

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

# EL PRINCIPIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ÍNDICE >>>

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

# EL PRINCIPIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ



SEVILLA 2016

Colección: Derecho. Instituto García Oviedo  
Núm.: 11  
Correspondiente a la primera edición impresa en 1988

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

EDICIÓN DIGITAL DE LA PRIMERA EDICIÓN IMPRESA EN 1988

© EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA 2016  
Porvenir, 27 - 41013 Sevilla  
Tlfs.: 954 487 447; 954 487 452; Fax: 954 487 443  
Correo electrónico: [eus4@us.es](mailto:eus4@us.es)  
Web: <<http://www.editorial.us.es>>

© JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ 2016

ISBN: 978-84-472-1737-3  
Digitalización y realización interactiva:  
Santi García. [santi@elmaquetador.es](mailto:santi@elmaquetador.es)

*a Elvira Tovar*

## INDICE

	<b>Págs.</b>
<b>I. INTRODUCCION</b>	11
<b>II. ORIGEN Y EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PUBLICO</b> .....	15
<b>A. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LIMITES DEL PODER DE POLICIA</b> .....	15
<b>A.1. El origen juridico penal del principio de proporcionalidad</b> . . .	15
<b>A.2. La asunción de la regla de proporcionalidad por el Derecho de Policía, de concepción liberal</b> .....	16
<b>A.3. El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo español: derecho positivo y jurisprudencia</b> .....	19
<b>B. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y «PROHIBICION DE EXCESO» EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO»</b> .....	28
<b>C. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACION TOPICA DE INTERESES</b> .....	33
<b>C.1. La jurisprudencia francesa del «Bilan-Coût-Avantages»</b> . . . .	34
<b>C.2. La jurisprudencia alemana de la «Ponderación de bienes en el caso concreto</b> .....	40
<b>C.3. La jurisprudencia norteamericana del «Constitutional Balancing» o contrapeso de valores constitucionales</b> .....	46
<b>D. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</b> .....	47

E. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS .....	51
F. RECEPCION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL .....	58
F.1. La aplicación del principio de proporcionalidad con valor de «principio constitucional» .....	61
F.2. El reconocimiento del principio de proporcionalidad con valor de «principio general del Derecho» .....	73
<b>III. LA CONSTRUCCION TECNICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .....	<b>75</b>
A. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA .....	76
A.1. El principio de «Favor Libertatis» –expresión del valor de la libertad y de la dignidad de la persona–, como exigencia constitucional del principio de proporcionalidad de la actividad administrativa .....	78
A.2. La justicia material –expresión del Estado de Derecho– como exigencia constitucional del principio de proporcionalidad de la actividad de la Administración .....	81
A.3. La delimitación constitucional del comportamiento del sector público económico, según el principio de proporcionalidad: necesaria adecuación de medios y fines .....	83
A.4. La misión constitucional de «servir con objetividad los intereses generales», justificadora del sometimiento de la Administración al principio de proporcionalidad .....	85
A.5. El control jurisdiccional del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, fundamenta un control de proporcionalidad .....	87
A.6. El principio de autonomía territorial que la Constitución garantiza, postula la utilización del principio de proporcionalidad en las relaciones interadministrativas .....	88

B. LA JUSTIFICACION TECNICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACION .....	90
<b>B.1. El principio de legalidad como presupuesto legitimador de la actuación de los poderes públicos</b> .....	90
<b>B.2. La atribución de potestades a la Administración como mecanismo técnico del principio de legalidad</b> .....	92
<i>B.2.1. La existencia y extensión de la potestad como límites legales de la actuación administrativa</i> .....	94
<i>B.2.2. Las condiciones de ejercicio de la potestad como límites legales de la actuación administrativa</i> .....	97
<i>B.2.3. La utilización por la norma de conceptos jurídicos indeterminados, como límites legales de la actuación administrativa</i> .....	100
<i>B.2.4. Los derechos fundamentales como límites de las potestades administrativas</i> .....	101
<b>B.3. El ejercicio de potestades por la Administración como proceso de producción y aplicación del Derecho</b> .....	103
<i>B.3.1. El ejercicio de potestades por la Administración como actividad mensurable desde el Derecho, que exige proporcionalidad</i> .....	104
<i>B.3.2. La proporcionalidad como principio general del Derecho que disciplina el ejercicio de potestades: presupuestos jurídicos</i> .....	107
C. LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO .....	113
<b>C.1. Principio General de Proporcionalidad y otros conceptos afines</b> .....	113
<i>C.1.1. Proporcionalidad y Equidad</i> .....	113
<i>C.1.2. Proporcionalidad y Buena fe</i> .....	114
<i>C.1.3. Proporcionalidad e Igualdad</i> .....	115
<i>C.1.4. Proporcionalidad y Abuso de Derecho</i> .....	116
<i>C.1.5. Proporcionalidad y Razonabilidad</i> .....	116
<b>C.2. Los elementos de la proporcionalidad en la actuación administrativa</b> .....	117
<i>C.2.1. El presupuesto fáctico determinante de la actuación administrativa</i> .....	118

C.2.2. <i>La medida administrativa necesaria: elección dentro de las medidas adecuadas posibles, del medio más idóneo y menos restrictivo</i> .....	120
C.2.3. <i>La ponderación del interés general, como exigencia del fin tipificado en la norma</i> .....	122
<b>C.3. El concepto de Proporcionalidad como principio general del Derecho Administrativo</b> .....	124
<b>D. EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA</b> .....	125
<b>D.1. El principio de Proporcionalidad vincula igualmente a la Administración como a su control jurisdiccional</b> .....	125
<b>D.2. La especificidad del control de proporcionalidad en un Derecho como el Administrativo, articulado sobre una base valorativa de intereses públicos: jurisprudencia de valores materiales</b> .....	128
<b>IV. AMBITOS DE ESPECIAL APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .	131
<b>A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO «PROHIBICION DE EXCESO» DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS</b> .....	132
<b>B. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PONDERACION DE INTERESES PUBLICOS IMPLICADOS</b> .....	135
<b>B.1. Ponderación de intereses en el establecimiento del régimen jurídico administrativo de los Derechos y Libertades Fundamentales</b> .....	135
<b>B.2. Ponderación de intereses en el régimen administrativo de las medidas cautelares</b> .....	136
<b>B.3. Ponderación de intereses públicos en conflicto que la Administración debe tutelar</b> .....	137
<b>B.4. Ponderación de los intereses públicos implicados en las relaciones interadministrativas en régimen de autonomía</b> .....	141
<b>B.5. Ponderación en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, mediante el trámite de audiencia, de los intereses colectivos implicados por la norma</b> .....	142

<b>B.6. Ponderación de intereses en órganos administrativos de participación, a través de técnicas de representación diferenciada</b> .....	144
<b>C. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MEDIDA DE LAS INTERVENCIONES ADMINISTRATIVAS EN LA ECONOMIA</b> .....	146
<b>D. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PAUTA DEL EJERCICIO DE LA INICIATIVA PUBLICA ECONOMICA</b> .....	147
<b>V. CONCLUSION</b> .....	151

## I. INTRODUCCION

Hoy más que nunca nuestro Derecho Administrativo posee unas bases constitucionales de libertad y de justicia material, que se proyectan necesariamente sobre todas las relaciones jurídico administrativas. El principio de «*favor libertatis*» aparece firmemente enraizado en nuestro Ordenamiento Jurídico, dentro del nuevo marco del Estado Social y Democrático de Derecho. De otro lado, el Derecho Administrativo se articula principalmente en base a una permanente *valoración de intereses generales y públicos*.

A partir de esta doble realidad que está presente, en consecuencia, en los más diversos sectores de la actividad administrativa, hemos pretendido avanzar en la búsqueda de técnicas jurídicas capaces de establecer *pautas de comportamiento para la Administración*, en el ejercicio de las potestades administrativas que le atribuye el Derecho. La complejidad de conflictos sociales en los que aparecen implicados diversos intereses colectivos y cuya solución satisfactoria se encomienda muchas veces a la Administración, obliga a la utilización de principios y técnicas jurídicas que introduzcan *racionalidad* en el comportamiento de la actividad administrativa.

El estudio del Principio General de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo, surge de la necesidad de llamar la atención acerca de la especial operatividad que, desde nuestro punto de vista, posee este principio institucional de la Administración Pública al servicio de la *legalidad*, y como un instrumento reductor más de posibles arbitrariedades administrativas.

Con la construcción técnica que del principio llevamos a cabo en este estudio, se pretende justificar el carácter y naturaleza del mismo como verdadero *principio general del Derecho Administrativo*, llamado a actuar no sólo en relación con determinados sectores de la actividad administrativa, sino con todas las actua-



ciones de la Administración, ya que el principio de proporcionalidad deriva necesariamente del *principio de legalidad* en orden a la producción y aplicación normativa que el Derecho le atribuye a la Administración Pública.

El principio de proporcionalidad presenta hoy en el Derecho Público un importante grado de desarrollo y una muy estimable funcionalidad, tanto en el *Derecho alemán* como en el *Derecho francés*; en ambos Ordenamientos y bajo técnicas de diversa denominación, el principio de proporcionalidad se manifiesta como un instrumento eficaz para la «ponderación de intereses» concurrentes en cada situación concreta. La Jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, utiliza de forma constante el principio de proporcionalidad para valorar si determinadas conductas de los Poderes Públicos nacionales, violan o no por no ser «necesarias» los derechos y libertades garantizados por la Convención. Del mismo modo la Jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ha incorporado al acervo comunitario el principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho, con el que opera eficazmente controlando la actividad normativa de los órganos de la Comunidad, así como las decisiones y medidas adoptadas por los Estados miembros.

En nuestro Ordenamiento preconstitucional, existen preceptos a partir de los cuales la doctrina y sobre todo la jurisprudencia han sabido extraer y deducir el principio de proporcionalidad, como la regla de comportamiento de la Administración en determinadas materias. Nos referimos a los artículos 4 y 6 del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales* y al artículo 40.2 de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, principalmente. Sin embargo, la experiencia ha demostrado la interpretación restrictiva y sectorial que la jurisprudencia ha hecho de este principio, ya que lejos de otorgársele una validez general para toda la actividad administrativa, se venía a reconducir a ámbitos concretos de la actuación de las Administraciones Públicas, y de modo particular con cierta validez general tan sólo para las Administraciones Locales. Ejemplos como los protagonizados por las múltiples aplicaciones de la Ley de Orden Público y la Ley de Prensa, son bien expresivos de la inaplicación por la jurisprudencia del principio de proporcionalidad en tales materias.

La Constitución española de 1978 ofrece fundamentos más que suficientes (artículos 103 y 106) para calificar al principio de proporcionalidad como un *principio institucional* de la Administración. Los valores de libertad, de justicia material y el principio de autonomía, representan otras tantas exigencias constitucionales para que toda la actividad de los Poderes Públicos, principalmente de la Administración, se vertebre en torno a este principio general del Derecho Administrativo.



Justificamos técnicamente el principio de proporcionalidad en el *principio de legalidad* de la Administración. El principio de legalidad actuando como presupuesto legitimador de la actuación de los Poderes Públicos, mediante la atribución de potestades, se constituye en «*criterio de mensurabilidad*» para el ejercicio que la Administración haga de tales potestades, en el caso concreto. El principio de proporcionalidad contribuye, asimismo, al funcionamiento regular de todo el proceso de producción y aplicación normativa en el Derecho Administrativo.

Abordamos la delimitación del concepto de proporcionalidad, en base a su diferenciación respecto de otros conceptos afines a partir de la consideración de los elementos esenciales de la proporcionalidad, que representan un verdadero «*modus operandi*» para la Administración. El concepto que se mantiene postula un mayor reconocimiento formal y práctico, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, del principio de proporcionalidad con el carácter de auténtico principio general de Derecho Administrativo, que representa no sólo un *límite sustancial de la actividad administrativa* sino además un *criterio funcionalizador* del comportamiento de las Administraciones Públicas.

El control de proporcionalidad de la acción administrativa, estimamos que vincula directamente a los Tribunales en aras de un mayor *control de legalidad* de la Administración, siendo su utilización de una enorme *especificidad en Derecho Administrativo*, el cual articula sus normas y principios en una pretensión de equilibrio entre Libertad y Poder, sobre una base de valoración permanente de los intereses públicos. De especial interés resulta el control de proporcionalidad en sectores en los que, como el de las intervenciones administrativas en la economía, el contencioso administrativo español se desenvuelve con muy poca eficacia.

Finalmente, el estudio acerca del principio de proporcionalidad trata de poner de manifiesto una serie de *ámbitos de aplicación* del mismo en el actual Derecho Administrativo español, con lo que se evidencia el protagonismo, la funcionalidad y la especial incidencia de este principio general del Derecho en nuestra disciplina.

