

El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)

I

El texto establecido en el art. 7, inc. f), primer párrafo, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (decimos texto en vez de norma por cuanto, siguiendo a Tulio ASCARELLI y S. SATTA, un texto sólo queda transformado en norma mediante la interpretación; recuérdese al respecto la descalificación de NIETSCHE cada vez que creía verificar una sustitución de texto por interpretaciones) determina que el acto administrativo «habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto». Y a continuación añade: «las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad»

Tenemos aquí, pues, consagrado el principio de proporcionalidad de la acción administrativa (que a veces se suele también denominar «prohibición de exceso»). Las líneas que siguen pretenden, precisamente, comentar (un tanto fragmentariamente) una fórmula inusual, que sepamos, en el Derecho comparado y que muestra facetas

ambiguas (inevitables quizás en las ciencias del espíritu), pero que, sin embargo, plásticamente condensa, tanto desde una perspectiva técnico-jurídica como simultáneamente en una consideración lingüística, la exigencia, en la codificación de la teoría general del acto administrativo, que la Ley de Procedimientos Administrativos consagra, de un racional ajuste en la ecuación medios-fines en la actividad de la Administración Pública. Naturalmente, la proporcionalidad resulta predicable de cualquier manifestación del obrar estatal, pero aquí nos ocupamos sólo de aquella que viene erigida como requisito esencial (de validez) del acto administrativo.

II

Una de las monografías más importantes en la materia (nos referimos a la de Aldo SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Verona, 1998) recuerda que, en 1913, Walter JELLINEK publicó un libro, reeditado luego en Aalen en 1964, que tituló *Ley – Aplicación de la Ley – Ponderación de la Oportunidad*, en el cual señaló, con metáfora bastante afortunada, que el problema de la proporcionalidad consistía en averiguar «si para disparar a un gorrión (*der Spatz*) se ha utilizado un cañón». La imagen, de todas formas, al margen, de su origen es general en la doctrina de la época: así, por ejemplo, FLEINER (*Instituciones de Derecho Administrativo*, en la versión española, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, parágrafo 24, p. 324), observa que «es función de la policía tomar la medida necesaria para la conservación de la seguridad y el orden público». La limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria; si, por ejemplo, un fondista expende aguardiente infringiendo la licencia por venta de bebidas, la policía no puede, sin más, clausurar la fonda, pues para lograr su fin dispone de otros medios más suaves y adecuados. El remedio más enérgico ha de ser siempre la última *ratio*. La intervención gubernativa también ha de ser *proporcionada* a las circunstancias.

Queda advertido así el sentido primario y el carácter esencial del principio de proporcionalidad, que el ya recordado SANDULLI diseña bajo las siguientes condiciones: a) el medio debe ser idóneo a la consecución del fin, y b) no debe provocar un sacrificio asimétrico. De donde se sigue que la proporcionalidad radica, en definitiva, en discernir, para el ejercicio del poder o potestad, la justa medida, posibilitando el desarrollo de una acción idónea y adecuada a las circunstancias de hecho. Para expresarlo con otras palabras, aquello que se requiere del obrar administrativo es que resulte coherente con los presupuestos y la situa-

ción de hecho, que no altere el justo equilibrio entre los valores, intereses y situaciones jurídicas.

III

Aunque la proporcionalidad muestra un enclave natural en las matemáticas, el concepto aparece reflejado en las distintas ciencias sociales (cabe aquí retener que ARISTÓTELES en la *Ética Nicomaquea*, V, 3, particularmente al tratar de la justicia distributiva, observaba que «lo justo» es una especie de proporción; y la proporción es una propiedad no meramente de número, con unidades abstractas, sino del número en general; la proporción es una igualdad de razones y requiere por lo menos cuatro términos, tanto la directa como la continua; lo justo, entonces, es la proporción y lo injusto es lo que va en contra de la proporción) y presenta en la ciencia jurídica distintas manifestaciones. En el ordenamiento penal es el módulo genérico entre cantidad de delito y cantidad de pena, pero también aparece, por ejemplo, en el art. 34, inc. 6.º, ap. b), del Código Penal, que alude, al regular la legítima defensa, a la necesidad racional del medio empleado, o bien cuando el mismo art. 34 (inc. 3.º) dispone la falta de punición de quien causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño; en el Derecho del trabajo (relación entre prestación laboral y retribución); en el Derecho concursal, cuando se legisla acerca de la distribución de los activos del deudor; en el Derecho tributario, donde se impone la preservación de una relación proporcional entre rédito y tributo (así lo sanciona específicamente el art. 4.º de la Constitución Nacional cuando, al establecer la integración del tesoro nacional, menciona «las demás contribuciones que equitativamente proporcionalmente a la población imponga el Congreso General»). Y además, lo encontramos en el texto capital del ordenamiento –art. 28 de la Constitución Nacional–, que advierte que la reglamentación de los principios, derechos y garantías reconocidos no podrá conducir a la alteración de tales principios, derechos y garantías. Además de esta previsión constitucional de carácter general, se debe también recordar, como una aplicación particular concreta, la articulación de la potestad normativa de urgencia. El art. 99, inc. 3.º, de la Constitución, luego de proscribir, como principio, que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo, pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, tolera que cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de

necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Bien se puede verificar en este ámbito que la posibilidad de emitir disposiciones de sustancia legislativa, por razones de urgencia o, como expresa el texto constitucional, bajo circunstancias excepcionales, aparece también rigurosamente sometida al principio de proporcionalidad, puesto que la conformación de una regla de Derecho producida por quien no es el legislador natural sólo puede involucrar las medidas necesarias y racionales para asegurar la vigencia de los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento general y para cuya plena vigencia, justamente, se acude a un procedimiento que no es el normal.

IV

El Derecho Administrativo toma el concepto de proporcionalidad del Derecho Penal para fundamentalmente aplicarlo —aunque esta observación merecería mayores precisiones históricas— en el sector de la policía administrativa (y también para las formas de ejecución forzosa de los actos administrativos). Tendencialmente —sin perjuicio de ulteriores observaciones—, podemos afirmar que la proporcionalidad es el criterio cardinal para apreciar si la acción administrativa es apta para satisfacer, con el menor sacrificio de los intereses concurrentes, el fin prefijado en la norma. Es decir, la proporcionalidad traduce la necesidad de un equilibrado comportamiento de la Administración Pública que contemple una equitativa relación entre medios y fines, entre presupuestos y consecuencias y, más en general, entre intereses públicos y privados en juego.

V

Debemos advertir ahora una nota típica, cuando menos en sus orígenes, de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo: su elaboración ha sido fundamentalmente obra de la jurisprudencia, la cual en sus comienzos ha rehuido una modulación conceptual, salvo la individualización de unos criterios muy generales, y preferido el desarrollo del principio de conformidad con las circunstancias específicas de cada caso en particular. Para emplear locuciones que dan título a una notable monografía de Théodore FORTSAKIS (a la cual después aludiremos más concretamente), es perceptible la explayación de un análisis empírico antes que conceptual.

El primero de los precedentes —referido al Derecho alemán, o, para ser más precisos, al Derecho Administrativo prusiano— es el caso *Kreusberg*, que resuelve el Tribunal Superior Administrativo prusiano en 14 de junio de 1892, considerando ilegítima la clausura de un local cuyo titular había sido sorprendido vendiendo alcohol sin licencia. El argumento primordial sugiere que la autoridad administrativa hubiera debido adoptar un procedimiento menos «penalizante» para el particular. Y en este punto no se puede prescindir de la imponente construcción dogmática de O. MAYER (*Derecho Administrativo Alemán* —versión española—, II, parágrafo XIX. 2, pp. 31 a 34). Según MAYER, el presupuesto fundamental de potestad policial es la idea de peligro o perturbación. Y el fundamento del poder de policía en el Derecho Natural exige que la defensa esté en proporción con la perturbación; de este modo se fija la medida de la potestad de policía. La autoridad policial procede con fundamento en las autorizaciones generales, pero la ley no ha querido permitir una defensa que exceda esta medida natural, la cual adquiere la importancia de un auténtico límite jurídico. Gráficamente, señala MAYER que el poder policial no puede suprimir, junto con la perturbación, aquello que es lícito y admitido por la libertad social y, en la medida que ello es posible, se debe formular una distinción: el poder policial se aplicará sobre todo en el caso en que ocurran hechos reprimidos por la policía en la actividad de una empresa lícita en sí y en ocasión, por ejemplo, de acciones independientes que no atañen a la empresa misma. Este adaptar del poder policial a la medida de la perturbación se realiza, principalmente, distinguiendo de manera externa los hechos que se han de apreciar. En oportunidades, el hecho puede ser directamente reprimido por la policía; en otras puede suceder que una actividad, en sí misma, permanezca dentro del orden social, no llegando a constituir una perturbación o peligro más que por la manera en que actúa. La proporción, en este caso, indica que al carácter ilícito relativo no debe corresponder una prohibición absoluta. La autoridad policial sólo puede prohibir condicionalmente «si no se observan las medidas necesarias»; o bien contentarse con ordenar directamente dichas medidas sin afectar la existencia de la empresa misma. No se debe descartar, por otra parte, que el peligro en determinada empresa se presente sólo como una posibilidad. Circunstancia que suaviza la potestad policial, por cuanto en tal caso operan las medidas de vigilancia especial. En lugar de la coacción directa, el empresario tendrá que someterse a investigaciones e inspecciones a las cuales no tendría que someterse una persona libre de sospechas; en vez de la obligación para combatir el daño que emana de él, se le puede obligar a hacer declaraciones, comunicaciones o comprobaciones destinadas a facilitar esta vigilancia de los peligros posibles (una forma especialmente vigorosa de la vigilancia

—según MAYER— es la inversión de la relación, lo cual da lugar a una categoría muy definida cual es la de la prohibición con reserva de autorización).

Por lo que se refiere a la evolución del criterio de la proporcionalidad en Francia, debemos comenzar señalando que, pese a que su formulación específica se pueda ubicar quizás en el precedente *Benjamin*, resuelto por el Consejo de Estado el 19 de mayo de 1933, constituye una de las más antiguas fuentes de inspiración de la jurisprudencia administrativa. Precisamente FORTSAKIS —*Conceptualisme et empirisme en Droit Administratif Français*, París, 1987— indica que durante largo tiempo el principio ha sido asegurado por otros criterios, otras técnicas, como el error manifiesto de apreciación, la desviación de poder o la vía de hecho, así como por un más extendido control en punto a la calificación jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia ha titubeado en erigir como principio general de Derecho el fundamento filosófico y moral del que las nociones citadas constituyen manifestaciones parciales, sugiriendo el desarrollo jurisprudencial en las materias que se encuentran en la frontera de la legalidad y la oportunidad y donde, por consiguiente, el análisis debería ser formulado por una aplicación estricta de la distinción que la evaluación no ha sido hecha jamás de una manera abstracta, sino mediante una específica ponderación de los hechos concretos de cada caso y precisando la relación entre los medios empleados y el fin perseguido; al decir de FORTSAKIS, «el juez administrativo ha aplicado el principio de la proporcionalidad, si bien él ha preferido no nombrarlo abiertamente». Modalidad que se comprende perfectamente cuando se advierte que el juez administrativo se ha reclamado en todo momento en el rol estricto de un juez de la legalidad y durante mucho tiempo ha rehusado pronunciar una anulación invocando una regla de simple buen sentido que parece tener su lugar básicamente en el ámbito de la oportunidad. Precisamente en el precedente que sigue en orden de importancia a *Benjamin* (supuesto en el que básicamente se debatió hasta qué punto las medidas de seguridad y de tutela del orden público podían llegar si interferían con el derecho y la libertad de reunión), donde se discutía una operación de expropiación y urbanismo que tenía por objeto la construcción de edificios para entregar a la Universidad de Lillie que, pese a haber sido aprobado por la autoridad ministerial, fue impugnado por el ente local. El caso, resuelto por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971, es conocido bajo la denominación *Ville Nouvelle Est* y representa un claro ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad mediante el análisis de costos y ventajas, y que inclusive llega a adentrarse en el concepto mismo de utilidad pública, que es la condición legal para los procedimientos expropiatorios. Concretamente, se declara «une opération ne peut être lé-

galemente déclarée d'utilité publique que si les atteintes á la propriété privé, le coût financier et éventuellement les inconcénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard á l'intérêt qu'elle présente» (aquí se debe observar que, para evitar un eventual reproche de excesivo subjetivismo, el Comisario de Gobierno enuncia la existencia de ciertos criterios preestablecidos que influyen sobre el balance de las ventajas e inconvenientes de la operación; así por ejemplo, el costo financiero a evaluar, que será diferente según la capacidad de aquél que lo asume, región, villa o pequeña comuna; de igual modo, la evaluación del costo social y la influencia en el patrimonio natural y cultural y la tranquilidad de los habitantes). Pareciera, con todo, que tras un lenguaje aparentemente preciso y riguroso se oculta una demarcación más empírica, que vuelve a ponerse de relieve en un *arrêt* del 20 de octubre de 1972 —*Société Civile «Saint Marie de l'Assomption»*— donde el Consejo de Estado fue llamado a pronunciarse sobre la utilidad de la construcción de una autopista cuyo trazado afectaba el funcionamiento de un hospital psiquiátrico. Cabe aquí la pregunta de si verdaderamente corresponde al juez administrativo arbitrar sobre los intereses contradictorios entre el servicio público de los transportes y las necesidades de la salud pública, debiéndose señalar que una concepción rigurosamente legalista excluiría tal posibilidad. Es evidente que, en hipótesis como ésta, el análisis se sitúa dentro de los límites de la apreciación de la oportunidad, porque, en definitiva, tampoco se trata de conducir a la sustitución por la propia concepción de interés público del juez a aquella que la Administración debe hacer prevalecer (en el caso, de todas formas, el punto fue resuelto ponderando la circunstancia de que el Ministro de Salud Pública no había sido consultado).

La breve glosa de estos precedentes (los dos primeros se pueden encontrar en el repertorio de M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, París, 1974, números 52 y 111) y el último en la ya citada obra de FORTSAKIS indica que, aun sin una formulación demasiado afinada en términos de dogmática general, el principio de utilidad es usado para medir la validez de la acción administrativa inclusive en aspectos que parecen reservados a la apreciación de la autoridad administrativa.

VI

Tradicionalmente se ha venido identificando proporcionalidad con razonabilidad. Así, GORDILLO trata la ausencia de proporcionalidad como una de las hipótesis de irrazonabilidad como vicio del acto admi-

nistrativo y llega a sostener que «donde no hay proporcionalidad no hay razonabilidad».

Otra tendencia, sin embargo, se orienta a distinguir entre la razonabilidad como «valoración administrativa de la cualidad de los intereses a efectos de una correcta ponderación de los mismos, o sea, dirigida a justificar la decisión», mientras que mediante la proporcionalidad la Administración aprecia la adecuada intensidad del uso del poder discrecional. Según SANDULLI, el principio de proporcionalidad quedaría articulado con estos elementos constitutivos:

- a) idoneidad: que se refiere a la coherencia del medio empleado; es decir, configurada una determinada situación de hecho, el medio empleado exacto para producir un resultado apreciable;
- b) necesariedad: comporta la conformidad de la acción administrativa a la regla del «medio más moderado» y la obligación de elegir un medio para la consecución del objetivo que implique un mínimo sacrificio de los intereses concurrentes;
- c) adecuación: íntimamente ligada a la necesariedad aparece la adecuación, que se presenta como aquella ponderación discrecional que lleve a una decisión que, sin provocar sacrificios superiores al mínimo, resulte, no obstante, razonablemente balanceada y engarzada a «la justa medida de la potestad».

Un lúcido y concreto análisis de esta cosmovisión un tanto intrincada de la proporcionalidad es compulsable en la excelente recopilación de J. BARNES sobre el Derecho alemán y comunitario que figura en el número 135 de la *Revista de Administración Pública* –Madrid, septiembre/diciembre 1994–, quien, después de observar la necesaria sujeción del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración a este principio, concluye en la posibilidad de someter a la revisión judicial –por vía contencioso-administrativa o del amparo constitucional– toda «acción administrativa desproporcionada» que afecte derechos de los ciudadanos.

En primer lugar, pues, la Administración no puede elegir medios inútiles para la consecución del fin; así, por ejemplo, en un caso concreto prohibió el aparcamiento junto a un Ministerio –con excepción de los vehículos oficiales– por razones de seguridad y de descongestión del tránsito y facilitar así su uso a los visitantes del Ministerio. La excepción de los vehículos oficiales fue declarada inapropiada por el Tribunal Administrativo Federal por contradecir el propósito previamente establecido (seguridad y descongestión).

En segundo lugar, cuando la Administración disponga de diversos medios útiles tendrá que elegir el que afecte en menor medida al inte-

resado; así, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Federal anuló la revocación de una licencia para la explotación de un hotel dispuesta por la autoridad administrativa por haberse producido allí ciertos actos de prostitución de menores (circunstancia totalmente desconocida por el titular del hotel). A juicio del Tribunal, debió haberse advertido al titular y sólo en la hipótesis de no haberse obtenido resultado alguno hubiera estado justificada la revocación de la licencia.

VII

Al comienzo de esta breve reflexión señalamos ya que el ordenamiento jurídico-administrativo argentino en el ámbito nacional cuenta con un texto específico que sanciona el principio de proporcionalidad como elemento esencial del acto administrativo. Pero, además, contamos con aplicaciones sectoriales del principio que, aun sin nombrarlo en forma específica, claramente postulan una indispensable correlación entre medios y fines. Así, por ejemplo, el art. 2611 del Código Civil: las restricciones impuestas al dominio privado sólo en interés público son regidas por el Derecho Administrativo. Aparece aquí entonces la necesidad de equilibrar los distintos intereses: el derecho de propiedad, que muestra rango constitucional (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional), y el interés público. Equilibrio donde el principio de proporcionalidad cumple, obviamente, una función capital. En tal sentido, por no suministrar sino un ejemplo, el art. 7 de la Ley Nacional de Expropiaciones, n.º 21499, indica que la declaración de utilidad pública podrá comprender no solamente los bienes que sean necesarios para lograr tal finalidad, sino también cuya razonable utilización sobre la base de planes y proyectos específicos convenga material o financieramente a ese efecto, de modo que se justifique que las ventajas estimadas serán utilizadas concretamente en la ejecución del programa que motivó la declaración de utilidad pública.

Un segundo ámbito en el cual tradicionalmente se comprueba con cierta frecuencia la aplicación del principio de proporcionalidad lo encontramos en el Derecho Administrativo sancionador, ya sea que se trate de las denominadas sanciones de autoprotección o las que se dirijan a la protección del orden social general (según el esquema que proponen en su Curso los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Particularmente en estas últimas adquiere plena vigencia la antigua relación, propia del Derecho Penal, entre cantidad de delito y cantidad de pena (aquí se diría cantidad de infracción y cantidad de sanción), pero también en el área de las sanciones autoprotectoras encontramos establecida la indispensable proporción entre medio y fi-

nes. Así, por ejemplo, en el art. 35 de la Ley de Obras Públicas, n.º 13064, la demora en la terminación de los trabajos respecto de los plazos estipulados dará lugar a la aplicación de multas y sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la importancia del atraso; o el art. 29 de la Ley marco del Empleo Público Nacional –aprobada por la Ley n.º 25164–, que indica que las sanciones al personal vinculado por una relación de empleo público, que revista en la planta permanente, deberán ser graduadas en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente.

VIII

Nos parece evidente que el aspecto más polémico del principio de proporcionalidad es la eventual fiscalización judicial de su aplicación. Aquí también se podría abundar y cotejar las experiencias del Derecho comparado. Pero en esta situación concreta –si bien las referencias anteriores fueron inevitables– se debe partir de que nuestro Derecho positivo presenta un texto específico –el ya recordado art. 7, inc. f), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos– que funciona de modo general. No es indispensable, pues, una indagación sectorial exhaustiva, por cuanto el principio cubre la totalidad de la acción administrativa: es requisito esencial de cualquier decisión administrativa (la regla de aplicación común en otros ordenamientos); así, Jesús JORDANO FRAGA («La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de Amparo Judicial, *REDA*, n.º 90, 1996) señala, concretamente: «la integración de la proporcionalidad en el contenido esencial desborda el ámbito de las potestades limitadoras o restrictivas de derecho. Antes al contrario es predicable de la totalidad de la acción administrativa y en especial de las actividades de prestación en el ámbito de los derechos fundamentales. No se trata, pues, de una garantía de limitado espacio sino, por el contrario, de vocación global o universal de la actividad administrativa». De tal suerte, si la proporcionalidad es un elemento esencial de la acción administrativa válida, sus extremos constitutivos deberían, conceptualmente al menos, resultar plenamente enjuiciables en sede judicial. Nos encontramos, sin embargo, con algunos obstáculos:

- 1) El examen de la proporcionalidad, ¿es examen de legalidad o de oportunidad, mérito o conveniencia? Hay quien señala que, precisamente, mientras la razonabilidad hace a la legalidad del acto, la proporcionalidad remite a la ponderación de la conveniencia (SANDULLI). Ahora bien, la norma (o texto) que co-

mentamos exige que las medidas deban ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad, y esta exigencia —en las palabras de la ley— se encuentra en relación directa con los elementos esenciales del acto administrativo. Es apropiado recordar aquí que Juan Francisco LINARES, luego de insistir en la diferenciación de la exigencia de razonabilidad de la ley o del reglamento autónomo, de la exigencia de aplicación razonable de la ley o del reglamento autónomo por normas menos generales como las sentencias y los actos administrativos, agrega que la exigencia juega así en dos grados del ordenamiento jurídico: como deber para el órgano legislativo y como deber para el ejecutor de las leyes. La primera modalidad no es ni más ni menos que la garantía de razonabilidad de las leyes o debido proceso sustantivo. La segunda es la garantía o principio de legalidad de la Administración y cuando juega frente al obrar de los jueces se conoce como garantía o principio de legalidad de la justicia, y ella fue incorporada a la práctica de los pueblos desde hace siglos. La preeminencia de la ley que el funcionario administrativo debe aceptar y acatar comprende el ejercicio de arbitrio ordinario y extraordinario. En términos generales, un acto administrativo es arreglado a Derecho —desde luego que al Derecho creado dentro de la lógica de la producción por grados y no a la normal de la «norma de habilitación»— cuando tiene mero fundamento de legalidad o fundamento de proporcionalidad (*Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 117-118, 120, 121, 131, 133). Una observación final debemos en este punto formular: para LINARES, la regla de «legalidad de la Administración» implica tanto la exigencia de legalidad en sentido estricto como la de razonabilidad. Y con prescindencia de que un órgano jurisdiccional pueda revisar o no el acto por su irrazonabilidad.

- 2) La jurisprudencia en forma casi unánime ha conformado un verdadero axioma según el cual si el acto administrativo dictado por autoridad competente no es irrazonable o arbitrario, el control judicial se debe detener. Naturalmente que se trata de aquellos actos en los cuales las circunstancias fácticas o hechos determinantes, su calificación jurídica y la articulación de medidas de uno u otro tipo remiten a la apreciación discrecional y primaria de la Administración, con lo cual pareciera que el juez agota el examen de la legalidad del acto sólo en aquellos aspectos denominados reglados, rehuendo el análisis de los aspectos que hacen a la conveniencia o inconveniencia del obrar administrativo. Se debe anotar, sin embargo, una vez más, que el

examen de las medidas dispuestas en la actuación administrativa no remite un juicio tanto de oportunidad como de legalidad, pues la ley es suficientemente categórica para erigir la relación medios-fines como criterio de validez. La validez viene acá definida, fundamentalmente, por la adecuación o ajuste de las estipulaciones concretas de la decisión al fin prefijado en la norma. La potestad de arbitrar determinadas medidas es para la satisfacción, precisamente, de la finalidad prevista en la norma que habilita esa potestad. Y en tanto no se respeten los límites de la adecuación, en tanto las medidas no sean idóneas o impliquen un sacrificio excesivo o no traduzcan un armónico equilibrio entre los distintos intereses que concurren, el principio de proporcionalidad no será respetado y, por ende, el acto administrativo resultará inválido.

- 3) Nos encontramos, finalmente, con otro axioma forjado por la jurisprudencia en la fiscalización judicial de las decisiones administrativas y que se suele verificar con mayor asiduidad en todo el espectro del Derecho Administrativo sancionador. El criterio se orienta a proscribir, en caso de invalidez del acto por ausencia de proporción entre la infracción y la sanción, la sustitución del juicio originario de la Administración. Así, por ejemplo, en materia disciplinaria relativa al empleo público (en aquel personal encuadrado, por así decirlo, en situaciones estatutarias), comprobada la infracción, la Administración Pública discierne casi de forma exclusiva la sanción que el juez, de acuerdo a este temperamento, se ve impedido de revisar. La idea que aquí subyace es que, configurada la infracción, es la autoridad administrativa quien debe imponer la sanción en un ejercicio de competencia que pareciera le viene atribuido exclusivamente. Esta ideología, que opera casi uniformemente, parece reducir sensiblemente la fiscalización de la relación medios-fines, por cuanto en ocasiones el vicio del acto está en la desproporción de las medidas establecidas. Precisamente, se torna imperioso recordar una muy importante contribución de COMADIRA, quien muy atinadamente titula su trabajo «El exceso de punición como vicio del acto administrativo» y que se desarrolla, justamente, en el ámbito de la relación de empleo público. Para COMADIRA, la discrecionalidad parecería hallar ámbito adecuado en la determinación de la sanción a imponer, eligiendo entre ellas la de clase y *quantum* más adecuados a las circunstancias cuanto el ordenamiento asigna esa aptitud de elección al órgano responsable de la decisión (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2003, pp. 83 y ss.).

Con todo, un mínimo de mesura y ecuanimidad no debe simultáneamente hacernos olvidar que, como expresa Alejandro NIETO –jurista por quien aquellos que esto escriben profesan una profunda admiración–, el gran riesgo que se corre con el principio de proporcionalidad es que el tribunal al aplicarlo sustituya con criterio propio las reglas de adecuación establecidas por el legislador y, glosando una sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de mayo de 1986, recuerda que «en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena (o para el caso sanción) prevista por la ley con carácter general es de competencia del legislador. A los tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad o si son o no propiciados en abstracto» (*Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1996, pp. 242-247).

IX

Como resumen final de estas breves notas introductorias al estudio del principio jurídico de proporcionalidad o de la proporcionalidad de la acción administrativa tal como aparece reflejado en el art. 7, inc. f), primer párrafo, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, podemos afirmar:

- 1) La pulcritud de la fórmula utilizada en la previsión normativa, que, según observáramos al comienzo, cabalmente articula la indispensable armonía que debe presidir las medidas específicas de las decisiones administrativas con la finalidad perseguida.
- 2) La utilización –aun sin adjudicarle una autonomía conceptual y confundiéndonlo a veces con el principio de razonabilidad– por parte de la jurisprudencia para fiscalizar el ejercicio concreto de las potestades administrativas y conformar una pauta limitativa cuando aparecen lesionados derechos y garantías individuales. La ponderación de la razonabilidad de las decisiones ha sido, no obstante, anudada más a un control de oportunidad que de legalidad estrictamente.

Proporcionalidad, razonabilidad, legalidad, son, de todas maneras, conceptos jurídicos indeterminados, si se quiere, pero abstracciones conceptuales si es que no se vinculan con situaciones, hechos y operaciones concretos de la Administración Pública; por ello es –y con esta cita de O. NASS cerramos nuestro trabajo– que, fuera de todo artificio lógico, la Administración debe ser considerada como «un simple proce-

so vital, que sólo puede ser adecuadamente entendido por un modo de pensar que pudiéramos llamar biológico. La usual concepción de la administración como sistema jurídico-mecánico que todavía domina el pensamiento científico, no explica suficientemente ni su ordenación existencial, ni su trayectoria histórica ni la individualidad creadora de las personas en ella actuante y omite, como consecuencia, casi enteramente el aspecto psicológico de las acciones administrativas».