De estas citas se extrae la clara conclusión de que el ejercicio de la discrecionalidad no puede ser desproporcionado, so pena de ser arbitrario e irracional. Para ello, ha sido de gran ayuda la positivización de los límites a la discrecionalidad en las normas de procedimiento administrativo, tal como el caso del Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual contiene el mandato expreso de la proporcionalidad.

Ahora bien, este es el tratamiento de la doctrina imperante sobre el tema. Sin embargo, percibimos la imperiosa necesidad ahora de determinar la esencia del principio de proporcionalidad, su funcionamiento y sus implicaciones, así como la evolución jurisprudencial que ha conllevado a las opiniones de estos autores precitados.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Algunas notas sobre el principio

Para una mayor comprensión del empleo que le ha dado el juez administrativo al principio de proporcionalidad, se muestra la imperiosa necesidad de abordar las bases del principio de proporcionalidad, de la mano de las características que distinguen al mismo de otros principios generales del Derecho, lo cual llevará a diferenciarlo y a observar las particularidades del control a través de la proporcionalidad.

A. Tiene una vertiente de mandato y una de control

Afirma el maestro González Pérez que el principio de proporcionalidad es uno de los que *“han de informar toda la actividad administrativa”*, siendo que el mismo no postula otra cosa que una *“adecuación entre medios y fines”*, entre las medidas adoptadas y las necesidades que se buscan satisfacer²⁴.

En ese mismo orden, se trata de una racionalización del poder porque, como se observará después, abarca tres subprincipios que fungen como canal para la adopción a priori de decisiones (especialmente cuando se trata de medidas discrecionales) y de un control a posteriori de los mismos. En suma, provee al operador jurídico de una herramienta para reducir la subjetivación de los juicios intelectuales que emplea, la cual, como defendemos en el presente más adelante, persiste.

Si bien, como indica Tomás-Ramón Fernández, el legislador tiene un papel esencial al momento de reducir la arbitrariedad, dado que debe hacerlo *“mediante reglas precisas que no dejan a la discrecionalidad de las autoridades administrativas un campo de maniobra excesivo, que cierren el paso, en definitiva, a su eventual arbitrariedad”*²⁵, cuando la norma no alcanza a disuadir por completo la arbitrariedad, el principio de proporcionalidad

²³ Brewer-Carías, Allan R. “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 8/2016, 2016, pp. 119, citando a Linares, Juan Francisco *“Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, 197-229.

²⁴ González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Editorial Civitas, 2004, pp. 85-93.

²⁵ Fernández, Tomás-Ramón. *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*, p. 160.

juega un papel fundamental tanto para la formación de resoluciones de las autoridades administrativas, como para su eventual control por el Juez administrativo²⁶.

Si bien la vertiente de mandato tiene implicaciones de alta relevancia, en la segunda es que se pone el enfoque para el presente trabajo, como se ha dejado entrever.

B. *Es un mandato de optimización de posibilidades*

En primer lugar, debe decirse que los principios se contraponen a las reglas. Sobre esto, ambos conforman el género de normas jurídicas; sin embargo, Alexy alude a una distinción fundamental entre una y otra categoría: mientras que las reglas son “*normas que exigen algo en forma definitiva. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos*”, los principios son “*mandatos de optimización. Como tales, ellos exigen que algo sea realizado «en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes*”²⁷.

A pesar de su positivización en casos como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica de Administración Pública, se trata de un principio; es adecuado asentarlos, debido a las implicaciones prácticas que ello conlleva. Al comprender un mandato de optimización, su mecanismo de aplicación difiere del de las reglas, en medida de que el principio no posee mandatos definitivos, sino de optimización.

C. *Opera sobre actuaciones lícitas y lesivas*

Una última característica del principio de proporcionalidad es que, al momento de ser empleado para el control de los actos de la Administración, el mismo es de *última ratio*. Ello conlleva el hecho de que es un control subsidiario.

La excepcionalidad aparente que puede observarse en esta técnica de control viene dada por el hecho de que la misma ha de examinar actuaciones lícitas y lesivas. Debe tratarse de medidas lesivas, debido a que el administrado se encontrará en la posición de probar que, efectivamente, la medida juzgada ocasionó una lesión en su esfera subjetiva; a su vez, las medidas deben ser lícitas, debido a que no se viene a cuestionar su ilicitud, sino su desproporción, considerando los presupuestos de hecho y las soluciones disponibles para alcanzar el fin de la norma²⁸.

D. *Es de carácter sustantivo*

Otra característica que se muestra relevante es la naturaleza sustantiva o material del principio, la cual, le hace carecer de naturaleza formal o adjetiva, “*como acontece con el deber de motivar los actos administrativos o la audiencia del interesado*”, componiendo un “*parámetro de legalidad o justicia material, un componente del principio del Estado de Derecho*”²⁹, todo en aras de resaltar lo que debería ser la preeminencia de las libertades individuales sobre la actuación administrativa de cualquier clase.

²⁶ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 31-39 y 125-221.

²⁷ Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 91, Madrid, 2011, pp. 12-13.

²⁸ *Ídem*

²⁹ Barnes, Javier. “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de Administración Pública* N° 135 septiembre-diciembre, 1994, p. 501.

2. *La construcción del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*

Habiendo abordado las características del principio de proporcionalidad, considerándolo como una presente herramienta para la supresión de la arbitrariedad, deben hacerse algunas precisiones. García de Enterría, refiriéndose a la interdicción de la arbitrariedad, señala que “*la arbitrariedad no puede ser nunca un simple juicio subjetivo del juez (que obraría entonces sin fundamento objetivo y, por tanto, arbitrariamente él mismo) y que la vía normal de objetivarlo es el recurso resuelto a los principios generales del Derecho*”³⁰.

Debe decirse que, por la propia naturaleza del principio y de su método aplicativo (la ponderación), acogemos parcialmente esta postura de García de Enterría. Consentimos el hecho de que la arbitrariedad “*no debe ser un simple juicio subjetivo del Juez*”, no obstante, discrepamos en el hecho de que los principios generales del Derecho sean una manera de “objetivar” sus juicios, debido a que: (i) el Juez continúa siendo un ser humano, con lo cual, va a seguir siendo presa de sus sesgos, opiniones y apreciaciones particulares sobre la realidad, en donde los principios lo que hacen es orientar más que objetivar y (ii) este riesgo (el del subjetivismo y la consecuente arbitrariedad del Juez) es especialmente latente en el caso del principio de proporcionalidad, dado que su aplicación conlleva una omnipresente argumentación del Juez la cual, pensamos, no puede ser nunca objetiva del todo por su propia condición humana, por muy elaborada que sea. De todos modos, esta observación se sistematiza más adelante.

Como quiera que sea, para un mayor entendimiento del principio, debe decirse que el mismo se encuentra compuesto por el denominado *test de proporcionalidad*, el cual se integra por los subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En suma:

*“Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios que mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.”*³¹

Dicho esto, se pasa al desglose del test de proporcionalidad en los términos antes expuestos. Como se verá, la cobertura de protección de cada uno de estos principios se irá haciendo mayor cada vez que avance el test.

A. *El principio de idoneidad*

Primeramente, se debe abordar el principio de idoneidad. Así, el juicio que el operador jurídico ha de realizar al momento de examinar la idoneidad de un determinado acto administrativo se refiere al de verificar la adecuación entre los medios empleados por la Administración Pública para el caso concreto, y el fin que persigue la norma atributiva de competencias que da lugar a tal actuación de la Administración.

Tal como se desglosa de la cita anterior del maestro Alexy, se refiere a una optimización de las posibilidades fácticas, en medida de que consiste en “*una apreciación taxativa sobre la eficacia absoluta de la medida para conseguir un resultado*”³², siendo que sólo está abier-

³⁰ García De Enterría, Eduardo. “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota” en *Revista de Administración Pública* N° 124 enero-abril, 1991, Madrid, p. 226.

³¹ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 13.

³² Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 171.

ta la posibilidad de que exista, de acuerdo con el juicio de idoneidad, una medida manifiestamente desproporcionada, es decir, que no sea eficaz para el objetivo de la norma; palabras menos, no implica un juicio de gradación sobre la eficacia de la medida. En estos casos, la posibilidad argumentativa del Juez se ve bastante limitada, dado que ya se hizo referencia a que se trata de una apreciación taxativa, con lo cual, la cobertura tutelar tampoco es la más intensa.

Ahora, no debe confundirse el juicio de adecuación con la técnica de la desviación de poder, también de altísima relevancia para el control de los actos discrecionales de la Administración Pública, la cual se refiere al “*ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el Ordenamiento Jurídico*”³³, mientras, como se ha asentado, la idoneidad se trata de eficacia o ineficacia de unos determinados medios, empleados por la Administración, para la consecución de un determinado fin, verificar si la medida logra el fin o no, no se hace una valoración sobre si la potestad es ejercida con fines distintos a los del Ordenamiento.

Visto lo anterior, indudablemente, el Juez administrativo se ve en la necesidad de evaluar los hechos que justifican la medida, debido a que ha de examinar su apreciación y calificación, observar si se adecúan con la norma (la cual tendrá una determinada finalidad) y, en el caso de ver que la medida, desde la perspectiva de los hechos, no es eficaz para alcanzar los objetivos de la norma. Por ello se ha precisado que se trata de una optimización de posibilidades fácticas; en ningún momento pueden dejar de observarse los hechos.

Ahora, en este estadio, es prudente hacer referencia a la técnica del “*error manifiesto de apreciación*” aplicado al control de las potestades discrecionales de la Administración, desarrollada por el Consejo de Estado Francés, cuya relación se observa en casos de manifiesta desproporción, en donde juega un rol fundamental la apreciación de los hechos por parte de la Administración, a los efectos de determinar si tales circunstancias legitiman la medida adoptada³⁴ o si existe una desproporción razonada en un “*error manifiesto de apreciación*”, siendo que ello no se desliga del ideal vínculo entre la medida y la finalidad que ha de cumplir.

La decisión *Gomel* del 04 de abril de 1914 es una de las más representativas en la materia. El caso se ventiló en el contexto de la denegación de un permiso de construcción sobre un conjunto monumental, vistas las facultades discrecionales de la Administración para denegar el permiso de construcción sobre estas zonas, debiendo evaluar tanto la calificación de la zona como conjunto monumental y la afectación de la construcción sobre la misma. El Consejo de Estado vio que la denegación en este caso era inútil, dado que no cumplía con el fin de proteger el conjunto monumental, como lo había apreciado la Administración.

La técnica proviene del control de la calificación jurídica de los hechos, el cual permite “*determinar en qué consiste el hecho (I) y cuál es su alcance (II)*”³⁵ cuya relación con la

³³ González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, pp. 85-93.

³⁴ Barnes, Javier “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de Administración Pública* N° 135, Madrid, 1994, pp. 521-523.

³⁵ Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21° Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 230-242. No se debe confundir con la exactitud material de los hechos (arret Camino, 1916), dado que no consiste en la existencia del hecho, sino en su consistencia y alcance, es decir, su calificación jurídica, según indican los autores.

idoneidad se observa en cuestionar si la medida es idónea, considerando esos dos elementos. Todo ello viene dado bajo la idea de que “*«las facultades discrecionales llevan implícito el derecho a equivocarse, pero no el derecho a cometer un error manifiesto, es decir, patente y grave al mismo tiempo»*”³⁶.

Continuando con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en términos del principio de idoneidad, la famosa y polémica decisión *Madame Lambert* del 14 de febrero de 2014, cuyo pronunciamiento es ratificado en la Sentencia 2015/73 del 05 de junio de 2015, caso Lambert y otros contra Francia. El Consejo de Estado, en el contexto de las facultades de los médicos para interrumpir o limitar el tratamiento médico de una persona en estado de cuádrupleja e inconsciencia, evalúa la idoneidad (viéndola como sinónimo de la utilidad de la medida), indicando que no debían realizarse determinados tratamientos terapéuticos cuando los mismos fueran “*desproporcionados o inútiles*”³⁷. Esta es una aplicación del razonamiento propio de la idoneidad, aunque no en la manera más pura que se pueda exponer.

Ahora bien, a título ilustrativo, es relevante hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la Sentencia de 03 de febrero de 1982, Asuntos Acumulados 62/81 y 63/81, el Tribunal de Justicia, en el contexto de un conflicto entre dos sociedades mercantiles y el organismo de seguridad social luxemburgués, basado en la aplicación de una disposición del Código de Seguridad Social de dicho país, la cual implicaba que, en el caso de trabajadores extranjeros que no residían de manera permanente en Luxemburgo podrían obtener una exención de sus cotizaciones del seguro social.

Ahora, las sociedades mercantiles interpusieron un recurso de nulidad contra unas resoluciones que las declaran deudoras de la cuota patronal, dado su carácter discriminatorio y obstaculizador de la libre prestación de servicios públicos. En torno al planteamiento, con respecto a su adecuación al Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia ha expresado lo siguiente:

*“El Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro obligue a un empresario establecido en otro Estado miembro, que realiza obras en el primer Estado de forma temporal utilizando trabajadores nacionales de países terceros, a pagar la cuota patronal de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondiente a dichos trabajadores, cuando dicho empresario está obligado ya al pago de cotizaciones comparables por esos mismos trabajadores y por los mismos período de actividad con arreglo a la legislación de su Estado de establecimiento y las cotizaciones pagadas en el Estado en que se realiza dicha prestación no originan un derecho de dichos trabajadores a ventaja social alguna. Semejante obligación tampoco estaría justificada en caso de que tuviera por objeto compensar las ventajas económicas que el empresario haya podido obtener del incumplimiento de la normativa en materia de salario social mínimo del Estado en que se realiza la prestación.”*³⁸

En ese orden, se observa como el Tribunal, a pesar de no indicarlo expresamente, realiza un juicio de idoneidad en el presente asunto, dado que indica que tal previsión legal y, en este caso, las medidas adoptadas por la seguridad social luxemburguesa no son eficaces para

³⁶ *Ídem*

³⁷ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 1260-1283.

³⁸ Sentencia del 03 de febrero de 1982, Asuntos Acumulados 62/81 y 63/81, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

alcanzar sus propósitos. Esto se debe al hecho de que la medida ni sirve para mantener el seguro social del país ni tampoco para la protección de los trabajadores en cuestión³⁹.

Con respecto al fin al que ha de apuntar la medida, Cassagne es claro:

*“El fin elegido debe ser, en todos los casos, un fin que no colisione con la Constitución ni con los principios generales del derecho, sean de origen nacional o provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos.”*⁴⁰

Como se quiera, ya se ha afirmado que el juicio de idoneidad no atribuye al Juez un control tan intenso sobre los actos discrecionales, ya que se limita a observar la eficacia de una medida, sobre una determinada circunstancia, para alcanzar un fin específico; de hecho, Alexy sostiene que su relevancia práctica es baja y que siempre se procurará alcanzar los fines de una u otra manera, cumpliendo con la idoneidad, cosa que no ocurre con el principio de necesidad⁴¹.

B. *El principio de necesidad*

En segundo lugar, habiendo superado los parámetros del principio de idoneidad, es necesario avanzar al siguiente estadio: la necesidad. Sin mayores complicaciones, implica que se adopte la resolución menos restrictiva -en la medida de lo posible- para los intereses en cuestión. Ahora, la exigencia concreta del principio se traduce en que, entre dos medios igualmente idóneos (igualmente capaces de alcanzar la finalidad requerida) con respecto a una determinada situación de hecho, deberá ser elegido el menos lesivo, es decir, aplica el medio que intervenga menos las libertades involucradas⁴².

Del planteamiento establecido anteriormente, se deriva otro principio fundamental en el Derecho Público, especialmente fértil en el campo del Derecho Público Económico: el *principio de menor intervención*; sobre todo considerando que, en este ámbito, la Administración interviene sobre el interés general y, viendo la indeterminación jurídica del concepto y los poderes de la Administración, es necesario que la misma se vea limitada por este principio⁴³ que, a nuestro entender, es una formulación más del principio de necesidad.

Retomando la idea principal, este principio posee una sistemática profundamente comparativa. Sarmiento⁴⁴ esboza muy adecuadamente un iter para realizar el análisis de necesidad, el cual aborda las siguientes interrogantes; antes de desglosarlo, deben hacerse algunas precisiones sobre el alcance del principio, sobre todo considerando que el mismo se encuentra estrechamente ligado con la factibilidad de las medidas analizadas, considerando que la medida menos restrictiva va a ser no intervenir.

³⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 521-525.

⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos. “El principio de razonabilidad y la interdicción a la arbitrariedad” en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales: Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, coordinado por Brewer-Carías, Allan R. y Araujo-Juárez, José, Editorial Jurídica Venezolana International, Panamá, 2020, pp. 723-743.

⁴¹ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 14.

⁴² *Ídem*

⁴³ Reverón Boulton, Carlos “La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina” en *Revista de Derecho Público* N° 196-197, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 202, pp. 192-194.

⁴⁴ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 190-191.

Además, puede percibirse como el control del juez ya no se basa en un análisis objetivo, como en el caso de la idoneidad, sino que, por el contrario, atiende a las circunstancias subjetivas del caso, considerando la lesividad de las medidas teniendo como punto de comparación a la esfera subjetiva de los administrados involucrados en el caso concreto, con lo cual, su ámbito de control gana una ampliación significativa.

Habiendo proferido estas acotaciones, es pertinente observar cómo puede realizarse esta comparación entre medidas (tanto del recurrente, quien deberá probar la existencia de la medida menos lesiva, como del Juez). Las medidas deben: (i) ser capaces de conseguir el mismo resultado, es decir, ser igualmente idóneas, como ya se apuntó, (ii) no pueden imponer cargas o gravámenes sobre otros sujetos, debido a que, de lo contrario, generaría una incesante reacción en cadena bajo el mismo argumento, (iii) debe ser jurídicamente posible, con lo cual, se matiza todavía más el rango de medidas susceptibles de incorporarse al juicio de necesidad y debe ser (iv) la menos lesiva en medida de lo posible, es decir, si las circunstancias de hecho lo permiten, con lo cual, no basta la mera existencia de que exista una medida menos lesiva, sino que la misma debe ser realizable. Estos son los parámetros que Sarmiento considera que deben atenderse para comparar las medidas en el juicio de necesidad⁴⁵.

Ahora bien, como se ha indicado, al tener un grado mayor de intensidad y, con ello, una eficacia práctica superior, no puede dejar de citarse a la jurisprudencia del Consejo de Estado que sentó las bases de su aplicación al control de la discrecionalidad.

Como un hito de la jurisprudencia, se sitúa la decisión Benjamin del Consejo de Estado del 19 de mayo de 1933, la cual permeó a las subsiguientes decisiones de sus principios. El caso se desarrolla en el contexto del examen del Consejo de Estado contra dos decretos dictados por el alcalde de Nevers, en los cuales se prohibía la realización de una conferencia literaria que pretendía dictar el señor Benjamin en el marco de un programa de galas literarias organizadas por la Oficina de Turismo de Nevers, bajo el argumento de que la presencia del señor Benjamin en la ciudad podía ocasionar severas alteraciones al orden público⁴⁶.

Vistas, así las cosas, respecto del elemento que nos aqueja –el principio de necesidad–, el Consejo de Estado realiza un análisis de la intervención de la medida adoptada por el Alcalde de Nevers sobre la libertad pública de reunión. El Consejo indicó que la medida era legítima en el caso de que el alcalde no contara con otro medio eficaz para la conservación del orden público; no obstante, en este caso el Alcalde sí tenía la posibilidad de acudir a otros medios que conciliaran la libertad de reunión y el mantenimiento del orden público, siendo una medida contraria al principio de necesidad y, por lo tanto, desproporcionada⁴⁷.

Igualmente, de la mano del ya nombrado principio de menor intervención, cuyo planteamiento ya referido se adecúa con lo ocurrido en el caso Benjamín, debido a que el Consejo de Estado evaluó los hechos de una manera en la cual se preservara, a toda costa, la libertad de reunión, viendo a la intervención administrativa que, incluso siendo necesaria, debería mantenerse al margen.

⁴⁵ *Ídem*

⁴⁶ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 375-385.

⁴⁷ *Ídem*

De esa forma, también puede verse su vinculación con el principio de *favor libertatis*⁴⁸, siendo que, además, el principio de necesidad y el control judicial supeditado a este, se vuelve un mecanismo práctico para la efectiva realización de este principio.

Ahora bien, nuevamente, es conveniente otra revista a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre lo cual Barnes señala que es el “*criterio estelar*” de la jurisprudencia de proporcionalidad del Tribunal de Justicia⁴⁹.

En particular, de la sentencia del 15 de diciembre de 1976, asunto 41/76, caso Donckerwolke se encausa en el examen de unas sanciones impuestas por el Estado belga, fundadas en la normativa aduanera de este país, y su adecuación con el Derecho Comunitario, en especial, sobre la libre circulación de mercancías. En los párrafos 36, 37 y 38 de la sentencia, se puede apreciar el empleo del juicio de necesidad por parte del Tribunal:

“36. *que, además, el hecho de que el importador no respete la obligación de declarar el origen primero de una mercancía no puede dar lugar a la aplicación de sanciones desproporcionadas, habida cuenta del carácter puramente administrativo de la infracción;*

37. *que, a este respecto, sería claramente incompatible con las disposiciones del Tratado, por equivaler a un obstáculo a la libre circulación de mercancías, el decomiso de la mercancía o cualquier sanción pecuniaria fijada en función del valor de ésta;*

38. *que, de forma general, toda medida administrativa o represiva que exceda de lo estrictamente necesario, para el Estado miembro de importación, con el fin de obtener información razonablemente completa y exacta sobre los movimientos de mercancías sometidas a medidas de política comercial especiales, debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el Tratado;*”⁵⁰ (subrayado nuestro).

Además de todo ello, el Tribunal es claro con su criterio, al dejar asentado de manera explícita que las restricciones a las libertades deben verse con “*carácter residual*”, tal como se dispone en el párrafo 46 de la sentencia. Esto se conjuga con la cita anterior, debido a que hace referencia a que las medidas no han de exceder a lo “*estrictamente necesario*”, adecuándose con los enunciados del principio de necesidad (así como menor intervención y *favor libertatis*) previamente suscitados aquí.

Así, puede verse que los postulados de este principio proveen al Juez de poderes mucho más intensos para penetrar en los actos del Poder Público para controlar los actos del Poder Público, en especial, aquellos ejercidos en virtud de potestades discrecionales.

C. *Proporcionalidad en sentido estricto*

Ya superados los exámenes de idoneidad y necesidad en toda su extensión, queda la tarea de abordar el subprincipio restante: el de la proporcionalidad en sentido estricto.

Así, este principio se trata de “*analizar si el acto impugnado puede ser susceptible de un balance entre medios y fines, donde podrán ser valorados los beneficios del interés públi-*

⁴⁸ La formulación que se toma en el presente es la de Fernández Valverde, Rafael “El principio Favor libertatis” en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, coordinado por Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Editorial La Ley (España), pp. 799-835.

⁴⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 523-525.

⁵⁰ Sentencia del 15 de diciembre de 1976, asunto 41/76, caso Donckerwolke. Igualmente, 07 de noviembre de 1989, asunto 125/88, caso Nijman y del 20 de septiembre de 1988, asunto 302/86.

co y el coste del sacrificio individual”⁵¹. Ahora, como se apreciará en breve, alguna jurisprudencia del Consejo de Estado indica que ese balance no se realiza exclusivamente entre intereses públicos y privados, sino inclusive entre varios intereses públicos que susciten tensión o conflicto entre sí. Es en este principio en donde se puede observar una mayor intensidad de control por parte del Juez.

Ahora, como se hubo señalado oportunamente, los dos primeros elementos del principio –idoneidad y necesidad–, se referían a optimizar posibilidades fácticas, el presente se trata de una optimización de las posibilidades jurídicas, una vez que dos entidades entran en conflicto, los costos son inevitables, haciéndose necesaria la ponderación, según Alexy, hay una relación de identidad entre el principio y la que él denomina “ley de ponderación”, cuya base estriba en que “*Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”⁵².

Además, vale la pena prestar atención a una de las decisiones fundamentales en la construcción del control de la discrecionalidad a través de este principio. Se trata de la decisión del 28 de mayo de 1971 del Consejo de Estado francés. La famosa sentencia “*Ville Nouvelle Est*”.

Examinando el caso, la decisión se produjo con ocasión de una disputa en torno a una declaratoria de utilidad pública para la realización de un proyecto urbanístico, cuyo propósito era el de construir un complejo universitario para albergar a más de treinta mil estudiantes y una nueva ciudad de veinticinco mil habitantes. Para ello, era necesaria la expropiación y demolición de doscientas viviendas recién construidas (cantidad que fue reducida a la de 88), mientras⁵³.

Simultáneamente, la Administración descartó la posibilidad de desplazar los planos del proyecto, realizando la declaratoria de utilidad pública. Los recurrentes impugnaron la resolución contentiva de la declaratoria de utilidad pública, indicando que la demolición de estas viviendas era un precio demasiado elevado para el proyecto, sobre todo, considerando que podía evitarse con modificar los planos, añadiendo que ello privaba a la operación de su utilidad pública y que debía anularse⁵⁴.

Lo relevante del caso, es que, en materia expropiatoria, el Juez comenzó a observar las dimensiones del proyecto y no sólo si el mismo era de utilidad pública (al margen de sus dimensiones); era la primera vez que el Consejo de Estado, para examinar la utilidad pública, tomaba en cuenta las ventajas e inconvenientes de la operación, considerando elementos como los costes económicos, la injerencia en los derechos de propiedad o el coste social de la operación⁵⁵. En suma, se trataba de un análisis de costes-beneficios, de un balance de medios y fines, de acuerdo con las circunstancias del caso, de una aplicación del juicio de proporcionalidad. De cualquier modo, esta doctrina jurisprudencial se acentuó todavía más con lo que se denominaría principio de precaución⁵⁶.

⁵¹ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 206-207.

⁵² Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 15-16.

⁵³ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. “*Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*”, pp. 740-758.

⁵⁴ *Ídem*

⁵⁵ *Ídem*

⁵⁶ *Ídem*

En el Derecho Comunitario se emplea la figura del “principio de precaución” junto al juicio de proporcionalidad, ello en materia de protección medioambiental⁵⁷. Es esencial, en este campo, aludir a la decisión del 03 de octubre de 2008 del Consejo de Estado de Francia, en el contexto del caso “*Commune d’ Annecy*”, pudiendo verse como un complemento de la proporcionalidad en materia de riesgos graves de ocasionar perjuicios al medio ambiente⁵⁸.

Continuando el orden, no debe entenderse que la proporcionalidad en sentido estricto queda absorbida por la noción de ponderación, a pesar de que lo que deba hacer el operador jurídico es “ponderar la magnitud de los perjuicios que se irrogan sobre los interesados con el beneficio que genera su intervención sobre otros bienes o valores en juego”⁵⁹. Indudablemente, el operador jurídico en este juicio debe ponderar, pero teóricamente no es adecuada la confusión de ambas nociones; la ponderación es el método a través del cual se realiza ese “balance entre medios y fines” que implica el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De cualquier modo, vale la pena hacer referencia a la técnica ponderativa y su relación con el juicio de proporcionalidad.

La técnica de la ponderación en la proporcionalidad en sentido estricto

En primer lugar, se puede hablar de un elemento de tensión antes de sistematizar esta técnica, y esto viene con el propósito de la misma, el cual es, como se ha dicho anteriormente, la de orientar al operador jurídico en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

Entendido así su propósito, como una forma de dosificar el poder, colegimos con Sarmiento en el hecho de que, indudablemente, en estos supuestos se “delega un grado de discrecionalidad en el juez, y su reducción viene a través de criterios en la aplicación del ordenamiento”⁶⁰ (la ponderación, en este caso). Distinto a ello, una autorizada doctrina asevera que no existe aquí una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial⁶¹, ello viene dado por múltiples razones. Por ejemplo, dice García de Enterría:

*“(…)se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez.”*⁶²

⁵⁷ Hernández Peña, Juan Carlos “El principio de precaución” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, pp. 422-425.

⁵⁸ LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ y GENEVOIS. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, pp. 1153-1164.

⁵⁹ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 526-529.

⁶⁰ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, p. 206-208.

⁶¹ Estas tendencias pueden observarse desde NIETO, Alejandro “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria” en *Revista de Administración Pública*, N° 44, Madrid, 1964, pp. 147-162 y más recientemente en Brewer-Carías, Allan R. “*Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela*”.

⁶² García De Enterría, Eduardo “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública* N° 40, Madrid, 1963, pp. 199-200.

Partiendo de estas nociones y del supuesto apego a la justicia material que presuponen los principios generales del Derecho, Nieto concluye lo siguiente:

*“Creo que así ha quedado bien precisada la distinción entre discrecionalidad judicial, por un lado, que es invocación intuitiva o arbitraria a un mundo de valores, y, por otro, principios generales del Derecho, que actúan como una técnica de reducción de la discrecionalidad, mediante preceptos perfectamente objetivados.”*⁶³

Respetando su clara eminencia, discrepamos de estas opiniones de los maestros españoles. Nuestras razones, como anteriormente se asomaron, se sostienen sobre el gran peso que juega la argumentación por parte del Juez al momento de realizar el control por principios generales del Derecho; no sólo a través del principio de proporcionalidad, sino de los demás principios, debido a que el riesgo de subjetivación de los principios generales es una consecuencia directa del método ponderativo.

Ahora, con esto no quiere decirse que el control por los principios generales del Derecho y, en particular, por el principio de proporcionalidad, sean un despropósito; todo lo contrario, de hecho, son una adecuada racionalización del ejercicio del poder. Lo que sí quiere decirse es que el control practicado no es un control verdaderamente objetivo, ya que, en última instancia, es imposible despojar de manera absoluta al Juez de sus propias concepciones de la realidad y del Derecho, inclusive sin desembocar en arbitrariedad, se pone mucho peso en la independencia judicial y en la imparcialidad, olvidando la condición humana del Juez; en efecto se reduce la discrecionalidad judicial con el íter ponderativo como criterio de aplicación, pero sigue siendo discrecionalidad judicial.

Habiendo precisado lo anterior, para asentar todavía más estas afirmaciones, se requiere hacer un breve repaso por la práctica de la ponderación aplicada en el principio de proporcionalidad. Así, Alexy divide la que denomina “*ley de ponderación*”, en tres pasos, vista la colisión: (i) determinar el grado de interferencia en una entidad, (ii) comprobar la importancia de la entidad realizada y (iii) ver si la importancia de la entidad realizada justifica el perjuicio de la entidad interferida⁶⁴.

Es aquí en donde se sitúa el poder racionalizador de la ponderación, dado que, para alcanzar el balance pretendido en la proporcionalidad en sentido estricto, es necesario realizar estas operaciones, las cuales no implican sino la inversión de invertir los daños ocasionados a una entidad y convertirlos en beneficios de la entidad favorecida en la labor ponderativa⁶⁵. Ahora, el mecanismo empleado para determinar el grado de interferencia, la determinación de la importancia y si su correlación justifica una medida, no es otro que el de la argumentación.

Es así como, a través de argumentos, el Juez logra racionalizar sus exámenes a través del juicio de proporcionalidad. La determinación de estas intensidades viene dada por la adjudicación de escalas a las intervenciones, usualmente, en escalas triádicas para determinar si la intervención en las entidades que colisionan es leve, moderada o grave, por ejemplo⁶⁶. Empleando estas escalas, el Juez podrá argumentar el grado de la interferencia y realizar todo el ejercicio de ponderación sustentando sus decisiones con sus argumentos⁶⁷.

⁶³ Nieto, Alejandro. *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, p. 158.

⁶⁴ Alexy, Robert “Constitutional Rights, Balancing and Rationality” en *Ratio Juris*, Blackwell Publishing Ltd 2003 vol. 16, N° 2, 2003, pp. 131-140.

⁶⁵ Sarmiento, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, pp. 208-221.

⁶⁶ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, p. 16-17.

⁶⁷ *Ídem*

I. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. EL PAPEL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

De todo lo dicho anteriormente, es posible extraer una conclusión muy clara: el control de la discrecionalidad a través del principio de proporcionalidad depende, en toda su profundidad, de la argumentación del Juez. Por lo tanto, considerando que le es delegado cierto grado de discrecionalidad -aunque orientada por los parámetros de la proporcionalidad y la ponderación-, es imposible que haya un control efectivo sobre la Administración sin que haya un control efectivo sobre el Juez, sobre todo, en términos de garantizar su independencia e imparcialidad al momento de realizar este control.

Nuevamente, viene a cobrar importancia el tema fundamental de la independencia judicial; sencillamente, persiste la importancia de la tutela judicial efectiva -con todo lo que la misma supone-, como un elemento esencial del orden contencioso-administrativo, sin el cual, debe decirse, cualquier sistema de control de la Administración inútil. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 27 de febrero de 2018 (caso Associação Sindical dos Juizes Portugueses), indicó que *“la garantía de independencia es inherente a la misión de juzgar”*⁶⁸. De igual forma, el Tribunal expresó lo siguiente en su párrafo 41:

*“A efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, resulta primordial preservar la independencia de tal órgano, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente».”*⁶⁹

Así, quedó establecida la conexión de la tutela judicial efectiva (seminal en cualquier orden jurisdiccional) y la independencia judicial, lo cual conlleva a una relación directa con el control de la discrecionalidad por el principio de proporcionalidad; de hecho, una de las más cruentas consecuencias de la ausencia de independencia y del alto grado de importancia de la argumentación del Juez en el principio, es que un Juez parcializado (dentro de un sistema de justicia parcializado, claro está) puede, fácilmente, desfigurar al principio y emplearlo como un instrumento arbitrario.

De ese modo, todo lo dicho sobre las intensas conexiones entre el control de la discrecionalidad a través del principio de proporcionalidad y la necesidad de controlar la independencia judicial -así como la arbitrariedad judicial de cualquier género-, cobra mayor importancia cuando se toma en cuenta la siguiente observación de Barnes:

*“El principio de proporcionalidad constituye para el órgano jurisdiccional un parámetro de control más con el que contrastar la legalidad de los demás poderes públicos y no un criterio para revisar la actividad judicial misma. El principio se hace efectivo a través del juez, no contra él.”*⁷⁰

Al margen de los sistemas de responsabilidad por actividad jurisdiccional⁷¹, los cuales actúan como garantía de manera reactiva más no preventiva, cabe hacer miras a las tendencias actuales en el Derecho Comunitario. En particular, Krzywón, refiriéndose a las tenden-

⁶⁸ Párrafo 42 de la sentencia de 27 de febrero de 2018 del TJUE asunto C-64/16.

⁶⁹ Párrafo 41 de la misma sentencia.

⁷⁰ Barnes, Javier. *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, pp. 509-510.

⁷¹ Saavedra Becerra, Ramiro “El principio de responsabilidad por el hecho del legislador. El principio de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional” en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales*, pp. 853-860.

cias actuales para controlar la actividad jurisdiccional, considera esencial poner la vista en elementos como los nombramientos judiciales, el régimen de la jubilación, la responsabilidad disciplinaria y la remuneración a los fines de garantizar, preventivamente, el adecuado funcionamiento de la justicia.⁷²

De todas maneras, si bien es ingentemente plausible la evolución que se ha experimentado en el orden contencioso-administrativo en cuanto al control realizado mediante el principio de proporcionalidad, se considera igualmente relevante garantizar un modo de controlar al Juez, sobre todo, debido al cierto grado de discrecionalidad que se le otorga al mismo en su rol argumentativo, puesto que el problema no es sólo la parcialización, sino cualquier clase de arbitrariedad que pueda producirse en su juicio de proporcionalidad, al momento de realizar el balance entre los intereses públicos y privados involucrados. En suma, el Juez también puede producir actos “*contrarios a la justicia, la razón o la ley*”⁷³, ello inclusive dentro de los propios cauces del principio de proporcionalidad.

Aquí cabe caracterizar, de paso, el derecho a una buena administración. El derecho a una buena administración, ya bien desarrollado en Europa, constituye la versión positiva del principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad y dentro de ello se debe comprender que, como indica Fernández, “ *juzgar a la administración contribuye decisivamente a administrar mejor*”⁷⁴. Igualmente, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad no limita la arbitrariedad al trato discriminatorio, el principio de buena administración no se reduce a al trato equitativo e imparcial⁷⁵; no obstante, constituye un canal fundamental para alcanzar una mejor administración no sólo la imparcialidad de la administración, sino la del Juez al momento de juzgar a la Administración y, aunque no sea la única garantía, refuerza los controles sobre la actividad administrativa.

II. LA DESFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

Primero, se debe decir que el principio de proporcionalidad, pese a carecer de referencia expresa, posee rango constitucional dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano. Sobre ello, Badell Madrid enmarca al principio de proporcionalidad dentro del bloque de la constitucionalidad, como una consecuencia de que el mismo se encuentre de la mano de la idea de la justicia material y a determinar el peso de cada principio en un caso concreto⁷⁶.

En el mismo sentido, Segarra Valdivia indica lo siguiente:

⁷² Krzywón, Adam. “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho de Derecho Constitucional* N° 119, Madrid, 2020, pp. 85-117.

⁷³ Cassagne, Juan Carlos. “El principio de razonabilidad y la interdicción a la arbitrariedad” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, p. 741.

⁷⁴ Fernández, Tomás-Ramón. “El derecho a una buena Administración” en *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Desafíos actuales, p. 577.

⁷⁵ *Ídem*

⁷⁶ Badell Madrid, Rafael. *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, p. 505.

“En lo que respecta a la proporcionalidad, este principio representa una exigencia constitucional para la actividad -discrecional o no- de las Administraciones públicas y de los otros poderes públicos, que afecta la esfera de las personas, particularmente a la esfera de derechos y libertades fundamentales.”⁷⁷

Además, aunque no se nombre expresamente en el texto, puede decirse, como afirma Barnes en el caso alemán, que *“hunde sus raíces en la cláusula del Estado de Derecho”* y de *“justicia material, puesto que el concepto de proporcionalidad, en última instancia, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto –mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal– y de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder”⁷⁸.*

Es decir, el principio de proporcionalidad, en el caso venezolano, puede derivarse del espíritu del Artículo 2 del texto constitucional, al expresar que Venezuela se trata de un *“Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”*. De igual forma, como se verá, el Juez constitucional lo emplea regularmente para verificar la constitucionalidad de actos estatales en Venezuela⁷⁹.

Para efectos del presente, se ha dejado clara la sistemática del principio de proporcionalidad y sus aplicaciones. Con ello, se pretende hacer una breve exposición del carácter ficticio de este mecanismo de control de la discrecionalidad en el marco de un sistema de justicia parcializado, con el fin de demostrar que, por muy amplio que sea, en apariencia, el arsenal del administrado frente a la arbitrariedad, tal arsenal se ve inutilizado si no se cuenta con mecanismos reales para llevarlos a cabo.

Entonces, por causa de brevedad, no consideramos necesario establecer las tendencias clásicas u originales del principio de proporcionalidad en la justicia administrativa venezolana, la cual sigue la misma línea de la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, la cual traduce la ausencia de proporción en arbitrariedad y asienta que el acto discrecional no puede ser arbitrario⁸⁰.

Lo que sí parece prudente en este breve inciso, es observar algunas interpretaciones disonantes con los propios postulados del principio. Primero, se trae a colación la sentencia número 1.178 del 13 de agosto de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dado que la misma da luces de la retorcida y contradictoria interpretación del principio por parte del Tribunal Constitucional. En la misma, la Sala indica que *“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”*. Tal interpretación es contradictoria, dado que, si se considera a los principios como mandatos de optimización -como se ha hecho en el presente-, se debe tener en cuenta la necesidad de alcanzar los mayores niveles de satisfacción posibles; en ese sentido, la Sala Constitucional prescinde de los cánones del principio -así como de los juicios que el mismo contiene- y pretende abrir la posibilidad de optar por cualquier alternativa,

⁷⁷ Zegarra Valdivia, Diego. “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)” en *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006, p. 48.

⁷⁸ Barnes, Javier. *“Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”* p. 501.

⁷⁹ Tal es el caso de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 379 (07 de marzo 2007), n° 2152 (14-11-07) y n° 1178 (13-08-09).

⁸⁰ *Revista de Derecho Público* N° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 172.

siempre que no anule por completo el derecho en cuestión, contrariando los estándares, sobre todo, del principio de necesidad (el cual, viendo las circunstancias de hecho, debe optar por la medida menos gravosa), así como el imperativo de realizar un balance de costes-beneficios en la proporcionalidad en sentido estricto. Básicamente, se prescinde de toda la racionalización, tratándose de una interpretación arbitraria y problemática del principio al separarse de la razón y la justicia material.

Los resultados de esta tendencia de interpretación pueden, por ejemplo, observarse en la sentencia número 1.172 del 20 de noviembre de 2018 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En el caso, la Contraloría General de la República inhabilitó a la ciudadana Cynthia Clarissa Ramírez Mora, para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Para un uso explicativo, la disposición indica que:

“Artículo 105.- La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes (...).”

Considerando el contenido de la disposición citada, el razonamiento del Tribunal consiste en que no hubo violación del principio de proporcionalidad, por cuanto la decisión impugnada *“no alcanza ni siquiera el término medio de la sanción prevista en el mencionado artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal cuyo límite máximo es de quince (15) años”*. Aquí se hacen patentes los riesgos del principio en contextos parcializados.

La Sala, para determinar la sanción, realizó un balance entre la interferencia que tuvo la conducta de la recurrente en el funcionamiento y transparencia de la Administración, frente a la intensidad de la sanción. El argumento del Juez parece reducirse a que la decisión es proporcional, sencillamente por el hecho de situarse por debajo del término medio, sin realizar un examen serio de la injerencia entre ambas entidades; además, la pobre aplicación del principio se extiende a que el Tribunal, intentando hacer ver la decisión como proporcional, no aludió al hecho de que la inhabilitación, en este caso, consiste en una anulación temporal del acceso a la función pública, sin considerar por qué se optó por la inhabilitación y no por la suspensión como sanción menos grave, aplicando un criterio puramente arbitrario, con tal de no anular completamente el derecho en cuestión⁸¹.

⁸¹ Similar en PA-TSJ 07-08-19 N° 00545 y Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 08-02-17 y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 07-04-16, ambas consultables en *Revista de Derecho Funcionario* N° 20-22 y 12-19, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017 y 2014-2016, pp. 159-160 y 186, respectivamente.

Finalmente, para dejar clara la superficial y conveniente aplicación del “principio de proporcionalidad” por los Tribunales venezolanos, vemos prudente traer la sentencia del 11 de octubre de 2018 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de justicia, en donde el juzgador considera que los estándares del principio se han cumplido, debido a que:

“De lo anterior se evidencia entonces que la Administración, una vez comprobada la falta cometida por la demandante, le impuso multa “equivalente a 6.056,25 Unidades Tributarias”, tomando en cuenta para ello los límites máximo y mínimo previstos en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, partiendo para su cálculo del término medio de esos dos extremos, y al constatar la presencia de dos circunstancias atenuantes como las descritas en el párrafo precedente, la redujo por debajo de la mitad, motivo por el cual en criterio de esta Sala no se incurrió en el presente caso en la violación al principio de proporcionalidad denunciado. En tal virtud se desecha dicho alegato. Así se establece.”

Sin entrar a examinar verdaderamente los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todos en la profundidad que fueron expuestos, aunque sea implícitamente, la Sala considera que el cálculo del término medio de la sanción basta para cumplir con lo requerido por el principio⁸². Claramente, no se observa aquí una optimización de posibilidades fácticas ni jurídicas, así como se observa una tergiversación del propio principio que, convenientemente, conlleva a que los Tribunales observen que rara vez hay violación a la proporcionalidad.

CONCLUSIONES

Finalmente, se han indicado tres claras conclusiones de lo expuesto anteriormente: (i) en el control a través del principio de proporcionalidad, el Juez no realiza un control objetivo, sino racionalizado, (ii) en este control, se realiza, en mayor o menor medida, una transferencia de la discrecionalidad de la Administración hacia el Juez y (iii) la independencia judicial y la argumentación jurídica son fundamentales para la verdadera efectividad del control.

En cuanto a la primera conclusión, distinto a lo de cierta doctrina, en el presente se sostuvo que el control a través del principio de proporcionalidad, en el caso de la discrecionalidad administrativa, no representa un control objetivo por parte del Juez. Al contrario, la postura defendida es aquella en la cual el principio, si bien racionaliza los razonamientos del Juez en donde no hay parámetros fijos ni una unidad clara de soluciones, puede ver su eficacia erosionada por los márgenes de subjetivación que subsisten.

Sobre la segunda conclusión, de la mano de la anterior, debe decirse que esos márgenes de subjetivación que subsisten, inclusive aplicando el test de proporcionalidad, confieren al Juez cierta carga discrecional para poder juzgar a la Administración; ello se debe al hecho de que, para el Juez -así como para la Administración-, no existe una única solución justa para el control, con lo cual, tampoco existe un margen de apreciación para sí. Además, esto que justificaba antaño la exención de control judicial de los actos discrecionales, ahora, viene a representar una intensa técnica de control, aunque debe concebirse más semejante a un control de equidad que a un control objetivo.

En lo que respecta a la tercera conclusión, considerando la relevancia y la consistencia del método de la ponderación, expuesto en este trabajo, junto al grado de discrecionalidad conferido al Juez para juzgar la proporcionalidad de la actuación administrativa, existe un

⁸² En sentido similar sentencias números 01666 del 29 de octubre de 2003, N° 01158 del 10 de mayo de 2006, N° 00977 del 1 de julio de 2009 y N° 00018 del 18 de enero de 2012.

alto riesgo de parcialización constante hacia los intereses generales. Con ello, cobran importancia tanto la independencia judicial (como parte de la tutela judicial efectiva) y una teoría argumentativa a la altura de un control que, ante todo, procura la realización de la justicia material, con lo cual, estos son los verdaderos aspectos para analizar en cuanto al control de la discrecionalidad por el principio de proporcionalidad.

En suma, como aval de todos estos riesgos se hace referencia, brevemente, al caso de los tribunales venezolanos. Lo que se procuró con ello fue observar que, si bien se reconoce que el principio de proporcionalidad ha sido una adecuada técnica de control de la arbitrariedad administrativa, el mismo también puede convertirse en un germen de arbitrariedad, con lo cual, no hay proporcionalidad que pueda examinarse verdaderamente si no existen tribunales independientes que no den lugar a un sistema de justicia ficticio.