

El principio de proporcionalidad en Derecho público francés

Xavier Philippe

Profesor de las Universidades de Aix Marsella y de Cabo Oeste (África del Sur)

SUMARIO: 1. LOS FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD: A) *Los fundamentos internos del control de proporcionalidad.* B) *Los fundamentos externos del control de proporcionalidad.* 2. LAS MANIFESTACIONES DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD: A) *Los medios utilizados para el control de proporcionalidad.* B) *Los ámbitos de intervención del control de proporcionalidad.* 3. LAS FUNCIONES DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD: A) *Las funciones contenciosas.* B) *Las funciones políticas.*

La proporcionalidad en el Derecho público francés viene a ser como el azúcar en la leche caliente: ¡se encuentra en toda ella, pero no es fácil de ver! Esta imagen muestra el fenómeno que caracteriza su lugar en Francia. El juez recurre a la proporcionalidad, sin mencionarla de forma expresa, y lo hace sin necesidad de disponer de un principio o de una norma general que establezca el sometimiento del legislador o de la Administración a la misma¹. Si bien la noción de proporcionalidad es familiar al contencioso constitucional y administrativo, el sistema francés no conoce, paradójicamente, un *principio general de proporcionalidad*, a semejanza del Derecho

Traducción realizada por Eulalia W. PETIT DE GABRIEL, Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla.

¹ Respecto de la literatura francesa consagrada al principio de proporcionalidad, *vid.*, por todos: G. BRAIBANT, «Le principe de proportionnalité», en *Mélanges offerts à Marcel Waline*, tomo I, LGDJ, 1974, pág. 297; M. GUIBAL, «De la proportionnalité», *AJDA*, 1978, pág. 477; J.-P. COSTA, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État», *AJDA*, 1988, pág. 434; M. FROMONT, «Le principe de proportionnalité», *AJDA*, 1995, número especial cincuentenario, pág. 156; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica-PUAM, 1990; J. MEKHANTAR, *Le principe de la proportionnalité*, Tesis, París II, 1990; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France*, Tesis, París II, 1993.

alemán² o, actualmente, del Derecho de la Comunidad Europea³. El término «proporcionalidad» ha ido acompañado de connotaciones negativas, como sinónimo de «gobierno de los jueces»; de ahí que su invocación parezca sacrílega. El juez francés —administrativo o judicial— ha preferido siempre esquivar el término y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos. Tal situación ha permanecido inalterada hasta el comienzo de la década de los noventa, momento en el cual la penetración del Derecho Europeo ha hecho que el principio de proporcionalidad adquiera carta de ciudadanía y sea invocable ante la jurisdicción nacional, por cuanto que se trata de una materia hoy cubierta por el Derecho comunitario o por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La proporcionalidad se define, en términos generales, como «*la condición de proporcionado*», es decir, «*la existencia de una relación de proporción entre dos o más variables o medidas*». Fuera del contexto jurídico, la proporcionalidad es una función lógica que pretende comprobar la existencia de un equilibrio en una relación bilateral o multilateral. La proporcionalidad, cuyo origen se encuentra en las matemáticas o en la filosofía, se ha convertido en un concepto nómada que ha pasado de una a otra ciencia, conservando siempre esa misma función lógica adaptada a las formas de expresión propias del contexto en el que intervenía. La ciencia jurídica, y en particular la función jurisdiccional, no ha escapado a esta migración, y ello por dos razones principales. La primera descansa en la exigencia del respeto de la proporcionalidad formulada de forma expresa en la regla jurídica, según la cual, las autoridades competentes para adoptar normas habrán de observar, con la frecuencia y las formas que sean necesarias, la exigencia de proporcionalidad como una de las condiciones de validez de las medidas de ejecución de las normas adoptadas⁴. En tal caso, la proporcionalidad se convierte en una norma jurídica o en un elemento de la norma. La segunda razón reside en la naturaleza de la proporcionalidad como instrumento de interpretación jurisdiccional: su utilización es consustancial a la función de juzgar, sin gozar de la consideración de regla o de principio, en la medida en que permite técnicamente el control de la aplicación de la regla de Derecho. En tal caso, la proporcionalidad se convierte en una técnica o en un elemento de una técnica jurisdiccional. Estos dos aspectos son profundamente diferentes al mismo tiempo que se encuentran íntimamente ligados, hasta el punto que resulta a veces difícil distinguirlos.

² Vid. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traducción de Michel Fromont, 1969, pág. 130; H. MAURER, *Droit administratif allemand*, traducción de Michel Fromont, LGDJ, 1995, pág. 272.

³ El principio de proporcionalidad, junto al de subsidiariedad, ha sido introducido por el artículo 3b (5) de la Comunidad Europea, tras su enmienda por el Tratado de Maastricht.

⁴ Tal respeto del *principio de proporcionalidad* deriva igualmente de una obligación a la que está sometida la autoridad que adopta el acto. Aunque el estudio de este principio se realice a menudo a través de sus manifestaciones contenciosas, es una obligación que recae en primer lugar sobre la autoridad encargada de elaborar y aplicar la norma.

El examen del principio de proporcionalidad exige, asimismo, la determinación de sus caracteres fundamentales, que podemos establecer en dos: la identificación de los términos de comparación y el grado exigido en la relación de proporcionalidad. La primera variable encarna la función lógica citada anteriormente: la relación de proporcionalidad se establece con respecto de, al menos, dos elementos de referencia (la regla aplicada a una situación de hecho, por ejemplo), pero puede implicar, y a menudo lo hace, a más de dos elementos. La identificación de los mismos es indispensable para comprender si se trata de una relación de proporcionalidad simple o compleja. La segunda característica permite identificar el rigor del equilibrio exigido: puede tratarse de un equilibrio estricto (relación de necesidad), un equilibrio global (relación de aceptabilidad o de compatibilidad), o una ausencia de desequilibrio grave (relación de ausencia de desproporción)⁵. Esta «relación de proporcionalidad» permite comprender que con la misma palabra se designan distintas formas de utilizar la proporcionalidad. Esta situación no deja de recordar la del principio de igualdad y no discriminación⁶.

La proporcionalidad en Derecho público francés se encuentra en una encrucijada: utilizada desde antiguo en el razonamiento judicial como uno de los medios de control del juez, se está convirtiendo día a día en una exigencia impuesta al juez por fuentes externas (constitucionales, convencionales o legislativas). Por tal razón, en Derecho francés es preferible estudiar el control de proporcionalidad más que el principio de proporcionalidad. Este último no es ilustrativo del lugar y del papel que juega la noción de proporcionalidad en el sistema francés.

Este análisis de la proporcionalidad puede realizarse a través del examen de tres preguntas: ¿De dónde viene (las manifestaciones)? ¿Dónde se encuentra (el lugar)? ¿Para qué sirve (las funciones)?

1. LOS FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD

Los fundamentos del control de proporcionalidad en Derecho público francés pueden agruparse en torno a dos categorías. Existen fundamentos internos del control de proporcionalidad que derivan de la naturaleza de la función decisoria y jurisdiccional; hay, asimismo, fuentes externas que han impuesto o inspirado la utilización de la proporcionalidad a las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales francesas.

⁵ Estos tres grados (normalmente calificados como mínimo, normal y máximo) no son los únicos; permiten obtener una idea de las diferentes categorías utilizadas, al mismo tiempo que pueden ser objeto de subdivisiones. Se trata de una facilidad de presentación y clasificación.

⁶ Los dos principios tienen entre sí relaciones estrechas. Aristóteles calificaba la proporcionalidad de «*igualdad geométrica*».

A) *Los fundamentos internos del control de proporcionalidad*

1) El recurso al control de proporcionalidad por el juez administrativo tiene, en primer lugar, un *fundamento histórico*: la naturaleza de los poderes del juez y la necesidad de un control eficaz de la acción administrativa han constituido un terreno favorable para su implantación. El juez recurre inicialmente al mismo en los ámbitos más tradicionales de su competencia, ámbitos como el de las obras públicas, donde sus poderes son bastante amplios⁷. Más tarde, lo ha empleado en las nuevas modalidades de control puestas en práctica a partir de final del siglo XIX, tales como la desviación de poder cometida por la Administración⁸ o el control del error de hecho⁹. Esta tendencia a integrar el control de proporcionalidad como medio de control de la acción y de los actos de la Administración se desarrolló con la protección de las libertades públicas e individuales. La única protección que ofrecía la jurisdicción administrativa frente a la autoridad pública en esta época condujo a que el juez recurriera al control de proporcionalidad para enjuiciar y garantizar que el ejercicio de las libertades fuera compatible con los imperativos del interés general (necesidad y orden público). Esta evolución culmina en el siglo XX, cuando el juez garantiza las libertades teniendo en cuenta su importancia y las medidas necesarias para su protección. El razonamiento del juez es bastante simple: las libertades merecen una protección particular en razón de su estatuto; el control jurisdiccional debe consistir, por una parte, en comprobar si las medidas adoptadas responden a una situación que requiera tal regulación, y, por otra, una vez constatada la necesidad de tal regulación, si se han utilizado los medios estrictamente necesarios para la realización de tal objetivo¹⁰.

2) Al fundamento histórico se añade un segundo factor representado por la lógica del *poder discrecional* de la Administración y del legislador. Este poder de elección entre varias decisiones jurídicamente admisibles no puede ejercerse de forma ilimitada puesto que se diferencia del poder arbitrario en el hecho de que la discrecionalidad se encuentra sometida a un marco jurídico. La autoridad competente debe adoptar su decisión te-

⁷ Estos poderes se remontan a la ley de 28 pluviôse año XIII. Curiosamente, la exigencia de proporcionalidad no ha sido objeto de ningún comentario particular en esta sede, aunque es uno de sus requerimientos más antiguos. El ejemplo que puede ser aquí citado es el de la *teoría de las sujeciones imprevistas*, aplicadas a partir del comienzo del siglo XIX: CE, 2 de diciembre de 1964, *Port autonome de Bordeaux*, Rec., pág. 936.

⁸ CE, 25 de febrero de 1864, *Lesbats*, Rec., pág. 209; CE, 16 de noviembre de 1900, *Maugras*, S. 1901, 3.57, nota M. HAURIUO: un acto adoptado por un interés exclusivamente privado revela la incoherencia de la decisión adoptada (despido de un agente municipal porque había iniciado un proceso verbal contra un pariente del alcalde).

⁹ CE, 4 de abril de 1914, *Gomel*, Rec., pág. 488; CE, 14 de enero de 1916, *Camino*, Rec., pág. 15.

¹⁰ Numerosas decisiones reflejan este razonamiento, de forma expresa o velada (*vid.*, por ejemplo, CE, 19 de febrero de 1909, *Abbé Olivier*, Rec., pág. 181: libertad de culto y de manifestación). Este recurso a la proporcionalidad se encuentra muy claramente resumido en la decisión CE, 19 de mayo de 1933, *Benjamin*, Rec., pág. 541: libertad de reunión.

niendo en cuenta las limitaciones impuestas por las normas jurídicas¹¹. El juez ha utilizado, evidentemente, la proporcionalidad para ejercer su control, puesto que le ha parecido el medio más idóneo para determinar la coherencia de la acción administrativa. La proporcionalidad le permite velar por el equilibrio entre el respeto de las normas jurídicas y el ejercicio del poder discrecional. Este medio resulta suficientemente versátil como para permitir una aplicación singular a cada caso. Así, en el ámbito de la policía administrativa, ámbito prototípico para el uso de la proporcionalidad, el juez se encontraba ante la obligación de conciliar la protección de la libertad y la del orden público. La proporcionalidad permite realizar esta conciliación adaptando a cada situación de hecho el equilibrio entre el orden y la libertad¹². Sin embargo, al igual que el poder discrecional es susceptible de distintos grados según se ejerza en condiciones más o menos estrictas¹³, la proporcionalidad se adapta igualmente a la realidad cambiante y, en tal sentido, ha sabido adecuar sus propias exigencias. Este fundamento tradicional de la proporcionalidad vinculado al poder de elección y a la competencia reglada se ha desarrollado esencialmente en sede de justicia administrativa, en los contenciosos por exceso de poder, gracias a la propia naturaleza del control contencioso. El mismo camino recorrerá posteriormente el juez constitucional francés cuando enriquezca su jurisprudencia al ponderar las libertades fundamentales entre sí o con otros objetivos constitucionales¹⁴.

3) El último fundamento interno del control de proporcionalidad deriva de los poderes del juez. Mientras que en el supuesto anterior el control de proporcionalidad se justificaba en los poderes de la Administración, aquí el juez dispone en ocasiones de amplios poderes que le permiten hacer determinadas opciones, para lo cual recurre a la proporcionalidad porque ello es consustancial a su función. Así, por ejemplo, en materia contractual o incluso en materia de responsabilidad administrati-

¹¹ Este marco suele denominarse con el término de *competencia reglada*, que sirve para designar el conjunto de limitaciones jurídicas que existen sobre el autor del acto. Ello es válido tanto para la Administración como para el legislador.

¹² Existen numerosas decisiones fundadas sobre el mismo razonamiento: *vid.*, por ejemplo, CE, 19 de febrero de 1988, *Association des riverains et plaisanciers du Cingle de Trémolat-Cales-Mauzac*, *Rec.*, pág. 79. Esta exigencia no desaparece aunque existan circunstancias especiales o excepcionales: CE, 19 de octubre de 1962, *Canal*, *Rec.*, pág. 552.

¹³ M. HAURIUO, especialista francés del Derecho administrativo, explicaba «que no existe nunca un poder absolutamente discrecional o una competencia completamente reglada, sino que en cada acto existía una cierta dosis de cada uno de ellos» («Le pouvoir discrétionnaire et sa justification», en *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1993, pág. 233). Ch. EISENMANN, otro especialista eminente, escribirá más tarde que la libertad de elección de una autoridad puede definirse a través del carácter condicionado o no del poder. Explicaba, sobre todo, que no existía ningún poder absolutamente incondicionado (*Cours de Droit administratif*, tomo 2, LGDJ, 1983, págs. 269-270).

¹⁴ El juez constitucional francés pronto adoptará este mismo razonamiento: Cons. constit. Déc. 81-132 DC *Nationalisations I*, *Rec.*, pág. 18, not. §§ 18 y 20). En todo caso, el poder discrecional del legislador es, naturalmente, mucho más importante, ya que no está vinculado más que por las normas constitucionales y convencionales (si las mismas son directamente aplicables en el orden interno). *Vid.* L. FAVOREU y L. PHILLIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 47-6, 8.ª ed., Sirey, 1995.

va, el juez administrativo dispone de poderes de plena jurisdicción que le llevan a buscar por sí mismo si la acción administrativa era equilibrada, proporcionada. Tal es el caso, por ejemplo, del juez que analiza el comportamiento del contratista en la hipótesis de una rescisión-sanción del contrato¹⁵. Igualmente, el juez administrativo indagará cuál es la gravedad exacta del daño para determinar el *quantum* de la indemnización. En tales hipótesis, el juez administrativo se encuentra en la misma situación que cualquier otro juez y su función le lleva a aplicar la proporcionalidad¹⁶.

Así, tanto el ejercicio de las potestades administrativas como las facultades de revisión del juez han implicado un control de proporcionalidad sin que el término en cuestión sea utilizado. En todo caso, el juez se ha inspirado también en otras fuentes para integrar la proporcionalidad en el ejercicio de su control.

B) *Los fundamentos externos del control de proporcionalidad*

Los fundamentos externos del control de proporcionalidad residen en un conjunto de fuentes que pertenecen a sistemas jurídicos distintos del nacional. Tales fuentes son a veces directamente aplicables, otras veces no tienen valor normativo, pero han influido en todo caso en el razonamiento jurisdiccional.

1) El primer grupo de fuentes externas está representado por las fuentes europeas. Entre ellas, dos merecen una mención especial. El Tratado sobre la Comunidad Europea tras su reforma en 1992 y en 1997 ha incorporado el principio de proporcionalidad como uno de los principios directores de la Comunidad al lado de la subsidiariedad¹⁷. Aunque la jurisprudencia comunitaria haya reconocido a la proporcionalidad desde hace mucho tiempo el estatuto de principio general¹⁸, esta institucionalización le confiere un lugar específico que obliga a las normas comunitarias derivadas a respetar tal exigencia. Ésta se impone al juez de Derecho interno en Francia, desde el mismo momento en que se encuentre en juego la aplicación de una norma comunitaria. En tal caso, el principio de proporcionalidad resulta exigible en cuanto principio jurídicamente vin-

¹⁵ CE, 22 de marzo de 1929, *Brandt, Rec.*, pág. 357.

¹⁶ El juez constitucional es el único que parece estar al margen de este fundamento, ya que no ejerce más que un control abstracto de las normas y no está investido de poderes de juez de pleno contencioso en el marco del control de constitucionalidad.

¹⁷ Artículo 3b del Tratado de creación de la Comunidad Europea.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, CJCF, 28 de octubre de 1975, *Rutili, Rec.* CJCE 1219; CJCE, 17 de diciembre de 1979, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr und Vorratstelle für Geteide und Futtermittel, Rec.* CJCE 1125; CJCE, 19 de diciembre de 1979, *Hauer c. Land Rhein-and-Pfalz, Rec.* CJCE 3727.

culante y, en ese sentido, forma parte del ordenamiento interno. La misma observación podemos hacer respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige en varias de sus disposiciones un respeto de la proporcionalidad bajo una u otra fórmula (plazo razonable, limitación necesaria)¹⁹. Aunque este último texto trocee el principio de proporcionalidad en una sucesión de obligaciones aplicables a cada derecho o libertad, no por ello deja de reconocer un papel fundamental a la proporcionalidad, papel que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reforzado constantemente desde su creación²⁰. La situación en este caso es la misma que con respecto a la Comunidad Europea. La exigencia de respeto de la proporcionalidad es una obligación que se impone al juez interno en razón de la aplicabilidad directa de la Convención. Por el contrario, en los otros ámbitos en los que no está en juego la aplicación de Derechos europeos, el juez nacional no está obligado a respetar la proporcionalidad en tanto que condición de validez de un acto o de una acción²¹. Y, sin embargo, el razonamiento lógico que siga el juez podrá inspirarse (se inspira, de hecho) en lo que hace en las materias europeas. No faltan casos en que es posible identificar el parentesco de un razonamiento con el empleado ante las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo²². Los tribunales franceses recurren a la proporcionalidad, así, por mimetismo jurídico.

Otras fuentes internacionales pueden servir, asimismo, de inspiración. Aunque no sean obligatorias o directamente aplicables, pueden reafirmar al juez en su recurso al control de proporcionalidad y convencerle de su pertinencia. Las decisiones del Comité Europeo de Derechos Humanos en el supuesto del control ejercido en los casos de demandas individuales son ejemplo de ello. En tal sede debemos, asimismo, situar las fuentes extranjeras. Efectivamente, el Derecho comparado ofrece una amplia gama de casos en los que existe un recurso al control de proporcionalidad. La *rule of reasonableness* utilizada en los países anglosajones o más directamente el principio de proporcionalidad utilizado en Alemania han podido influir de manera notable en el razonamiento del juez. Aunque resulte difícil medir cuál ha sido la amplitud del papel que ha desempeñado el Derecho comparado en Francia (debido, principalmente, a la ausencia de referencia a tales fuentes en las decisiones), tal influencia no ha dejado de intensificarse, principalmente debido a los cada vez más frecuentes contactos internacionales que mantienen las jurisdicciones. Estas fuentes juegan un papel de refuerzo, las más de las veces; es decir, no constituyen el

¹⁹ CE, 19 de abril de 1991, *Belgacem et Babas* (dos decisiones), *Rec.*, pág. 152 y pág. 162.

²⁰ La lista es amplia. *Vid.*, por ejemplo, relativo a la libertad de expresión, CEDH, 29 de octubre de 1992, *Open Door*, Serie A 246, §§ 73 y 75; relativo al derecho a la vida privada y de familia (límites), CEDH, 24 de abril de 1996, *Boughanemi c. France*; 7 de agosto de 1996, *Chorfi c. Belgique*.

²¹ *Vid.* B. GENEVOIS, *Principes Généraux du Droit*, Répertoire de Contentieux Administratif, Dalloz, tomo 3, puesta al día 1998-2, n.º 609, pág. 389; F. MODERNE, «Actualité des Principes Généraux du Droit», *RFDA*, 1998, pág. 515.

²² *Vid.* F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF Droit Fondamental, 3.ª ed., 1997, pág. 272.

principal fundamento del razonamiento del juez pero sirven para reforzar su argumentación.

2) Finalmente, hay un cierto número de fuentes externas que derivan del discurso propio de otras ciencias y que han inspirado al jurista en la medida en la que podían resultar convincentes o seductoras en el ámbito jurisdiccional. En tal sentido, el análisis económico ha llevado al juez a transponer en el ámbito de la decisión judicial métodos de razonamiento propios de esta ciencia. Uno de los mejores ejemplos puede ser el de la teoría del balance «costes-beneficios», esto es, la racionalización de las elecciones presupuestarias, que exigen que se valoren todos los aspectos positivos y negativos que subyacen a una decisión, antes de que ésta sea adoptada²³. La opción por una alternativa puede justificarse racionalmente en un análisis económico o que toma en cuenta otros factores. No cabe la menor duda de que el juez administrativo francés se ha visto seducido por este método en materia de decisiones patrimoniales²⁴, medioambientales²⁵, e incluso económicas²⁶. Este tipo de fuentes ha desempeñado un papel fundamentalmente complementario en la búsqueda de la proporcionalidad, búsqueda que ya se encontraba de forma embrionaria en el razonamiento de los jueces.

Éstas son las fuentes que han llevado al juez administrativo²⁷, en primer lugar, y después al juez constitucional, a incorporar la proporcionalidad en su razonamiento jurisdiccional.

2. LAS MANIFESTACIONES DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD

Aunque el recurso a la proporcionalidad no sea patrimonio de los jueces de Derecho público, el juez administrativo, primero, y, más tarde, el juez constitucional, lo han incorporado al arsenal de sus medios o técnicas de control, bien porque el recurso a la proporcionalidad era fruto de una obligación legal, bien porque representaba un medio de interpretación jurisprudencial de las normas.

²³ Vid. G. BRAIBANT, concl. Sur, CE, 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est, Rec.*, pág. 409; *vid.*, asimismo, J. LEMASURIER, «Vers un nouveau principe général du droit: Le principe "bilan coût-avantages"», en *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, pág. 551.

²⁴ CE, 19 de julio de 1973, *Ville Limoges, Rec.*, pág. 530.

²⁵ CE, 24 de enero de 1975, *Gorlier et Bonifacy, Rec.*, pág. 53; CE, 8 de julio de 1977, *Riz, Rec.*, pág. 317.

²⁶ CE, 5 de mayo de 1976, *SAFER d'Auvergne, Rec.*, pág. 232; CE, 18 de febrero de 1978, *Abellan, Rec.*, pág. 96.

²⁷ El juez judicial también suele recurrir al principio de proporcionalidad cuando existe una obligación legislativa en tal sentido, principalmente en los sectores de carácter económico. En tal ámbito, la mayor parte de las veces es el Derecho comunitario el que le exige el respeto de la proporcionalidad.

A) *Los medios utilizados para el control de proporcionalidad*

El juez administrativo y el juez constitucional pueden aplicar la proporcionalidad a través de dos grandes formas: los medios normativos y los medios interpretativos.

1) Los medios normativos son aquellos que, mediante una norma, imponen al juez el respeto de la regla de la proporcionalidad. La norma puede ser una norma constitucional o una norma del legislador que condicione la constitucionalidad o la legalidad de una medida al respeto de la proporcionalidad. Por ejemplo, el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1879 dispone que las penas deben ser estricta y evidentemente necesarias: en el ámbito de las sanciones, una ley penal no podría establecer una sanción desproporcionada en relación a los hechos tipificados²⁸. Igualmente, el legislador puede imponer a la Administración el deber de respetar la relación de proporcionalidad entre una restricción a una libertad y el fin perseguido: tal es el caso de las sanciones adoptadas por el Consejo Superior de la Radiotelevisión por el incumplimiento de las obligaciones legales o de las obligaciones establecidas en el pliego de condiciones de una empresa de radiotelevisión²⁹. Estos medios normativos escapan a la voluntad del juez. Éste puede reconocer la existencia de un principio (general del Derecho) de proporcionalidad, pero no lo ha creado. Más exactamente, el juez hace referencia a tal principio de forma fragmentada en aquellos ámbitos en los que considera que debe hacer alusión al mismo en razón del contexto jurídico.

A falta de un principio autónomo general de proporcionalidad, la proporcionalidad en la ley se concreta en los ámbitos más dispares: además del campo sancionatorio, sea o no de naturaleza penal³⁰, es de destacar su proyección más característica en el ámbito de las libertades y de la responsabilidad. Una de las particularidades de la proporcionalidad en la ley es que se encuentra tan íntimamente ligada al ámbito en el que se aplica que pasa desapercibida, por lo que un sector doctrinal no la considera como aplicación del principio de proporcionalidad³¹. No obstante, se trata de una exigencia cuyo incumplimiento constituye una violación de la norma jurídica. El juez estará encargado del control de la proporcionalidad.

²⁸ Cons. Constit., déc. 87-237, DC de 30 de diciembre de 1988, *Loi de Finances pour 1988, Rec.*, pág. 63.

²⁹ Cons. Constit., déc. 88-248, DC de 17 de enero de 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec.*, pág. 18, § 30 (reconocimiento de la constitucionalidad del principio de proporcionalidad establecido por el legislador); *vid.*, asimismo, CE, 26 de julio de 1991, *SA La Cinq, Rec.*, pág. 298.

³⁰ Cons. Constit., déc. 82-155, DC de 30 de diciembre de 1982, *Loi de Finances rectificative pour 1982, Rec.*, pág. 88, § 33.

³¹ Ello es así si entendemos el principio de proporcionalidad como un principio de aplicación general, que no requiere de ningún texto. No obstante, la incorporación a los textos legales del respeto de la proporcionalidad consagra a menudo exigencias antes formuladas por los jueces: en ese caso, se trata de reforzar el papel de la proporcionalidad reconociéndole un «estatuto oficial».

2) Los medios interpretativos son aquellos que el juez utiliza durante su función de control. Consisten en incorporar la proporcionalidad como elemento del control jurisdiccional. La proporcionalidad no es ahora una exigencia normativa sino una actividad intelectual que permite verificar la constitucionalidad o la legalidad de una medida, o incluso establecer la responsabilidad de un órgano o de una autoridad. La proporcionalidad también puede servir de forma indirecta como técnica jurisdiccional; en tal caso, se convierte en el instrumento de un método.

Es fácil detectar cuándo se acude a la proporcionalidad como medio de recurrir una medida: el juez la utiliza abiertamente, y aunque con frecuencia no la designe por su nombre, aparece claramente a través de la idea de medida o proporción. Así, tanto en el plano constitucional como en el de la legalidad ordinaria, el examen del acto enjuiciado exige que se investigue la adaptación de los motivos de la decisión al contenido y al fin de la medida. Este medio, conocido como control de los motivos, adopta multitud de variantes que permiten al juez ser más o menos exigente respecto a la relación entre motivos de hecho y de Derecho y entre éstos y el contenido de la decisión. Ello permite verificar la coherencia del acto legislativo o administrativo. La mejor ilustración de esta idea se encuentra en la metáfora empleada por el jurista alemán Walter Jellinek: *el problema de la proporcionalidad consiste en averiguar si hemos disparado a los gorriones con cañones de artillería*. Adaptando esta idea, podemos añadir que es tarea del juez comprobar si el calibre utilizado está adaptado al tamaño del animal. Por emplear la terminología al uso, el control de los motivos que exige la aplicación de la proporcionalidad puede realizarse a través de un control del error manifiesto de apreciación³², el control de la calificación jurídica de los hechos³³, o incluso el control de adecuación³⁴. A ellos se añaden otras formas modernas de control, como el control del balance «costes-beneficios»³⁵, que constituye una variante de la calificación jurídica de los hechos³⁶.

El control de la finalidad del acto —conocido bajo el nombre de control de desviación de poder— constituye asimismo una de las fórmulas bajo las que la proporcionalidad se integra en el razonamiento judicial.

³² CE, 9 de junio de 1978, *Lebon, Rec.*, pág. 245; CE, 25 de mayo de 1990, *Kiener, Rec.*, pág. 846; *vid.* respecto al juez constitucional: Cons. Constit., déc. 85-196, DC de 8 de agosto de 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie, Rec.*, pág. 88, § 16.

³³ CE, 15 de marzo de 1950, *Dubois, Rec.*, pág. 794; CE, 13 de marzo de 1953, *Teissier, Rec.*, pág. 133. En materia de derecho de huelga, CE, 7 de julio de 1950, *Dabaene, Rec.*, pág. 426.

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, CE, 8 de diciembre de 1972, *Ville de Dieppe, Rec.*, pág. 794; CE, 13 de marzo de 1968, *Ministre de l'Intérieur c. Époux Leroy, Rec.*, pág. 179.

³⁵ CE, 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est, Rec.*, pág. 409; CE, 20 de octubre de 1972, *Société civile Sainte Marie de l'Assomption, Rec.*, pág. 657.

³⁶ Contrariamente a lo que sostienen algunos autores, nos parece necesario considerar esta forma de control como una de las que incorporan el control de proporcionalidad, puesto que si bien el principio de proporcionalidad no está en juego, el control del balance incorpora la proporcionalidad en su propia dinámica. Se trata, en suma, de comprobar que los inconvenientes son proporcionados a las ventajas de la decisión. Ello no implica que el control realizado sea idéntico al razonamiento del que adoptó la decisión. Sólo dará lugar a una anulación el carácter incoherente de la decisión.

Una decisión adoptada por interés puramente personal es *a priori* fácilmente identificable. Pero se trata de un supuesto de escasa frecuencia hoy día; mucho más frecuente es que la finalidad real de la decisión está vinculada a un conjunto de justificaciones que hacen necesario un examen en profundidad de las finalidades determinantes de la decisión³⁷. En tal caso, el juez habrá de buscar qué proporción ha representado el interés personal para la adopción de la decisión, anulándola si se basa en un interés esencialmente personal³⁸.

Aunque estas formas de control tienen su origen en el contencioso administrativo, el juez constitucional también las ha asumido, adaptándolas a la especificidad de su tarea. Ello puede explicar que ciertas modalidades del control de proporcionalidad no existan en el ámbito del contencioso constitucional o que, por el contrario, el juez constitucional haya desarrollado ciertas modalidades que le son propias³⁹.

El juez administrativo y el juez constitucional utilizan, asimismo, la proporcionalidad a través de los métodos que emplean. Este uso de la proporcionalidad se encuentra más alejado del respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, pero es parte del mismo en la medida en que constituye el elemento revelador de la legalidad o de la constitucionalidad de la medida o de la acción. Entre estos métodos figura especialmente el llamado método del «haz de indicios»⁴⁰, el cual consiste en medir cuantitativa y cualitativamente, sobre la base de una presunción, los indicios opuestos o contradictorios de forma que se determine la proporción mayoritaria, para así establecer el sentido de la decisión; o el método de la irregularidad determinante, que se aplica para distinguir las formalidades accesorias y las sustantivas o para identificar los motivos determinantes de un acto⁴¹.

El juez también ha utilizado la proporcionalidad para precisar y determinar el contenido de ciertas normas, introduciendo en ellas la obligación de respetar la proporcionalidad. En este caso, no se trata de dar cumplimiento a un principio del Derecho, sino de identificar las condiciones de validez de una norma, para cuyo examen es necesario un recurso a la noción de proporcionalidad. El ejemplo característico es el principio de

³⁷ CE, 7 de diciembre de 1983, *Commune de Lauterbourg, Rec.*, pág. 491; CE, 20 de julio de 1971, *Ville de Sochaux, Rec.*, pág. 561.

³⁸ TA Dijon, 14 de noviembre de 1983, *Association de protection de l'environnement de Vénizy, Rec.*, pág. 403.

³⁹ El juez constitucional utiliza de forma mucho más abierta y directa el control de proporcionalidad en su función de conciliación de los derechos y libertades entre sí, así como entre éstos y los objetivos con valor constitucional (*vid.* G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Thémis, PUF, 1998, pág. 234). Ello es consustancial al ejercicio de su misión, y al hecho que los recurrentes invocan con bastante frecuencia este medio como queja frente al texto de que se trate. El juez constitucional lo ha empleado, por ejemplo, en materia de derecho de huelga: Cons. Constit., déc. 79-105, DC de 25 de julio de 1979, *Droit de grève à la Radio-Tv, Rec.*, pág. 48, o en materia de reintegración de asalariados por falta simple: Cons. Constit., déc. 88-244, DC de 20 de julio de 1988, *Amnistie, Rec.*, pág. 111.

⁴⁰ En el original, se denomina este método como *faisceau d'indices* (N. del T.). No conocemos un método equivalente con designación propia en Derecho español.

⁴¹ Por ejemplo, CE, 19 de junio de 1992, *SARI Le bistrot aixois, Rec.*, pág. 239.

igualdad. Se considera que una discriminación entre dos categorías no viola el principio de igualdad si está fundada en una diferencia objetiva entre la situación examinada y aquella respecto de la que se invoca la existencia de discriminación; o si, asimismo, está basada en una razón de interés general que esté suficientemente justificada. En ambos casos, la naturaleza de la discriminación se aprecia a través de la correspondencia entre el grado de discriminación y su justificación. El juez se sirve de la proporcionalidad para apreciar tal relación⁴².

Cuando el juez utiliza la proporcionalidad de forma interpretativa, ejerce un control *de* proporcionalidad, pues esta última no interviene más que de forma indirecta o implícita.

B) *Los ámbitos de intervención del control de proporcionalidad*

Son varios los ámbitos en los que el juez utiliza la proporcionalidad como elemento de control. El respeto de la proporcionalidad puede, en primer lugar, venir exigido por la norma en cualquier ámbito en el que la Constitución o el legislador así lo hayan establecido. Ello implica que no existen espacios, por principio, que escapen al control de proporcionalidad⁴³. No obstante, existen sectores en los que la proporcionalidad es utilizada de forma regular, por no decir sistemática. Podemos distinguir dos tipos de sectores: aquellos en los que el juez dispone tan sólo de un poder de anulación y aquellos en los que el juez goza de un poder de decisión o modificación.

1) En el marco de los poderes de anulación, las libertades y los derechos fundamentales son el objetivo por excelencia del control de proporcionalidad. Ello es comprensible, por cuanto que se trata de defender los derechos de la persona. En una sociedad democrática, las libertades proclamadas y garantizadas por los textos constitucionales no son absolutas y deben ser conciliadas entre sí para permitir su ejercicio. Ello justifica la necesidad de su limitación, aunque el legislador se encuentra siempre bajo el control del juez constitucional. Esta misma pauta es aplicable al ejecutivo cuando lo que está en juego es la aplicación de los textos legislativos. La propia idea de limitación de las libertades contiene el germen de tres proposiciones directrices: la limitación debe tener por finalidad la concilia-

⁴² CE, 19 de mayo de 1974, *Denoyez et Chorques, Rec.*, pág. 274; Cons. Constit., déc. 79-107, DC de 12 de julio de 1979, *Ponts à Péage, Rec.*, pág. 31. Algunos autores consideran que este aspecto de la proporcionalidad no es parte del principio de proporcionalidad (M. FROMONT, *op. cit.*, pág. 165). Si nos atenemos al principio de proporcionalidad, esta posición es comprensible. Si, en cambio, atendemos a la proporcionalidad como medio de control, debemos incorporarlo.

⁴³ Con la excepción de las hipótesis en las que el legislador, respetando las normas que le obligan a él, decide deliberadamente imponer una solución desproporcionada en razón del impacto que quiere alcanzar. El ejemplo más claro es el de la financiación de las campañas electorales: un exceso en las cuentas de campaña implica la inhabilitación electoral pasiva durante un año, sea cual sea la cuantía del exceso.

ción de la libertad o derecho en cuestión con las demás libertades y con los imperativos necesarios para su ejercicio⁴⁴; el contenido de la limitación debe estar en relación con su justificación; no deben existir otros medios menos restrictivos que permiten alcanzar los mismos resultados. Estas proposiciones son expresión de la idea misma de proporcionalidad. El juez constitucional y el juez administrativo han utilizado ampliamente estas facetas del principio de proporcionalidad para realizar su control. Evidentemente, este control varía conforme a la relevancia de la libertad en cuestión. Ciertas libertades, consideradas como indispensables para la protección de otras, serán objeto de un control de proporcionalidad más estricto que las demás. En este sentido, la libertad de expresión⁴⁵ en sus diferentes modalidades⁴⁶ es objeto de un control más estricto que el derecho de propiedad⁴⁷. No obstante, y aunque el control varíe en intensidad, su naturaleza no cambia. El sector de los derechos y libertades fundamentales cubre un campo de aplicación amplio y diversificado: se refiere tanto a la privación y restricción de los derechos y libertades clásicas como a las de los derechos económicos y sociales: han recibido este tipo de protección, por ejemplo, la libertad de comercio y de industria⁴⁸, la protección de los derechos de los asalariados⁴⁹, por no citar más que algunos. En consecuencia, numerosos ámbitos que sólo afectan a los derechos y libertades por referencia son alcanzados por el control de proporcionalidad.

El control de proporcionalidad cubre, asimismo, otros sectores. Son los relativos, fundamentalmente, a los contenciosos técnicos en los que la proporcionalidad se utiliza como medio de evaluar la legalidad de la decisión administrativa. En tal sentido, encontramos rastros del control de proporcionalidad en los contenciosos relativos a la expropiación urbanística⁵⁰, a decisiones de carácter económico⁵¹, a la función pública⁵², a medidas relativas a extranjeros⁵³, por no citar más que algunos ejemplos. En estos supuestos, el recurso que hace el juez a la proporcionalidad tiene vir-

⁴⁴ Orden público e interés general.

⁴⁵ Cons. Constit., déc. 84-181, DC de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*, Rec., pág. 73, §§ 37-39.

⁴⁶ Vid. R. CHAPUS, *Droit administratif*, tomo I, n.º 801, Monstchrestien, 8.ª ed., 1994.

⁴⁷ Ello no significa que este derecho no esté protegido, sino que puede ser objeto de limitaciones más importantes sin que sea desnaturalizado: Cons. Constit., déc. 98-403, DC de 29 de julio de 1998, *Lutte contre l'exclusion*, AJDA, 1998, pág. 739, donde se concilia el derecho de propiedad con el objetivo de valor constitucional de disposición de un alojamiento digno.

⁴⁸ CE, de 16 de enero de 1987, *Auclair*, Bull. DA, 1987, pág. 65.

⁴⁹ CE, de 1 de febrero de 1980, *Société de peintures Corona*, Rec., pág. 59.

⁵⁰ Vid., por ejemplo, para los proyectos de interés general, CE, 30 de octubre de 1992, *Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, Rec., pág. 449.

⁵¹ CE, 5 de mayo de 1976, *SAFER d'Auvergne*, cit., Rec., pág. 232.

⁵² Vid., por ejemplo, relativo a sanciones a los funcionarios: CE, 8 de julio de 1991, *artin et Commune de Levallois-Perret*, Rec., pág. 727; nombramientos externos: CE, 16 de diciembre de 1988, *Association des administrateurs civils*, Rec., pág. 449.

⁵³ CE, 29 de junio de 1990, *Imanbaccus*, Rec., pág. 192 (control de desproporción manifiesta); pero el control se convierte en un control de la necesidad de la medida si los derechos de los extranjeros en causa están protegidos constitucional o convencionalmente: según la jurisprudencia *Belgacem* (cit.), vid., por ejemplo, 31 de julio de 1992, *Loko*, Rec., pág. 980.

tualidad explicativa. Tradicionalmente, el razonamiento jurisdiccional incorporaba este tipo de razonamiento, pero el recurso a la proporcionalidad en el control le permite dar a conocer mejor su razonamiento.

2) La segunda categoría de hipótesis en las que podemos detectar un recurso a la proporcionalidad está constituida por aquellos supuestos en los que el juez tiene poder para adoptar o modificar una decisión. En estos casos el juez se sitúa en una posición distinta: para tomar su decisión, debe adoptar la postura de la Administración o de la autoridad que decide. La proporcionalidad sirve aquí para poner de manifiesto la coherencia del acto o de la acción llevada a cabo. Esta aplicación de la proporcionalidad se encuentra tan íntimamente ligada al control judicial que pasa desapercibida, hasta el punto de que a veces no se la identifica como tal. Podemos apuntar numerosos ejemplos. Así, en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, el juez comprueba que el hecho generador del daño puede ser calificado como falta: para ello, utiliza la proporcionalidad en aquellos sectores donde se exige una falta grave —policía administrativa, servicios fiscales— para determinar si la falta posee la gravedad suficiente para generar la responsabilidad. Muy a menudo, el juez fundamenta su razonamiento en el grado de coherencia de la acción llevada a cabo. Al mismo tiempo que acepta que en el caso de las actividades complicadas no aprecia la existencia de falta de forma sistemática, considera que la falta de diligencia constituye un comportamiento desproporcionado respecto de lo que el usuario está en derecho de esperar de los poderes públicos⁵⁴. El ámbito contractual es también otro de los sectores en los que se utiliza de forma regular el control de proporcionalidad. Podemos comprobarlo en el supuesto de la modificación unilateral por la Administración de las cláusulas de un contrato. Este tipo de modificaciones son posibles, pero sólo bajo ciertas condiciones. El juez deberá verificar que las nuevas cláusulas impuestas al contratista no son desproporcionadas en relación al equilibrio financiero del contrato⁵⁵. También son objeto del control de proporcionalidad otros aspectos técnicos: en tal sentido, los supuestos de contencioso en los que las sanciones son utilizadas no sólo como medio de reparación sino como medio de castigo de un determinado comportamiento, como las sanciones en el ámbito de la radiotelevisión⁵⁶, o incluso en materia fiscal.

Los sectores en los que interviene el control de proporcionalidad en Derecho francés son, así pues, muchos más de lo que pudiera parecer a primera vista, dada la inexistencia de un principio general de proporcio-

⁵⁴ CE, 10 de diciembre de 1986, *Robert, Rec.*, pág. 701; CE, 22 de junio de 1987, *Ville de Rennes, Rec.*, pág. 223 (faltas graves en materia de policía administrativa).

⁵⁵ La teoría de la imprevisión ejemplifica esta situación. *Vid.*, por ejemplo, CE, 19 de febrero de 1992, *SA dragages et travaux publics*.

⁵⁶ *Vid.* sobre este principio y sus límites: CE, 6 de abril de 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle, AJDA*, 1998, pág. 729.

nalidad. ¿Qué papel desempeña la proporcionalidad dentro del arsenal contencioso?

3. LAS FUNCIONES DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD

¿Por qué la proporcionalidad, sin haber alcanzado el rango de principio general, ocupa el lugar ya visto en el Derecho francés? La respuesta es, a la par que simple, compleja. Simple, por cuanto que los jueces han encontrado en la misma un arma adaptada al ejercicio de un control eficaz, al mismo tiempo que suficientemente flexible para poder responder a un número de situaciones bien distintas. Compleja, porque el recurso al control de proporcionalidad no está exento de peligros ni de críticas: el juez debe saber usarla sin abusar de ella. En este sentido, son dos las funciones que podemos distinguir: las funciones contenciosas y las funciones políticas.

A) *Las funciones contenciosas*

Las funciones contenciosas de la proporcionalidad están representadas por sus aspectos inmediatos, esto es, por los más visibles. A este respecto, el control de proporcionalidad cumple dos funciones: una función lógica y una función pedagógica.

1) La *función lógica* traduce la exigencia de coherencia del acto o de la acción en causa. El control de proporcionalidad permite establecer tal relación de coherencia, al mismo tiempo que permite comprobar si una norma, en su aplicación, genera o puede generar resultados indeseables, que pondrían de manifiesto su incoherencia o falta de lógica. Esta búsqueda ha constituido siempre una de las preocupaciones del juez administrativo, quien nunca ha admitido que causas pequeñas puedan generar consecuencias grandes o a la inversa. Podemos comprobarlo, por ejemplo, en materia de libertad de opinión o de libertad religiosa. Si la búsqueda de un equilibrio entre los intereses públicos y la protección de los intereses privados siempre ha estado subyacente en el control jurisdiccional, constituyendo a menudo su mismo fundamento, la proporcionalidad, por su parte, ha permitido concretar tal exigencia⁵⁷. Desde este punto de vista, la

⁵⁷ Tanto el juez constitucional como el administrativo no han dudado en adoptar decisiones contrarias al sentir general. En tales hipótesis, el control de proporcionalidad se ha utilizado para contemporizar los efectos de una solución demasiado radical, a la que se hubieran visto obligadas a recurrir las autoridades legislativas o administrativas bajo la presión de la opinión pública: *vid.*, por ejemplo, respecto de la libertad de cultos, CE, 14 de mayo de 1982, *Association internationale pour la conscience de Krisna, Rec.*, pág. 179; o en el caso del juez constitucional, en asuntos relativos a las nacionalizaciones: Cons. Constit., déc. 81-132, DC, *Nationalisations 1, cit., Rec.*, pág. 18.

proporcionalidad actúa a modo de catalizador: constituye el nexo entre las propuestas que justifican un acto o una decisión y las finalidades perseguidas. Es curioso que esta función no haya sido identificada en Francia hasta tan tarde, y que haya aparecido como un acto de audacia jurisdiccional, rayando los límites de lo aceptable.

2) La *función pedagógica* representa, por el contrario, un descubrimiento más reciente. Se traduce en una explicación mejor y más clara de la decisión adoptada por el juez. La casi obsesión internacional por el reconocimiento de un principio de proporcionalidad puede explicarse por la idea de que este principio ofrece al justiciable un grado de comprensión y entendimiento para el profano que no le ofrecían los medios y argumentos contenciosos tradicionales. Esta función de comunicación explica su éxito. Además, esta razón es aplicable no sólo al justiciable sino también al legislador o a la Administración, sobre quienes pesa la obligación de motivar sus actos. Por otra parte, tampoco debe sorprender el hecho de que el desarrollo del control de proporcionalidad haya coincidido en Francia con la adopción de nuevas obligaciones en materia de procedimiento no contencioso, como la de transparencia o motivación de los actos administrativos⁵⁸. Todo ello es parte de un mismo proceso. En este sentido, se ha dado el caso de que ciertas decisiones que invalidan un acto por falta de respeto de la regla de proporcionalidad hayan sido objeto de una amplia publicidad a través de circulares o comunicaciones de la Administración. Esta función pedagógica permite hacer comprender que la «regla de proporcionalidad» no constituye un medio omnímodo que permita censurar de forma sistemática la acción administrativa. Por el contrario, la flexibilidad de la proporcionalidad sirve también para justificar elecciones que sin ella no serían siempre bien entendidas. No obstante, existe un límite a esta función: no es fácil medir su verdadero impacto.

B) *Las funciones políticas*

El recurso a la proporcionalidad como medio o método de control no debe enmascarar una realidad evidente. La proporcionalidad ofrece al juez un arma difícil de controlar y que abre la puerta a un «gobierno de los jueces», si se aplica sin el debido discernimiento. El control de proporcionalidad, en efecto, traslada al juez la preocupación de comprobar por sí mismo, pero, asimismo, de definir, la relación de coherencia del acto o de la decisión. Por ello es necesario que los que aplican y recurren a la proporcionalidad lo hagan con discernimiento. Ello es posible gracias a las características de este tipo de control.

⁵⁸ Ley de 11 de julio de 1979. Esta ley no ha establecido un principio general de motivación de las decisiones administrativas, pero ha ampliado considerablemente las excepciones al principio de no-motivación.

1) En primer lugar, aunque la naturaleza del control de proporcionalidad sea siempre la misma, las formas y grados que puede revestir permiten que el órgano que recurre al mismo module sus exigencias. El control de proporcionalidad permite la autolimitación del que recurre a la misma. Ello se traduce en una cierta responsabilidad de aquel que emplee la regla de la proporcionalidad. En segundo lugar, el control de proporcionalidad no autoriza a que el autor sustituya las condiciones en las que la decisión fue adoptada. No se trata de rehacer la decisión adoptada por la autoridad competente al respecto, gracias a esta regla o principio. Tanto el juez constitucional como el administrativo han respetado estas dos exigencias. Aunque es cierto que algunas decisiones han podido suscitar ciertas críticas, han sido críticas menores y han llevado al legislador y a la Administración a reconsiderar su posición, sin que el juez haya sustituido a la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Pero sería irreal creer que la aplicación del control de proporcionalidad es absolutamente neutra. No hace sino traducir la concepción política —en el sentido de una concepción de la sociedad— de las personas que lo aplican. La formación de los jueces, sus concepciones personales, no están nunca totalmente ausentes en el debate, aunque el papel que desempeñen sea a menudo mínimo. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con las autoridades políticas, esta función debe ser reducida a lo estrictamente necesario para que la opción personal del juez no se convierta en el objeto de su decisión.

2) Fuera de la función política propiamente dicha, el control de proporcionalidad permite al juez armonizar su política jurisprudencial. Con ello, el juez puede asegurar la cohesión del edificio jurisprudencial. A este respecto, el mayor logro del control de proporcionalidad consiste en su flexibilidad. Posibilita que un mismo principio o norma se aplique a distintas situaciones sin transformar la naturaleza del control sino su intensidad. Ello contribuye a que el juez armonice su línea jurisprudencial, dándole en cada ámbito preciso una homogeneidad que no poseería por sí misma naturalmente. Y lo que es más importante, esta función permite al juez apartarse temporalmente de su línea jurisprudencial cuando las circunstancias lo exigen, sin romper por ello el equilibrio que la justifica. El control de proporcionalidad permite de esta forma que el juez desarrolle una política jurisprudencial dinámica: la evolución de la sociedad, sus valores comunes, sus crisis, todo ello puede ser incorporado a través del control de proporcionalidad.

3) Los principales peligros que acechan a esta función política de la jurisprudencia son dos: el primero deriva de los límites de las virtudes de la proporcionalidad. La comodidad que el control de proporcionalidad ofrece no debe convertirse en un pretexto para el ejercicio de una «dictadura de lo razonable». En algunos casos, el juez debe rechazar la regla de la

proporcionalidad, so pena de bloquear una elección o una opción social. El segundo peligro reside en el riesgo de error que puede suponer cualquier referencia a un valor social cuya validez no está necesariamente demostrada. En la incertidumbre, más vale abstenerse. El juez, a diferencia de los órganos políticos, es irresponsable. Sustituir los valores establecidos por sus propios valores supondría conferirle una autoridad suprema de la que no dispone bajo título alguno. Este riesgo se ha evitado hasta hoy, pero la amenaza es permanente. El juez debe continuar utilizando la proporcionalidad con «tacto y mesura».

La proporcionalidad en Francia, por tanto, no ha adquirido el estatuto de principio general que la caracteriza en otros sistemas jurídicos. Sin embargo, lejos de estar ausente del sistema, forma una antigua pareja junto con el control jurisdiccional. ¿Por qué? Simplemente, porque a través de la idea de proporcionalidad no se defiende sino la idea de justicia.