

DISCRECIONALIDAD, PONDERACIÓN, PROPORCIONALIDAD: POSIBLE ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Domingo J. SESIN¹

SUMARIO

I. La función del poder político y la del Juez dentro del ordenamiento jurídico. II. Por qué no existe la discrecionalidad judicial. III. Rispideces entre lo jurídico y lo político. IV. Discrecionalidad del Legislador y del Administrador. V. La ponderación como técnica para resolver una decisión conflictiva. VI. El principio de proporcionalidad como técnica de control de una decisión conflictiva. VII. La proporcionalidad ante la jurisdicción de las Cortes Constitucionales. VIII. Inaplicabilidad de la fórmula del peso cuando interfiere con la discrecionalidad estatal. IX. Conclusión.

RESUMEN

En cualquier ordenamiento jurídico, deben existir previamente limitaciones diáfanas entre los poderes del Estado, lo anterior para evitar la inmersión de actividades entre éstos; de ahí que, en la línea del ordenamiento normativo, la primera actividad sea atribuida directa y únicamente al Legislador, toda vez que es quien revestirá a los preceptos de actualización,

ABSTRACT

In any legal system, there must be previously clear limitations between the powers of the State, the above to avoid the immersion of activities between them; Hence, in the line of normative ordering, the first activity is attributed directly and solely to the legislator, since it is he who will cover the updating precepts, giving them life, that is, he will make the social

¹ Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Abogado, Notario y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular por Concurso de Derecho Procesal Administrativo y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Asesor General de la Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.). Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Comité Académico de la Internacional Judicial Academy. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y Miembro honorario en la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

es decir, hará factible el concepto social para la posible conformación de una norma utilizando para ello una especie de discrecionalidad creativa.

Posteriormente le secundará el Juzgador, quien se encargará de la observación y aplicación de todos los conceptos para que éstos sean encuadrados en la jurisdicción sin la posibilidad de la creación del derecho, atribuyéndoles únicamente su aplicación a través de la mecánica interpretativa.

Lo anterior es importante en un marco de división de poderes para evitar la politización de la justicia.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad Judicial. Discrecionalidad estatal. Proporcionalidad. Justicia constitucional. Inaplicabilidad.

concept feasible for the possible conformation of a rule using a kind of creative discretion.

Subsequently, the judge will second it, who will be in charge of the observation and application of all the concepts so that they are framed in the law without the possibility of the creation of the right, attributing only their application through the interpretative mechanics.

The foregoing is important in a framework of division of powers to avoid the politicization of justice.

KEY WORDS

Judicial discretion. State discretion. Proportionality. Constitutional justice. Inapplicability.

I. LA FUNCIÓN DEL PODER POLÍTICO Y LA DEL JUEZ DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El orden jurídico utiliza conceptos que Dworkin denomina abiertos; éstos hacen referencia a estándares valorativos abstractos. Corresponde a sus destinatarios integrarlos en el momento de su derivación al caso concreto.

La revisión crítica del positivismo jurídico de Kelsen, realizada por Bobbio con la metodología empirista, pone énfasis, entre otros aspectos, en la globalidad del ordenamiento jurídico por encima de la simple relación norma-sanción. El poder jurídico, conferido a los diversos intérpretes y operadores del sistema, se convierte en un instrumento esencial de comunicación entre sus diversos grados. De allí surge la importancia de las directivas dirigidas a los órganos competentes para concretar la juridicidad abstracta.

En otras palabras, la plenitud hermética del ordenamiento jurídico consiente relaciones de delegación entre las normas generales, las menos generales, las

particulares y las plenamente individuales. Ellas implican interrelaciones recíprocas dentro del sistema normativo. En ocasiones se determina en forma expresa la pauta que debe respetar quien elabora la norma individual, mientras que en otros supuestos se conceden márgenes de mayor o menor libertad. La clave reside en interpretar a “quién” se delega, y “cómo” se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo: el Administrador y el Legislador incorporan calificaciones que explicitan la juridicidad mediante un juicio objetivo y también valoraciones subjetivas originales relacionadas con la oportunidad o conveniencia. El Juez, en cambio, sólo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular; no le preocupa el accionar práctico y continuo de la organización, como sucede en la actividad estatal sino, como dice Sánchez Agesta, la aplicación y el mantenimiento del derecho.

No es lo mismo decidir que controlar lo previamente decidido por otro. Dice Bacigalupo que, “si no existe en el ordenamiento jurídico parámetro alguno para la emisión de un acto administrativo, no es posible controlarlo jurídicamente, pues no hay control sin parámetro, sin normas de conducta”.

Ratificando la doctrina alemana, el autor citado nos recuerda que la tutela judicial no implica que continúa el procedimiento administrativo mediante un simple cambio de roles, ratificando o no, lo decidido por la Administración con sus mismos poderes de valoración, sino que la jurisdicción implica sólo control secundario cuyo único parámetro son la ley y el derecho.

Como bien dice Fernández, la tarea de los jueces no implica repetir el mismo ejercicio que la Administración, para llegar al mismo o diferente resultado (lo que les convertiría en Administradores), sino “en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada”.

En sentido estricto, el Juez no crea el derecho libremente *ex novo*, porque la solución del caso siempre la encontrará en el amplio universo del orden jurídico. Por ello, aun cuando la determinación de la norma individual, por medio de la sentencia, agregue un elemento diferente, ésta no deja de pertenecer al universo del Derecho.

Lo que hace el Juez es explicitar en el caso concreto el sistema jurídico; por eso “dice el Derecho”, utilizando para ello la mecánica interpretativa, que será amplia o reducida según el caso. La Administración “actúa”, pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación (aunque no tenga la autoridad de verdad legal) como la de la discrecionalidad creativa, en función del interés público en juego. Lo mismo hace el Legislador.

Se asigna al Juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del Derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estando vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos, porque tal cometido compete exclusivamente al Administrador o al Legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente, el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente.

El Juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto.

Si el margen de libertad atribuido por el ordenamiento se dirige a la Administración, habrá discrecionalidad (relacionada con cuestiones técnicas, políticas, administrativas, etc.); en cambio, si su destinatario es el Juez, habrá interpretación en sentido amplio.

Cuando el sistema jurídico encarga a la Administración la emisión del acto particular, regulando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la “zona de reserva” debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: a) con pautas objetivables cuando sea posible; b) con criterios razonables en casos difíciles o complejos; c) con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas.

Cuando en una situación determinada el Juez debe precisar lo que es inmoral, pueden existir márgenes de duda que debe superar conforme a su ideal de justicia e interpretando las directrices axiológicas del orden jurídico: adoptará aquel principio que tenga mayor fuerza de convicción. En cambio, si los mismos conceptos deben ser determinados por la Administración, el margen de duda es resuelto a partir de la discrecionalidad, pero en función de lo mejor para el interés público.

Esto quiere decir que tanto la Justicia como la Administración se someten a la juridicidad, pero la diferencia esencial es que, para la primera, el Derecho es un fin en sí mismo, mientras que para la segunda únicamente es un límite del obrar permitido.

II. POR QUÉ NO EXISTE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El margen de libertad que el ordenamiento excepcionalmente otorga al Juez, puede estar presente en diferentes etapas del proceso.

Así, por ejemplo, se exterioriza en la apreciación de la prueba cuando carezca de pautas objetivas provenientes de la sana crítica. En este caso, la libre convicción puede servir para apreciar la culpa, la negligencia, la buena fe, etc.

Ahora bien, una vez encuadrado el hecho concreto en el supuesto previsto abstractamente por la norma, la consecuencia jurídica posterior es a veces dejada al arbitrio judicial para que establezca la calidad, cantidad o la alternativa conveniente para el caso. Éste es el supuesto más parecido a la discrecionalidad administrativa porque, en esencia, responde más a un acto de voluntad que de inteligencia. Por ejemplo, la fijación de la cuota alimentaria en los conflictos de familia, las visitas a los hijos, etc.

En esta hipótesis, el Juez no cumple su obligación declarando la certeza en la resolución de la controversia, sino que debe explicitar lo que es justo en el caso particular, disponiendo las providencias necesarias para regular situaciones futuras. La característica relevante es que el propio Legislador le encarga al Juez la realización de esta tarea. Aun cuando parezca ser volitiva, es interpretativa y entraña un ideal de justicia. En la discrecionalidad administrativa, en cambio, el orden jurídico quiere que sean los órganos estatales quienes estimen lo más conveniente, pero en pos de un ideal de eficacia, eficiencia, utilidad o economía, en beneficio del interés general.

La “libertad concedida al Juez” no implica la sustitución de una actividad ejercida por otro poder el Estado. Esto no ocurre en la especie porque no hay un acto administrativo previo; es quien juzga el destinatario directo e inmediato de la regla de conducta. La indeterminación normativa dejada *ex profeso* por el Legislador remite para su integración a la interpretación judicial.

Por todo esto, en rigor formal no hay “discrecionalidad judicial”: a) La facultad discrecional implica una *“posibilidad de elección entre alternativas igualmente válidas para el derecho,”* que el Juez institucionalmente no puede consentir, ya que si bien en su fuero interno admite este espectro de posibilidades, formalmente está obligado a considerar la que es “justa”; b) La discrecionalidad administrativa, política y legislativa, se inspira en valoraciones de mérito; en cambio, la “libertad” judicial, sólo en un ideal de justicia.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico es, fundamentalmente, garantía de objetividad, persuasión, explicación y justificación razonada: sólo así las sentencias podrán ser aceptadas y obedecidas.

No le es dable al Juez sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y el Derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados.

III. RISPIDECES ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO

Es indudable la importancia de los órganos constitucionales o con competencia constitucional para tutelar los derechos humanos, pero también los otros derechos importantes para la vida en sociedad.

El creciente avance del control de las Cortes o Tribunales Superiores, efectuando el control de constitucionalidad y convencionalidad, muchas veces opera en el límite de la juridicidad y en las puertas de las atribuciones del poder político para apreciar las razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

De allí que, ocasionalmente, se producen rispideces en cuanto a la real o aparente extralimitación del Tribunal con competencia constitucional en el ámbito político.

Por ello, resulta interesante ensayar algunas breves reflexiones en torno a cuál es el verdadero rol de un Juez Constitucional haciendo un control intenso, tutelando las libertades y derechos de los ciudadanos, pero al mismo tiempo respetando las atribuciones que corresponden a los otros poderes del Estado.

IV. DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR Y DEL ADMINISTRADOR

En anteriores oportunidades he definido la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa o política para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el Derecho.

Recuerda Gordillo que, “la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse esta librada a la apreciación del Administrador, es reglada cuando hay una norma jurídica que se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma que es lo conveniente al interés público”².

Si actualmente, lo discrecional administrativo y político forman parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal actividad ha sido correctamente ejercida dentro de ese universo jurídico. Esto no implica examinar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina, al comprobar con el fondo de la cuestión, que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su ejercicio.

Es indudable que esta actividad discrecional corresponde que sea ejercitada por la Administración o por el Legislador en su caso. Su objetivo es satisfacer lo mejor posible el interés público en juego, ponderando las diversas alternativas posibles dentro del universo jurídico.

Dice Bindi, que “... las características de los principios constitucionales como normas de contenido amplio o indeterminado a veces unidas a previsiones limita-

² Véase Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª. ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2011, t. 3, pp. VI, 17.

tivas del Derecho como buenas costumbres, seguridad, de contenido igualmente vago, requieren ante todo una intervención para su implementación por parte del Legislador”, que es quien esencialmente opera los derechos, determinando los llamados límites implícitos y su armonización con el resto.

Consecuentemente, si es este último poder del Estado quien tiene que concretar a través de la legislación los preceptos constitucionales efectuando valoraciones políticas, es indudable el uso de la discrecionalidad dentro de los límites del marco constitucional aplicable.

El Tribunal Constitucional español (Sent. 96-2002) ha manifestado que el Legislador tiene “... una amplia libertad de configuración normativa para traducir en regla de derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria”.

Al Legislador le toca muchas veces la gran responsabilidad de equilibrar los diversos derechos. Cuando existe una colisión entre los del mismo nivel, uno de ellos puede ceder respecto del otro en la medida que en la función de armonización se den fundamentos razonables y proporcionados.

Empero, la limitación de un derecho por otro prevalente no puede menoscabar su “núcleo duro” intangible o la esencialidad de ese derecho.

La Unión Europea, a través de su Máximo Tribunal de Justicia, reconoce en favor de los Estados un “margen de apreciación” para regular los derechos fundamentales. Ello también se aplica, a menudo, cuando los Tribunales Constitucionales en casos opinables aplican la deferencia hacia lo resuelto por el Legislador.

Es lo que Alexy denomina el margen de acción que permite al Legislador modular los derechos fundamentales, tratando de optimizar los principios y sin suprimir cierta porción de apreciación política para establecer los fines y la elección de los medios.

Lo mismo sucede en el orden constitucional argentino, respecto de las potestades provinciales o municipales, que pueden tener cierto margen de apreciación o acción para regular las instituciones y establecer ordenamientos jurídicos, respetando los lineamientos del orden jerárquico superior.

No hay duda entonces que ese “margen de apreciación” comporta el ejercicio de una facultad discrecional que, dentro de ciertos límites, corresponde a la valoración y decisión de los órganos legislativos y ejecutivos de los Estados miembros.

Con relación a la *praxis* administrativa y su control judicial, el entonces Juez de Cámara, Pedro Coviello, expresó con gran acierto en el caso *Mattera M c. Consejo de la Magistratura Nacional* lo siguiente:

No cabe dudas que se seleccionó a quienes, dentro de un margen de apreciación se consideraron más idóneos, criterio este que, lógicamente no puede ser sustituido por el Juez, toda vez que es el Consejo de la Magistratura el órgano competente a quien se encomienda constitucionalmente la misión de seleccionar a los postulantes de los distintos cargos. En definitiva, los juicios emitidos por el Consejo de la Magistratura, al implicar tal "margen de apreciación discrecional"; pueden rotularse como tolerables o admisibles, es decir, una aserción justificada³, cuando a ellos se arriba en el marco del debate propio de un órgano colegiado y representativo, y dentro de las opciones posibles y válidas admitidas por el ordenamiento. Mas ello no quita que, dada la naturaleza republicana de dicho alto órgano, se den razones o motivos que justifiquen sus decisiones.

V. LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA PARA RESOLVER UNA DECISIÓN CONFLICTIVA

En una acepción amplia, ponderar comporta una actividad compleja que aprecia los diversos factores que, en favor o en contra, inciden en una problemática determinada poniendo en la balanza el peso de las razones enfrentadas.

La valoración de todos los intereses implicados, requiere a veces en mi criterio, el uso razonable de la discrecionalidad estratégica para componer equilibradamente los factores en conflicto.

Esta es la herramienta que esencialmente utiliza el Legislador y muchas veces la Administración para resolver gran parte de las posiciones e intereses enfrentados que se debaten en la actividad del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Es decir, que la ponderación es un procedimiento que precede a la emisión de la norma general o la decisión concreta. En definitiva, ayuda a adoptar la voluntad administrativa o legislativa pertinente.

En su acepción restringida, comporta una técnica que pretende resolver las colisiones entre principios contrapuestos. Siguiendo las enseñanzas de Alexy la

³ *Cfr. Sesin, Domingo, Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Bs. As., 1994, p. 247.*

clave es identificar los factores que inciden para que un principio prevalezca sobre otro, explicitando los argumentos que lo sustentan. El establecimiento de esta relación de preferencia implica la creación de una norma que resuelve el conflicto.

Debe tenerse presente, que la ponderación es una herramienta para resolver o decidir, en cambio, la proporcionalidad es un método de control.

En definitiva, ponderar implica una técnica que debe ser *a priori* ejercida por quien toma la decisión legislativa o administrativa aplicando el Derecho y, por ende, los ingredientes de juridicidad, pero también la discrecionalidad para alcanzar los fines postulados por la Constitución, sus principios y valores.

No obstante, excepcionalmente, este método puede ser utilizado por el Juez constitucional, cuando necesariamente llega a la conclusión de que la norma es inconstitucional y debe componer la solución jurídica correcta buscando la armonización o la aplicación de un principio preferente a otro. En tal supuesto debe moverse con mucho cuidado para no ingresar en el terreno puramente político, valorado por el Legislador en ejercicio de su potestad discrecional, salvo desproporcionalidad, arbitrariedad, irrazonabilidad, error manifiesto de apreciación u otro vicio de juridicidad.

Como bien dice Cassagne, aunque la discrecionalidad se apoye en elementos técnicos o de valoración política, el núcleo de la discrecionalidad será siempre jurídico, en el sentido que no puede ser irrazonable o arbitraria.

Lo que no puede hacer el Juez, es bajo el comodín del Derecho, sustituir un juicio opinable por otro igualmente opinable que esté dentro de alguna de las opciones admisibles jurídicamente. Lo contrario, implicaría vulnerar la zona de reserva constitucional que le corresponde a los otros poderes del Estado.

El Juez podrá controlar el ejercicio de la discrecionalidad política o administrativa, o el margen de apreciación, dentro de la juridicidad, pero sin sustituir o revalorar el núcleo político interno de la decisión. Si en cambio vulnera el contorno o los límites de la juridicidad, puede ser anulado por la Justicia.

El Tribunal Administrativo Federal alemán ha señalado que el control judicial, en los casos de haberse concedido un poder discrecional, se limita a la determinación del cumplimiento de los parámetros legales. El control judicial termina allí donde comienza la facultad de valoración o elección concedida a la Administración.

Aun cuando prestigiosa doctrina pretende racionalizar o traducir a Derecho el procedimiento de desarrollo de la ponderación y su resultado posterior, es indudable que ello puede concretarse cuando se han usado ingredientes de juridicidad. Si en cambio se han utilizado pequeños o grandes márgenes de discrecionalidad, no es posible.

Cuando sea el Juez quien utilice excepcionalmente este método, lo tiene que hacer con la prudencia necesaria, como lo hemos sustentado precedentemente a fin de respetar la división de poderes y su rol de auténtico paladín de la juridicidad.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE CONTROL DE UNA DECISIÓN CONFLICTIVA

La noción conceptual de proporcionalidad y su concreta diferencia con la ponderación no surge con total nitidez en la doctrina. Empero, en general, se admite que uno de los estadios o etapas del juicio de ponderación comprende el de proporcionalidad, es decir, que la etapa final de la ponderación culmina con el estándar de proporcionalidad.

En principio, no advierto inconveniente, pues si la Administración o el Legislador adoptan una decisión administrativa o legislativa, realizando un juicio de ponderación, nada impide que finalmente efectúen también el análisis de la proporcionalidad a fin de sujetarse plenamente al orden jurídico y estar en mejores condiciones de superar el control judicial. Por ello, también la proporcionalidad forma parte de los principios de juridicidad al que deben someterse tanto la actividad administrativa como legislativa.

Empero, cabe aclarar que el principio de proporcionalidad es considerado, en esencia, como un instrumento o método de control judicial de una decisión ya adoptada que puede ser utilizada tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado; aun cuando su intensidad o característica sea diferente en uno u otro Derecho.

Algunos consideran que el control de proporcionalidad recae sólo sobre el accionar estatal con relación a la intervención en la esfera de la libertad o restricción a la actividad de los particulares. Empero, considero que nada impide extender esta técnica de control, cualquiera que fuere la materia que recaiga la actividad estatal, ya que este tipo de revisión forma parte de las estrategias de contralor de la juridicidad, tanto de los aspectos reglados como del ejercicio de la función políti-

ca o discrecional dentro de los límites del Derecho, omnicomprendido de normas, principios y valores.

El autor alemán Von Arnould estima que el principio de proporcionalidad, “más allá del ámbito de los derechos de libertad es en efecto posible, si bien debe limitarse a aquellos complejos normativos que resulten estructuralmente comparables a los derechos de libertad”.

Barnes considera que, “la proporcionalidad constituye un principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave o moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo– y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella con más beneficios o ventajas para el interés general”.

En la actualidad, la proporcionalidad presupone investigar tres aspectos íntimamente vinculados, a) la idoneidad de la medida en función del objetivo perseguido; b) la necesidad de la acción administrativa; y, c) la proporcionalidad con el fin.

Empero, expresa Moschetti que, el principio de proporcionalidad no solo implica un límite negativo (prohibición de exceso) sino también positivo (prohibición de defecto), buscando el equilibrio de los intereses pertinentes. Ello contribuye a mejorar la solución a adoptar donde el interés público debe armonizar con los derechos de las personas y otros derechos constitucionales.

VII. LA PROPORCIONALIDAD ANTE LA JURISDICCIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

La Corte Constitucional italiana ha receptado el control amplio de razonabilidad, analizando: a) la “adecuación” o no entre la norma constitucional y la de carácter ordinaria, b) el examen de “idoneidad” que verifica si la legislación concuerda con la finalidad específica establecida por la Constitución, c) el juicio de “congruencia” donde se analiza la probable contradicción intrínseca susceptible de producirse entre la norma cuestionada con el resto del orden jurídico del ámbito de que se trate.

Este Tribunal también realiza: d) el control de “proporcionalidad” evaluando el sacrificio o limitación de una situación o posición constitucionalmente resguardada frente a una regla o principio que pretende aplicarse.

Para el Tribunal Constitucional alemán, el control judicial de la proporcionalidad se desarrolla en tres etapas. En primer lugar, mediante el test de “idoneidad” de los medios seleccionados en función de la finalidad específica predeterminada por la norma. En segundo lugar, a través del test de “necesidad”, a fin de que el medio seleccionado sea lo menos agresivo posible; y, en tercer lugar, el test de “proporcionalidad” entre el sacrificio impuesto y la ventaja pretendida.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado el control de constitucionalidad elaborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, para revisar la juridicidad de los actos comunitarios como la legitimidad de los actos dictados por la propia Unión Europea, especialmente la vinculada con la libertad de los derechos fundamentales.

Se analiza si el acto es “idóneo” y “necesario” para el fin propuesto, si entre las alternativas posibles se ha preferido la menos restrictiva y si no resulta tan “desproporcionado” o inviable que agravie la esencia misma o núcleo duro de los derechos protegidos.

No obstante, respecto de la intensidad del control que se realiza, profundizando los aspectos referidos, en líneas generales, la jurisprudencia es respetuosa de la zona de reserva constitucional que pertenece a los otros poderes del Estado.

Así, por ejemplo, en el caso “Monsanto” (Tribunal de Justicia de la Unión, Sent. del 14 de mayo de 2009), vinculado con el comercio producido a partir de organismos genéticamente modificados, se pronunció sobre si la norma de Derecho comunitario es conforme al principio de proporcionalidad. Para ello, expresa que: “se debe comprobar si los medios contemplados por ella son idóneos para alcanzar el objetivo deseado y no exceder lo necesario para lograr dicho propósito”.

También manifestó que, “... tratándose de un sector donde el Legislador comunitario está llamado a llevar a cabo evaluaciones complejas, el control jurisdiccional del ejercicio de su competencia debe limitarse a examinar que éste no haya sido afectado por un error manifiesto, desvío de poder, o que el Legislador no haya ido manifiestamente más allá de los límites de su poder discrecional”.

En este sentido, aun cuando no lo diga, parece seguirse la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, cuando para la evaluación de cuestiones técnicamente complejas, vinculadas con intereses públicos en juego, respeta los porcentajes de discrecionalidad, salvo error manifiesto de apreciación.

En suma, este principio se ha convertido en la actualidad en un típico control de las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas encargadas de la tutela constitucional, extendido en el Derecho continental europeo como en países del *Common Law*. Sin embargo, como se ha advertido, no implica un control total, sino que correctamente utilizado es susceptible de ser un valioso instrumento para fulminar la arbitrariedad o extralimitación estatal, garantizando los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo respetando la discrecionalidad política o administrativa.

Ésta última, trasunta en palabras de Schmidt-Assman, en una “competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación”. Todo ello, siempre y cuando este margen de apreciación se adecúe a los límites de juridicidad.

Los lineamientos expuestos precedentemente pretenden que este valioso método de control judicial no termine aprisionando la autonomía política democrática, como le preocupa a Ferrajoli, más bien que se ejerza en un adecuado equilibrio entre el intenso poder del Juez y la correcta atribución de los titulares de la apreciación política.

Expresa con razón Lorenzetti que: “Los jueces no deben gobernar, pero deben controlar que los gobernantes no violen las garantías constitucionales [...] De tal modo, y salvo excepciones como los actos puramente institucionales, los actos de gobierno son revisables justamente cuando la discrecionalidad es ejercida de un modo lesivo de garantías constitucionales”.

En definitiva, decimos no al gobierno de los jueces y sí a su cometido de salvaguardar el imperio de la Constitución, los Tratados Internacionales, los principios y valores.

Consecuentemente, tanto las Cortes Supremas o Tribunales con competencia constitucional como los tribunales en lo contencioso administrativo, deben tener en cuenta al momento de resolver las pautas interpretativas desarrolladas *supra*, que postulan un control intenso de juridicidad, pero dentro de los límites de la división de poderes.

VIII. INAPLICABILIDAD DE LA FÓRMULA DEL PESO CUANDO INTERFIERE CON LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL

Alexy distingue entre reglas y principios, poniendo énfasis en que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, vinculado con las posibilidades jurídicas y fácticas. Sostiene el autor que, lo jurídico

responde al ámbito de la ponderación (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto), mientras que lo fáctico se vincula con los subprincipios de adecuación o idoneidad y necesidad (también integran la proporcionalidad).

La idoneidad y la necesidad constituyen la pretensión contenida en el concepto del principio a fin de alcanzar la mayor realización posible. La idoneidad se refiere a que la medida operativa, posea un fin legítimo y sea objetivamente idónea para lograr ese objetivo, mientras que la necesidad se vincula con los medios menos gravosos para lograr el objetivo.

En el caso de colisión entre varios principios, Alexy pretende utilizar un método racional mediante lo que denomina la “fórmula del peso” a fin de suministrar al intérprete un camino objetivo para llegar a la solución del caso. Propone utilizar la ponderación y la balanza para medir qué principio tiene más peso (que es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado del examen). Los factores expuestos en su fórmula pueden apreciarse con la ayuda de la “escala trídica” formada por los grados leve, medio, grave e intenso. La ponderación de los valores o intereses en juego “... no se soluciona declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece una relación de precedencia condicionada. La determinación de la precedencia condicionada, consiste en que tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro”⁴.

Este eximio filósofo pretende demostrar con la fórmula del peso que es posible aplicar los principios como mandatos de optimización cuando no hay reglas aplicables o tengan interpretaciones divergentes. Su método permite pesar los principios y medir el grado de su participación en un caso concreto. Ello tiende a evitar que la decisión se efectúe con criterios subjetivos.

La postura de Alexy al sustentar la fórmula del peso, puede ser aplicable a la realidad judicial cuando quien debe operativizar derechos o principios en pugna

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 73.

es directamente el Juez (por ejemplo, cuando el Juez penal tiene que optar entre 5 u 8 años de prisión). Constituye una herramienta útil y facilita al Juzgador llegar a una solución justa.

Empero, distinto es lo que ocurre en el Derecho Público y su repercusión judicial, pues la postura de Alexy, en mi modesto entender, deviene en criticable o inaplicable, pues la intensidad del peso que atribuya el Juez a cada principio, puede interferir con el ejercicio legítimo de facultades discrecionales de la Administración o el Legislador que, en su oportunidad, han realizado su ponderación buscando lo mejor para el interés público.

Téngase presente que en los conflictos de Derecho Público el orden jurídico le confirió primero a la Administración (Tribunal de Concurso que debe ponderar una entrevista personal) o al Legislador (regular el acceso a una vivienda digna priorizando a los más necesitados) en su caso, para que, entre varios principios o derechos en juego, frente a la indeterminación del orden jurídico, operativice en la *praxis* la solución concreta.

En principio, el Legislador o la Administración aplicarán las pautas regladas por el orden jurídico (en este caso bien puede aplicarse la postura de Alexy), pero frente a dos cuestiones opinables, en lo que jurídicamente es tan posible una alternativa o la otra, tienen facultad discrecional para elegir lo mejor para el interés público. En este último supuesto la aplicación de tal teoría corre el riesgo de sustituir la discrecionalidad.

Luego, cuando *a posteriori* el Juez controla en el amplio margen de jurisdicción, fiscaliza si la discrecionalidad ha sido correctamente ejercida, pero claro está, sin poder sustituir una opción posible por otra igualmente posible, pues ello implicaría gobernar; un exceso de jurisdicción e invasión de poderes.

Si el Juez pretende aplicar la fórmula del peso en esta situación, al ponderar y asignarle un valor a los principios en pugna, con el afán de llegar a una solución justa, corre el riesgo de introducirse en cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia que ya valoró la Administración o el Legislador en su caso. Con ello, estaría cercenando la zona de reserva constitucional que corresponde a los otros poderes del Estado.

Por otra parte, es dable señalar que cuando Alexy califica como leve, moderada o seria la interferencia o afectación de algún principio en un caso concreto, por

más buenas razones que asigne para ubicarlo en una situación u otra, con un peso determinado, no esgrime ninguna fórmula matemática para justificar por qué uno tiene más peso que otro. Si estamos frente a un conflicto de Derecho Público esa ponderación puede estar interfiriendo con valoraciones discrecionales administrativas o políticas, en cuyo ámbito el Poder Judicial puede controlar hasta un determinado límite, salvo arbitrariedad, irrazonabilidad u otro tipo de vicio de juridicidad.

En definitiva, en la *praxis*, para analizar cuál es el rol del Poder Judicial tenemos que diferenciar dos situaciones: a) cuando el orden jurídico le asigna directamente al Juez la tarea de dirimir el conflicto (por ejemplo, cuando el Juez de familia debe decidir sobre el régimen de visitas de un padre a su hijo. En este supuesto, el orden jurídico le pide al Juez que resuelva el pleito con ingredientes de juridicidad, principios y valores); y, b) cuando primero le pide a la Administración o al Legislador que arbitre una solución frente a principios o razones en pugna (por ejemplo, cuándo y cómo dar subsidios).

En el primer caso, no existe inconveniente en aplicar la fórmula del peso de Alexy, pero sí en el segundo. Hay que analizar en esta última hipótesis la respuesta que brindó el Administrador o el Legislador haciendo un control intenso de juridicidad, sin sustituir los pequeños márgenes de discrecionalidad, en la medida en que la opción elegida concuerde con el orden jurídico.

No le incumbe al Juez cambiar una solución correcta por otra igualmente correcta, con un diverso criterio de valoración subjetiva al ponderar el peso de un principio o razón por encima de otro.

Desde el campo de la filosofía a menudo se duda sobre la existencia de un sólo método de interpretación y que ese método elegido conduzca a una y sólo una interpretación lógica.

El control de la Administración, entonces, presupone dos etapas: primero, la operatividad primigenia del concepto por el Legislador o la Administración conforme lo dispuesto por el orden jurídico. Aquí se deberá aplicar lo reglado, pero cuando exista un margen de opinabilidad o una opción que realizar, dónde para el Derecho es igual una decisión que otra, ello se debe dirimir con el ejercicio de la facultad discrecional.

En la segunda etapa, recién llega el Juez, quien, realizando un control de juridicidad, sólo puede verificar si la opción elegida por la Administración contradice

el orden jurídico. Empero, no puede cambiar una opción por otra que le parezca mejor porque ello invade la división de poderes.

A esta altura quiero advertir algo muy importante. Estamos cometiendo un grave error en pretender utilizar teorías o herramientas que sirven para las controversias que ameriten su aplicación en otras ramas del Derecho (Civil, Penal, Comercial, Laboral). Ellas no resultan de aplicación en los litigios que emergen del Derecho Público cuando es la Administración o el Legislador quien primigeniamente debe operativizar el concepto indeterminado, ambiguo o en disputa con otros principios o derechos.

El Derecho Público dispone de sus propias herramientas que armonizan plenamente con la división de poderes (lo reglado y lo discrecional).

Téngase presente, que posturas filosóficas como las de Alexy y otros prestigiosos juristas, son construidas para una realidad distinta, pues pretenden iluminar la penumbra que el Juez muchas veces tiene, para resolver cuestiones complejas porque el Juzgador está obligado a llegar una solución justa.

Si pretendemos seguir usando teorías que devienen incompatibles con el rol del Juez constitucional o contencioso administrativo en temas de Derecho Público, que primero deben ser operativizados por la Administración o el Legislador, se corre el riesgo de estimularlos para que realicen un control total, convirtiéndose en gobernantes de facto o invadiendo la división de poderes. Otras veces, para evitar caer en dicho error, pueden pasarse al borde opuesto, reduciendo el control y utilizando viejos esquemas que restringen la revisión en desmedro del derecho de los ciudadanos (discrecionalidad técnica, cuestión política no justiciable, falta de legitimación popular, etc.).

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad, en el ámbito legislativo o administrativo, da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quiénes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la *praxis* del poder político, forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen, procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del Legislador o del Administrador por el no menos opinable del Juez, con el agravante que tal soberbia judicial podría vulnerar el precepto jurídico que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder político.

Dice Rodríguez Arana que, el Poder Judicial no puede sustituir la voluntad de la Administración para decirle cómo ha de ejecutar ese interés público porque no debe administrar ni gobernar. Pero sí puede afirmar jurídicamente que se ha producido una desviación de poder. Ello concuerda con lo dispuesto por el Artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa de 1998 (España), cuando expresa que los órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos administrativos anulados por la sencilla razón de que ello constituye el ámbito propio del poder Administrador. Con gran claridad ha señalado Rosatti lo siguiente:

[...] es necesario recordar que los espacios de decisión del político y del Juez son distintos. El político –constituyente, Legislador o Administrador– tiene un amplio abanico de posibilidades para decidir conforme a un marco normativo general (que en ocasiones él mismo puede modificar), a su ideología y a su prudencia. El Juez debe hacerlo dentro del estrecho límite de la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia [...] Si el Juez intenta suplir al político, proyectando su forma de pensar (en suma, su disconformidad con la decisión política) en descalificación jurídica, estaría excediendo su competencia y violentando la división de poderes⁵.

(Del Consid. 14).

IX. CONCLUSIÓN

a) Existe primero el que ejerce la función legislativa o administrativa, quien debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma.

b) Al Juzgador, entonces, solo le incumbe controlar si la aplicación de concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que el Legislador o la Administración ya realizaron la subsunción, que en las otras esferas del Derecho le hubiera correspondido directamente al Juez.

⁵ En su voto como Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos 341:1869, del 11 de diciembre del 2018; y en Fallos 353:2020, del 24 de abril del 2020.

Como lo he sustentado en otras oportunidades, estoy en desacuerdo con quienes directa o implícitamente, en clave de Derecho, pretenden un control total sustituyendo la discrecionalidad estratégica del Legislador o del Administrador, por la decisión judicial. Ello comportaría la politización de la justicia en lugar de promover la sujeción de la política al orden jurídico.

Sea que pensemos en el rol del Juez constitucional o contencioso administrativo, en temas de Derecho Público, estos estándares son los que delimitan el control de juridicidad.

Debemos buscar el justo equilibrio. El exceso de control corre el riesgo de paralizar la actividad administrativa y sustituir las decisiones del gobierno democrático. El escaso control también es pernicioso para el Estado Constitucional y Social de Derecho, y las garantías de los ciudadanos.

De allí la necesidad de repensar permanentemente los límites entre los diversos poderes del Estado en el marco de nuestra dinámica realidad constitucional y convencional.