

ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN
DE LOS REQUISITOS PARA
CONTRATAR CON EL ESTADO.
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO
PROTECCIÓN CONTRA LA ARBITRARIEDAD*

*ARBITRARINESS OF CONTRACTOR SELECTION
CRITERIA IN THE BIDDING PROCESSES.
THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS
PROTECTION AGAINST ARBITRARINESS*

JUAN DIEGO MARTÍNEZ-GARCÍA**

ANTONIO LEAL-HOLGUÍN***

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2011

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2011

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Juan Diego Martínez-García & Antonio Leal-Holguín, *Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad*, 19 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 223-268 (2011).

SICI: 1692-8156(201112)19<223:ADRPCE>2.3.TX;2-F

* Artículo de reflexión.

** Abogado, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia y Universidad del País Vasco de San Sebastián, España. Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes de Bogotá, Colombia y Magister (LLM) en Derecho de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Abogado asociado de Leal Angarita & Asociados, Abogados, Bogotá, Colombia.
Contacto: jmartinez@lealangerita.com.

*** Abogado, Cum Laude, Universidad de los Andes de Bogotá. Abogado asociado de Leal Angarita & Asociados, Abogados, Bogotá, Colombia.
Contacto: aaleal@lealangerita.com.

RESUMEN

Esta reflexión tiene como propósito demostrar que, cuando una entidad contratante, en uso de sus potestades discrecionales, determina los requisitos para que los particulares contraten con ella, está interviniendo en la libertad de esos particulares para contratar con el Estado e influyendo en la forma como se asignan los recursos públicos. En consecuencia, esa intervención, para ser legítima y eficiente, debe ser *proporcional*. El principio de proporcionalidad, una noción general de relación entre medios y fines, con arraigo en numerosas áreas del derecho, es aplicable a la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. Este ensayo demuestra lo anterior e ilustra la forma como podría aplicarse el mencionado principio.

Palabras clave autor: Proporcionalidad, ponderación, análisis económico del derecho, arbitrariedad.

Palabras clave descriptor: proporcionalidad, arbitrariedad.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate that, when a public entity determines the requirements of a public bidding process, it affects the freedom of bidders and the efficient destination of public funds. Therefore, the determination of such requirements, in order to be legitimate and efficient, must be proportional. As shown in this paper, the proportionality principle, a general notion about the relation between means and ends, applies to the determination of requirements in public bidding process. Furthermore, this paper seeks to explore the way in which this principle can be applied.

Key words author: *Proportionality, balancing, economic analysis of law, arbitrariness.*

Key words plus: *proportionality, arbitrariness.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL PROBLEMA DE LA ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO.- II. NOCIÓN GENERAL DE LA PROPORCIONALIDAD. APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO.- III. ¿POR QUÉ EXIGIR REQUISITOS PROPORCIONALES?- IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO.- V. LA PONDERACIÓN.- VI. OBJECIONES A LA PROPORCIONALIDAD Y A LA PONDERACIÓN.- VII. PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO.- VIII. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.- CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad es un escudo protector de la libertad frente al poder. En efecto, se trata de un principio que guía y controla la actividad estatal, no solo respecto de sus ciudadanos, sino también respecto de otros estados. En consecuencia, el mencionado principio tiene un fuerte arraigo en el Estado constitucional y se aplica en numerosas áreas del derecho.

La preponderancia del principio de proporcionalidad puede deberse a su relación con la protección de la libertad. Este principio constituye una barrera esencial para garantizar que la libertad se respete en la mayor medida posible y solo se restrinja cuando sea necesario para obtener fines superiores a ella misma.

Así, en los diversos ámbitos de aplicación del principio de proporcionalidad, desde el derecho internacional público hasta el derecho administrativo, este tiene como propósito erigirse como una barrera contra la arbitrariedad de la intervención estatal, bien sea en los derechos de sus ciudadanos o en los de otros estados.

La contratación estatal no es la excepción. Según se sostiene en este ensayo, cuando una entidad contratante, en uso de sus potestades discrecionales, determina los requisitos para que los particulares contraten con ella, está interviniendo en la libertad de esos particulares para contratar con el Estado. En consecuencia, esa intervención, para ser legítima, debe ser *proporcional*.

Más aún, como se demostrará más adelante, la garantía de la libertad para contratar con el Estado tiene importantes repercusiones económicas. Así, la exigencia de requisitos desproporcionados implica ineficiencia en la utilización del dinero público.

Por lo anterior, es necesario que los requisitos para contratar con el Estado sean proporcionales.

Dado que en la determinación de esos requisitos se presentan colisiones entre principios (por ejemplo, entre la selección objetiva y la igualdad para contratar con el Estado), las personas encargadas de elaborar los pliegos de condiciones deben llevar a cabo un juicio de proporcionalidad, que permita establecer,

según las circunstancias del caso, cuál de los principios debe prevalecer.

Este ensayo tiene por objeto demostrar la importancia de aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado e indicar la forma como podría hacerse.

Para lo anterior, este ensayo abarcará los siguientes temas: en primer lugar, el problema de la arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. En segundo lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional y comparado, en diversas áreas del derecho. En tercer lugar, la justificación de que se deben exigir requisitos proporcionales para contratar con el Estado, notablemente por tratarse de una cuestión de legitimidad y eficiencia de las actuaciones estatales. En cuarto lugar, la justificación de la aplicación del principio de proporcionalidad en derecho administrativo en el marco de las *actuaciones discrecionales de la Administración que afectan derechos de particulares*. En quinto lugar, la estructura del principio de proporcionalidad y de la ponderación. En sexto lugar, las principales objeciones a la proporcionalidad y a la ponderación, y respuestas a esas objeciones. Y, por último, la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado, aplicando el juicio de proporcionalidad.

Lo anterior, con fundamento en el importante desarrollo del principio de proporcionalidad que han llevado a cabo los profesores Robert Alexy, Carlos Bernal-Pulido y Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero. Así mismo, con base en el trabajo de Richard A. Posner y Andrés Roemer sobre el análisis económico del derecho.

I. EL PROBLEMA DE LA ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

Como lo señala el profesor Édgar González-López, el pliego de condiciones es el documento más importante en contratación estatal.¹ En él están contenidos los requisitos que deben cumplir los particulares para contratar con el Estado y las reglas que rigen no solo la etapa precontractual, sino también la contractual.

No obstante su importancia, el pliego de condiciones ha sido una de las instituciones menos estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia administrativa. Así mismo, como lo señala el mencionado autor, “el ordenamiento jurídico no ha consagrado la obligación para la Administración de elaborar estándares de pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares y de prescripciones técnicas que permitan unificar criterios sobre los contenidos predeterminados del futuro contrato y del procedimiento de adjudicación, como se observa en la legislación comparada con sistemas de derecho administrativo”.²

La falta de estandarización de pliegos de condiciones y su insuficiente estudio han generado que en su elaboración se utilicen criterios equívocos que, en muchas ocasiones, llevan a que entidades estatales exijan requisitos inadecuados para seleccionar a los contratistas. Así, abundan pliegos de condiciones que exigen a los oferentes requisitos desproporcionados frente al objeto a contratar, que afectan la concurrencia de oferentes calificados en el proceso de selección y, en consecuencia, la posibilidad de la Administración de seleccionar la oferta más favorable a sus intereses. De igual forma, abundan los pliegos de condiciones que exigen a los oferentes requisitos irrisorios, que permiten la participación de oferentes que no cumplen las

1 Édgar González-López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, 39 (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

2 Édgar González-López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, 40 (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

condiciones necesarias para llevar a buen término los proyectos de infraestructura.

En busca de una herramienta para evaluar la *justicia* y proporcionalidad de las reglas contenidas en un pliego, que pondere en forma adecuada el interés general y el derecho a la igualdad de los posibles oferentes, algunos doctrinantes, entre los cuales está el profesor Ernesto Matallana-Camacho, han enunciado la posibilidad de aplicar el juicio de proporcionalidad a la determinación de los requisitos para contratar.³

A partir de lo anterior, el objeto de este artículo es analizar la viabilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a la determinación de los requisitos para contratar con el Estado e ilustrar la forma como podría llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad en este ámbito del derecho. Con lo anterior, se pretende dotar a quienes elaboran los pliegos de condiciones, a los interesados en los procesos de selección y a los jueces, de una herramienta para analizar la razonabilidad de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones.

II. NOCIÓN GENERAL DE LA PROPORCIONALIDAD. APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Como lo señala Carlos Bernal-Pulido en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, la proporcionalidad es una noción general de relación entre fines y medios, que ha sido utilizada a lo largo de la historia en diversas áreas del conocimiento.⁴

Así mismo, la proporcionalidad tiene un importante arraigo histórico en el derecho europeo. Como lo indica Bernal-Pulido,

3 Ernesto Matallana-Camacho, *Manual de contratación de la administración pública*, 290 (2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

4 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 37 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

sus fundamentos filosófico-políticos se evidencian en el mito fundacional del Estado, desarrollado en la Ilustración.⁵ Según ese mito, el hombre es absolutamente libre, pero para convivir ordenadamente con los demás hombres, debe ceder parte de su libertad. Así, para vivir en sociedad, el hombre debe admitir ciertas intervenciones *necesarias* en su libertad. Entonces, la libertad es la regla general y la intervención en ella la excepción.

Desde la Ilustración, el principio de proporcionalidad se ha consolidado en numerosas áreas del derecho, como el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho comunitario. Así, por ejemplo, en su *Tratado de los delitos y de las penas*,⁶ Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, enfatizó la necesidad de que existiera proporción entre las penas y los delitos.

Como lo muestra Bernal-Pulido en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, el principio de proporcionalidad tuvo un importante desarrollo en el derecho de policía prusiano y en el derecho administrativo alemán, en relación con la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la intervención de las autoridades en la libertad de los ciudadanos.⁷

En el derecho constitucional y, notablemente, en la aplicación de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad ha tenido significativo impacto, sobre todo en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Alemania y España. Esos tribunales han desarrollado una importante doctrina de aplicación del principio de proporcionalidad al llevar a cabo ponderaciones de principios y someter las intervenciones en los derechos fundamentales al juicio de proporcionalidad.

5 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 38 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

6 Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2007 [1764]).

7 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 40-41 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia ha construido una jurisprudencia en relación con el principio de proporcionalidad, con énfasis en la igualdad⁸ y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha utilizado la proporcionalidad como criterio de aplicación de los derechos fundamentales, en aras de garantizar que estos se realicen en la mayor medida posible.⁹

Por otra parte, el principio de proporcionalidad se ha aplicado en el derecho internacional, en ámbitos tan diversos como el derecho internacional público y el derecho internacional económico.

Así, por ejemplo, en su *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, CIJ, concluye que la construcción del muro por parte de Israel viola gravemente los derechos de la población palestina, entre ellos el de libre circulación, pues no estaba justificado que esa intervención fuese *necesaria* para garantizar la seguridad nacional de Israel. Según la CIJ:

La Corte observa que las restricciones previstas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son, por los propios términos de esa disposición, excepciones al derecho de libertad de circulación que se enuncia en el párrafo 1. Además, no es suficiente que

-
- 8 Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-022/96, del 23 de enero de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-093/01, del 31 de enero de 2001. Magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-673/01, del 28 de junio de 2001. Magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-741/03, del 28 de agosto de 2003. Magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-741-03.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-230/94, del 13 de mayo de 1994. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes-Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm>.
- 9 Rubén Sánchez-Gil, *El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 287 y ss (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

esas restricciones se apliquen con los fines autorizados; deben también ser necesarias para la consecución de tales fines. Como expresó el Comité de Derechos Humanos: 'las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad' y 'deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado' (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Observación General No. 27, párr. 14). [...]

En resumen, basándose en el material de que dispone, la Corte no está convencida de que el trazado concreto que ha escogido Israel para el muro fuera necesario para conseguir sus objetivos en materia de seguridad. El muro, a lo largo del trazado elegido, y su régimen conexo, infringen gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por Israel y las infracciones derivadas de ese trazado no pueden justificarse por exigencias militares o necesidades de seguridad nacional u orden público (énfasis fuera del texto original).¹⁰

Así, pues, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que las restricciones de los derechos humanos no solo deben perseguir fines autorizados, sino que también deben ser *necesarias* para obtener esos fines. Estas restricciones deben, en consecuencia, observar el principio de proporcionalidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, en el caso *Kimel vs. Argentina*, identificó la presencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la honra y manifestó la necesidad de llevar a cabo una ponderación de estos principios mediante el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con la CorteIDH:

En torno a estos hechos, las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención [Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH], revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos

10 Corte Internacional de Justicia. *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, del 13 de julio de 2004, A/ES-10/273, párr. 136-137. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf.

*derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.*¹¹

Por otra parte, como se ha mencionado, el principio de proporcionalidad ha tenido gran relevancia en el derecho internacional económico. Así, el centro de debate de la mayoría de los casos que se someten al Órgano de Solución de Controversias y al Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio, OMC, tiene qué ver con la aplicación del mencionado principio.

En el marco de las excepciones generales al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), establecidas en el artículo XX de este, la aplicación del principio de proporcionalidad es fundamental para determinar si una medida impuesta por un Estado miembro de la OMC y que podría afectar el comercio internacional, es *necesaria* para proteger la moral pública o la salud y vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales.

El mencionado principio de proporcionalidad fue uno de los puntos centrales en el caso de *Estados Unidos de América contra Tailandia*¹² por la prohibición establecida por la última a la importación de tabaco. En ese caso, Tailandia argumentaba que tal medida era necesaria para proteger la salud y vida de sus ciudadanos y que, por tal motivo, su aplicación se enmarcaba en las excepciones generales establecidas en el artículo XX antes citado. Por su parte, Estados Unidos de América señalaba que, al haber medidas alternativas que alcanzaban el objetivo propuesto por el gobierno tailandés, consistentes (o menos inconsistentes) con el GATT, la medida no era necesaria y, por tanto, desproporcionada.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 51. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

12 Ver también el caso de Venezuela y Brasil contra Estados Unidos de América por la Ley de la Gasolina Limpia.

Sobre el particular, el Panel señaló que:

*una parte contratante no puede justificar una medida inconsistente con otra provisión del Acuerdo como 'necesaria', en los términos del artículo XX(d), si existe una medida alternativa que la parte contratante pueda razonablemente utilizar y que no sea inconsistente con otras disposiciones del Acuerdo. De la misma manera, en casos donde no existe una medida consistente con el Acuerdo, la parte contratante está obligada a utilizar, entre las medidas razonables disponibles, aquella que genere el menor grado de inconsistencia con las demás disposiciones del Acuerdo.*¹³

Así, de conformidad con lo anterior, el Panel encontró que había medidas menos restrictivas para el comercio que la prohibición de importación de cigarrillos para garantizar la salud y vida de los ciudadanos tailandeses y, en consecuencia, declaró que la medida era desproporcionada y, por tanto, debía eliminarse.

En conclusión, para determinar la proporcionalidad o *necesidad* de una medida que restringe el comercio internacional, amparada en las excepciones generales establecidas en el artículo XX del GATT, se debe determinar si la medida es idónea para garantizar la finalidad que se invoca (moral pública, salud, etc.) y, en segundo lugar, se debe analizar si hay medidas alternativas que, alcanzando la finalidad, sean menos restrictivas al comercio internacional.

Finalmente, el principio de proporcionalidad también ha sido aplicado en el marco del derecho comunitario europeo. Sin duda, uno de los pilares fundamentales del proceso de integración de la Unión Europea (UE) ha consistido en la delimitación de competencias de las instituciones de la Unión. Así, los Estados miembros han sido celosos de que las competencias ejercidas por las instituciones de la UE se limiten a aquellas expresamente otorgadas a estas por los tratados constitutivos.

13 World Trade Organization, WTO, Committee on Trade and Environment, CTE. *Venezuela and Brazil v. United States of America, Gasoline case*. Summary (WT/CTE/W/203). GATT/WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT Article XX, paragraphs (b), (d) and (g). March 8, 2002. Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentos/ModuleII/GATT%20WTO%20Dispute%20Settlement%20Practice.pdf>.

Adicionalmente, el sistema comunitario se ha fundado sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, enunciados en el artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

Artículo 5. La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

Así, el inciso tercero de la disposición citada enuncia el principio de proporcionalidad, el cual, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “supone que las obligaciones impuestas en las normas comunitarias se limiten a la medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado”.¹⁴

En concordancia con lo anterior, el mencionado tribunal ha sostenido que, “para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo”.¹⁵

Desarrollando un poco más el principio citado, en el caso *Agrana Zucker GmbH contra Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente:

14 Araceli Mangas-Martin & Diego J. Liñán-Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 121 (5ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2006).

15 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea*. Asunto C-426/93. Sentencia del 9 de noviembre de 1995. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0426:ES:PDF>.

El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrece una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.¹⁶

Así, para efectos de establecer si una medida de las instituciones de la UE es proporcional, se debe determinar, en primer lugar, cuál es el objetivo o finalidad que se busca con la medida. En segundo lugar, se debe evaluar si la medida es idónea para alcanzar el objetivo buscado. En caso afirmativo, en tercer lugar, se debe definir si hay una medida menos gravosa que permita alcanzar el mismo objetivo.

En consecuencia, si la medida no fuese idónea para alcanzar el objetivo buscado, o si hubiese una medida menos gravosa para alcanzarlo, esta no se consideraría proporcional. *A contrario sensu*, si la medida es idónea para alcanzar el objetivo y no hay medidas alternativas que sean menos gravosas para alcanzar la finalidad buscada, la medida analizada cumplirá el principio de proporcionalidad enunciado en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

III. ¿POR QUÉ EXIGIR REQUISITOS PROPORCIONALES?

La observancia del principio de proporcionalidad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado trae dos beneficios fundamentales: de una parte, dota de legitimidad la exigencia de esos requisitos y, de otra, hace más eficiente la utilización del dinero público en contratación estatal.

En efecto, en el Estado de derecho, el principio de proporcionalidad forma, junto con el principio de legalidad, uno de los

16 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Octava. *Caso Agrana Zucker GmbH contra Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*. Asunto C-309/10. Sentencia del 28 de julio de 2011. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0309:ES:HTML>.

pilares que deben informar la actuación del Estado para gozar de legitimidad. Las actuaciones de los poderes públicos, para ser legítimas, deben ser legales y proporcionales a los hechos que las detonan. Más aún, en el Estado de derecho, el principio de proporcionalidad es una garantía para los particulares de que la actuación estatal no obedecerá al capricho del funcionario público, sino que será *necesaria* para obtener un fin legítimo del Estado.

Más aún, en el Estado Constitucional contemporáneo, el principio de proporcionalidad es un mecanismo fundamental para garantizar la coexistencia de los principios del ordenamiento jurídico. A partir del supuesto de que no hay principios absolutos, el principio de proporcionalidad permite garantizar que los principios se realicen en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas. En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad permite la coexistencia de los principios en colisión en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado.

Además de las ventajas que ya se han expuesto, la aplicación del principio de proporcionalidad trae un doble beneficio para la entidad contratante: Por una parte, le permite cerciorarse de que la decisión que tome esté suficientemente sustentada y que no afecta injustificadamente derechos de los potenciales proponentes. Por otra parte, le permite justificar ante terceros su decisión, al demostrar que no se tomó con base en caprichos o desviaciones de los funcionarios.

Ahora, vale la pena detenerse en el segundo beneficio; a saber, la mayor eficiencia en la utilización del dinero público en contratación estatal desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, AED. Para lo anterior, se hace necesario repasar los fundamentos del AED.

Según Andrés Roemer, el AED:

...es una disciplina que pretende ser científica y racionalizadora de las decisiones públicas (o privadas), y que tiene como elemento característico

*fungir como herramienta complementaria (no sustituta) del derecho. En resumen, el AED se presenta como teoría económica aplicada a la ciencia jurídica, teoría que por su configuración y método de análisis aporta herramientas de predictibilidad al derecho, haciendo del mismo una ciencia pragmática, útil y poco costosa.*¹⁷

Así, como herramienta complementaria del derecho, el AED se fundamenta en los presupuestos de “la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos”.¹⁸

En primer lugar, el supuesto de la racionalidad implica que “los participantes en el proceso legal se comportan como si fueran maximizadores racionales: los criminales, las partes de un contrato, los conductores de autobuses y otras personas sujetas a restricciones legales o involucradas en procesos legales actúan en su relación con el sistema legal como maximizadores inteligentes (no omniscientes) de sus deseos”.¹⁹

Así, por ejemplo, las investigaciones de James M. Buchanan, Robert D. Tollison & Gordon Tullock²⁰ y de William M. Landes²¹ han comprobado que “mediante un aumento en los costos punitivos posibles, mediante un aumento de la severidad de la pena o de la probabilidad de imponerla, reducirá la cantidad de delitos, y que una menor duración de los procesos en los tri-

17 Andrés Roemer, *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, 11 (Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A.C., México, 2002).

18 Carlos Francisco Morales de Setién-Ravina, *Las bases del análisis económico del derecho, estudio preliminar*, en *Análisis económico del derecho*, 11-75, 44 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).

19 Richard A. Posner, *El enfoque económico del derecho*, en *Análisis económico del derecho*, 77-122, 89 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).

20 James M. Buchanan, Robert D. Tollison & Gordon Tullock, *Towards a Theory of the Rent-seeking Society* (Texas A&M University Press, College Station, 1980).

21 William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 *Journal of Law and Economics*, 1, 61-107 (1971).

bunales aumentará el número de procesos judiciales”,²² lo cual evidencia la racionalidad de estos individuos para maximizar su utilidad ante modificaciones legales o del sistema judicial.

El segundo supuesto que utiliza el AED es el de la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales. Conforme a este criterio, una decisión (o regulación) es eficiente cuando genera la mejor relación posible entre costo y beneficio o, como lo señala Carlos Francisco Morales de Setién-Ravina, los mayores niveles de utilidad. Para determinar la eficiencia de una regulación, los economistas han adoptado distintos criterios de eficiencia, entre los cuales se destacan la superioridad de Pareto,²³ la optimalidad de Pareto²⁴ y la eficiencia de Kaldor-Hicks.²⁵ Respecto a los anteriores criterios de eficiencia, Andrés Roemer señala:

*Las tres nociones implican la clasificación de un estado de cosas. Un estado de cosas, P, es superior en términos de Pareto a otro estado, Q, si y solo si el moverse de P a Q no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar). En otras palabras, P es superior en términos de Pareto a Q si nadie prefiere Q a P, y si por lo menos una persona prefiere P a Q. Un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore.*²⁶

Ahora bien, teniendo en cuenta que los estándares de Pareto no resultan aplicables en algunos escenarios, en los que ne-

22 Richard A. Posner, *El enfoque económico del derecho*, en *Análisis económico del derecho*, 77-122, 99 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).

23 Superioridad de [Vilfredo] Pareto: una situación social es óptima cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguien más.

24 Una situación es Pareto óptima o Pareto eficiente cuando no es posible beneficiar a más individuos en un sistema sin perjudicar a otros.

25 Kaldor-Hicks (compensación potencial): un cambio social es eficiente si quienes resultan beneficiados ganan más de lo que pierden quienes resultan perjudicados, de modo que los primeros pueden compensar a los segundos. No exige compensación efectiva (Pareto superior). Influyen preferencias externas.

26 Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, 27 (1ª ed., Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, SMGE, Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 1994).

cesariamente una decisión generará ganadores y perdedores, Nicholas Kardor, John Hicks y Tibor Scitovsky desarrollaron el criterio de Kaldor-Hicks:

*Para hacer frente a este problema, Kaldor-Hicks-Scitovsky desarrollaron la idea de compensación potencial. Un estado de cosas, P, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, Q, si después de moverse de Q a P los ganadores pueden compensar a los perdedores.*²⁷

El tercer supuesto que utiliza el AED consiste en considerar las normas en términos de precios. Así, “para el análisis económico del derecho las normas funcionan como sistemas de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio”.²⁸ Por ejemplo, de conformidad con Richard A. Posner, “para un criminal, sus delitos podrían ser el ‘bien’, o los procedimientos judiciales podrían serlo para quien ha sufrido un perjuicio, y el ‘precio’ podría ser una condena de prisión, teniendo en cuenta la probabilidad de condena, o el tiempo excesivo del proceso judicial”.²⁹

A partir de los anteriores criterios del AED, se puede llevar a cabo un análisis de la eficiencia de los requisitos que establecen las entidades contratantes en sus procesos de contratación.

Como lo señala Édgar González-López, “la administración dispone de libertad de valoración para la configuración del pliego de condiciones, dentro de los parámetros generales señalados en la ley y en el reglamento, y conforme a los requerimientos específicos de cada proceso de selección”.³⁰ No obstante, la ante-

27 Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, 27 (1ª ed., Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, SMGE, Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 1994).

28 Carlos Francisco Morales de Setién-Ravina, *Las bases del análisis económico del derecho, estudio preliminar*, en *Análisis económico del derecho*, 11-75, 59 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).

29 Richard A. Posner, *El enfoque económico del derecho*, en *Análisis económico del derecho*, 77-122, 90 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).

30 Édgar González-López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma*

rior potestad discrecional de la Administración al confeccionar los pliegos está limitada por los principios de la contratación estatal y, principalmente, por el principio de selección objetiva.

Sin embargo, es común que la Administración exija requisitos notoriamente desproporcionales respecto de la naturaleza y valor del contrato a celebrarse. Si bien en la mayoría de los casos, las razones para aumentar la exigencia de los requisitos por encima de los que se entenderían como proporcionales a la naturaleza y valor del contrato, obedecen a la intención loable de blindar a la Administración de adjudicatarios inadecuados. Desde el punto de vista del AED, esas exigencias son ineficientes.

Así, de acuerdo con los lineamientos del AED sobre contratación pública, al evaluar la eficiencia de los pliegos de condiciones, se deben aplicar los supuestos que se describen a continuación:

- a. La administración y los oferentes son agentes económicos racionales que buscan maximizar sus beneficios o utilidades.
- b. Las disposiciones del pliego de condiciones, al regular la etapa precontractual de selección de contratistas, actúan como “precios”, influyendo la conducta de los oferentes en la búsqueda de la maximización de sus beneficios.
- c. La mayor exigencia de requisitos de selección influye directamente en los costos que deben asumir los oferentes para participar en el proceso de selección.
- d. La mejor estructura del pliego de condiciones será aquella que sea eficiente en términos paretianos o de Kaldor-Hicks.

Así, desde la perspectiva de los oferentes, como agentes racionales que buscan maximizar sus beneficios, estos solo estarían interesados en participar en el proceso de selección en la medida en que el precio por el que se le adjudique el contrato sea superior

consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, 87 (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).

a aquel que recibiría si utilizara sus recursos en una inversión alternativa. Al respecto, Mónica Sofía Safar-Díaz señala:

Se asume, entonces, que los agentes económicos que son invitados a presentar ofertas calculan el precio que van a proponer teniendo en cuenta el costo de producir el objeto que se requiere contratar con base en la información disponible, y que los participantes que no ganan en el procedimiento utilizan sus recursos en inversiones alternativas. Partiendo del supuesto de que cada oferente conoce con certeza su propio costo de oportunidad, los participantes preparan una oferta de indiferencia, en la cual la ganancia o beneficio que se obtiene si se gana el contrato es la correspondiente a la diferencia entre el precio final del contrato y los costos de ejecución, que es equivalente a la ganancia que se obtendría en la mejor alternativa de inversión por parte del oferente. En consecuencia, un oferente solamente estará interesado en ser el adjudicatario del contrato si el precio consignado en la propuesta, o por el que se le adjudica la ejecución del objeto subastado, excede la oferta de indiferencia, con independencia de su actitud adversa o neutral frente al riesgo.³¹

De conformidad con lo anterior, Safar-Díaz adopta la siguiente ecuación para determinar la actuación de los oferentes:

$$P_i - C = r_i$$

donde,

P_i = oferta de indiferencia del jugador

C = costo de ejecución

r_i = costo de oportunidad

De conformidad con lo anterior, si la Administración establece requisitos más exigentes a aquellos considerados como proporcionales, al aumentar los costos C , los oferentes necesariamente aumentarían el valor de su oferta de indiferencia, en detrimento de la Administración, que deberá pagar un mayor

31 Mónica Sofía Safar-Díaz, *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, 26 (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).

valor por los bienes o servicios a adjudicar del que pagaría si exigiese criterios proporcionales.

Adicionalmente, en caso de que el valor del contrato tenga un precio máximo, si r_i arroja un resultado negativo, los oferentes se abstendrían de participar en el proceso de selección, al preferir utilizar sus recursos en inversiones alternativas.

Así, resulta evidente que la utilización de criterios de selección desproporcionados a la naturaleza y valor del contrato a celebrar, produce los siguientes efectos, en detrimento de la administración:

- a. Encarece el valor de las ofertas.
- b. Desincentiva la participación de oferentes en el proceso de selección de contratistas.

Así, la estructuración de pliegos con requisitos y criterios de evaluación desproporcionados son ineficientes en términos paretianos, por cuanto desmejoran tanto la posición de algunos oferentes capaces, como de la Administración, al aumentar el valor que esta deberá pagar por los bienes o servicios que va a contratar.

En conclusión, los pliegos de condiciones serán eficientes, en términos paretianos, siempre y cuando los requisitos y criterios establecidos en estos mantengan constante, entre cada uno de los oferentes que cumplen los requisitos mínimos para la adecuada ejecución del contrato, la diferencia entre la oferta de indiferencia y el costo de ejecución del contrato o, lo que es lo mismo, su costo de oportunidad.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

En el marco del derecho administrativo, el principio de proporcionalidad se ha convertido en un instrumento de argumentación, mediante el cual se estructuran las razones de quien analiza una actuación de los poderes públicos.

En concordancia con lo que ha señalado Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, en el derecho administrativo, el principio de proporcionalidad solo puede operar en el ámbito de las actuaciones discrecionales de la Administración, que afectan la esfera jurídica de los particulares.³² Por contraposición a las actuaciones regladas de la Administración, en las cuales esta debe limitarse a aplicar reglas, en la esfera de las actuaciones discrecionales, la Administración está en capacidad de determinar qué medidas tomar para obtener los fines propios de sus potestades. En consecuencia, es posible determinar si la medida adoptada por la Administración es o no proporcional.

Ahora, siguiendo nuevamente a Sarmiento, en el ámbito de estas actuaciones discrecionales de los poderes públicos, el principio de proporcionalidad puede ser visto desde dos perspectivas: La del mandato y la del control.³³ En el primer caso, el principio opera como una guía de la actuación de la Administración, en ejercicio de sus potestades. Según Sarmiento, “en este sentido podemos hablar de un principio *en el ejercicio de las potestades administrativas*, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas”.³⁴

En la segunda perspectiva, el principio de proporcionalidad opera como mecanismo utilizado principalmente por los jueces

32 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 19 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

33 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 31-39 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

34 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 33 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

de la actuación administrativa para evaluar si esa actuación es proporcional o no. En esta perspectiva del control, ha habido mayor desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad, al constituirse en la herramienta fundamental de los tribunales para justificar sus decisiones respecto de los actos de los poderes públicos y así legitimar esas decisiones.

Lo anterior se debe, en gran parte, a la estructura del principio de proporcionalidad. Como señala Sarmiento, esta estructura *fomenta la argumentación* y permite ordenar las razones del juzgador.³⁵ De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad, notablemente por parte del Tribunal Constitucional Español, este principio se compone de tres subprincipios: la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad en sentido estricto*. Según Sarmiento, se trata de tres juicios acumulativos y con carácter eliminatorio, entre otras características.³⁶

Siguiendo a Bernal-Pulido y a Sarmiento, es posible establecer que cada uno de los mencionados subprincipios consiste en lo siguiente:

Idoneidad: según este subprincipio, toda medida de la administración o intervención de esta en los derechos de los particulares debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo.³⁷ De acuerdo con Sarmiento, este subprincipio exige que el acto sea coherente con el fin perseguido y su adopción permita alcanzar ese fin. Se trata, según este autor, de un “control de manifiesta desproporción” y no de un análisis de la eficacia o conveniencia de la medida.³⁸

35 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 16 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

36 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 167 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

37 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 36 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

38 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho*

Necesidad: de acuerdo con este subprincipio, toda medida o intervención de la administración en los derechos de los particulares debe ser la más benévola, en comparación con aquellas medidas que tienen, al menos, la misma idoneidad para conseguir el fin perseguido.³⁹ Según Sarmiento, se trata de un juicio sobre los medios utilizados por la administración; la medida debe ser la menos lesiva para los derechos particulares de todas las que tuvo la administración a su disposición. El análisis, entonces, consiste en un ejercicio de comparación entre los medios disponibles.⁴⁰

Proporcionalidad en estricto sentido: según este principio, las ventajas que se obtengan de intervenir los derechos de los particulares deben compensar el sacrificio que esa intervención implica para el particular y para la sociedad.⁴¹ Como lo señala Sarmiento, se trata de un ejercicio de ponderación de las ventajas y desventajas de la medida de la administración. El examen consiste en que la medida no traiga mayores desventajas que ventajas, pues en ese caso sería desproporcional.⁴²

Los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* permiten evaluar si hay una adecuada relación entre medios y fines. En el marco del derecho administrativo, esa relación se predica de los fines que persigue el Estado y los medios que escogen los poderes públicos para obtener estos fines.

administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español, 170-190 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

39 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 36 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

40 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 190-206 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

41 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 36 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

42 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 206-221 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

A propósito de lo anterior, Sarmiento ha establecido una diferenciación, útil para el objetivo de este ensayo, entre los fines principales y los fines complementarios de la Administración. Los primeros son aquellos que la ley establece como fines de la actuación administrativa, mientras que los segundos son aquellos que expresa la administración como justificación del acto particular. Según el mencionado autor, “podría reconocerse la existencia de fines principales, tasados legalmente a través de las vías antes descritas, al tiempo que la Administración, en la adopción de actos concretos, puede manifestar objetivos para la decisión individual, de manera complementaria a los fines previstos por la ley”.⁴³

Por otra parte, en relación con los medios, Sarmiento distingue entre el soporte del medio (el acto administrativo, el contrato) y su contenido, que es, en sí, objeto del análisis de proporcionalidad.⁴⁴ En efecto, el contenido del medio constituye la intervención de la Administración en la esfera del ciudadano, bien sea limitando sus derechos o imponiéndole deberes.

V. LA PONDERACIÓN

Según la teoría de Robert Alexy, acogida por Bernal-Pulido, los sistemas jurídicos modernos se componen de dos tipos de normas, que se aplican mediante dos procedimientos distintos: las reglas, que se aplican mediante la subsunción, y los principios, que se aplican mediante la ponderación.⁴⁵

43 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 150 (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

44 Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español*, 154 y ss (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

45 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 63 y ss (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 93 y ss (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 51 y ss (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de

De acuerdo con Alexy, las reglas y los principios son normas que se diferencian cualitativamente. Mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas, las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; son *mandatos definitivos*.⁴⁶ En consecuencia, mientras que las reglas se cumplen o no, los principios son *mandatos de optimización* que se pueden cumplir en grados diversos, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁷

En razón de su naturaleza divergente, los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios se solucionan de forma distinta. Así, si bien el punto de partida común es que la aplicación independiente de reglas o principios lleva a resultados contradictorios, la forma de resolver esta contradicción es distinta en cada caso.

Así, según Alexy, en el caso de un conflicto de reglas, este se resuelve excepcionando o declarando la invalidez de una de las reglas a favor de la otra. Una de las reglas será inválida, según las circunstancias del caso y se descartará, mientras que la otra será válida y se aplicará.⁴⁸ En el caso de colisión entre principios, no se trata de validar uno e invalidar otro, sino de determinar, dadas las circunstancias del caso concreto, cuál principio precede al otro; se debe establecer una *relación de precedencia condicionada*. El principio de proporcionalidad constituye el mecanismo

Colombia, Bogotá, 2007).

Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 51 y ss (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

46 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 16 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

47 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 67-68 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

48 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 69-70 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

fundamental para establecer esa relación, para resolver la contradicción entre principios.⁴⁹ De acuerdo con Alexy:

*la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una **relación de precedencia condicionada**. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las **condiciones** en las cuales un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál principio debe preceder, puede ser solucionada inversamente.*⁵⁰

Como lo señala Alexy, que un principio tenga precedencia implica que, dadas las condiciones del caso concreto, debe aplicarse la consecuencia jurídica que prevé ese principio.⁵¹ Lo anterior expresa la realidad de que no existen principios absolutos, sino que unos prevalecerán sobre otros bajo ciertas condiciones. El mencionado autor ha sintetizado lo anterior en la *ley de la colisión*, según la cual “las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad”.⁵² En consecuencia, el resultado de establecer una relación de precedencia condicionada es una regla para el caso concreto.

Como se ha mencionado, el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios, constituye el mecanismo fundamental para establecer esa *relación de precedencia condicionada* entre principios. El principio de proporcionalidad permite garantizar

49 Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 63 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

50 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 73 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

51 Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 97 (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

52 Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 97 (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

que los principios se realicen en la mayor medida posible, teniendo en cuenta tanto las circunstancias fácticas como jurídicas.⁵³

De acuerdo con Alexy, los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren al mandato de optimización en relación con las posibilidades fácticas.⁵⁴ Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere al mandato de optimización en relación con las posibilidades jurídicas. En este punto juega un papel definitivo la ponderación.⁵⁵

Según se ha visto, el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido exige que las ventajas que se obtengan de intervenir los derechos de los particulares compensen el sacrificio que esa intervención implica para el particular y para la sociedad.⁵⁶ En concordancia con lo anterior, Alexy señala que el núcleo de la ponderación es la *ley de la ponderación*: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.⁵⁷

De acuerdo con Alexy, la ponderación puede dividirse en tres pasos; a saber: 1) la definición del grado de afectación de uno de los principios; 2) la definición de la importancia de la satisfacción

53 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 17 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

54 Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 101-103 (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 17-18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

55 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 17-18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 529 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

56 Carlos Bernal-Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 36 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).

57 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

del otro principio; y 3) la determinación de si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro.⁵⁸

En la teoría de Alexy, la ley de la ponderación ha tenido un importante desarrollo en la *ley del peso* y en la *carga argumentativa*. La primera permite establecer el peso de cada uno de los principios en colisión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso bajo estudio.⁵⁹ La segunda permite resolver el caso, cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate; es decir, cuando los dos principios en colisión tienen igual peso.

En relación con el primer paso de la ponderación, definir el grado de afectación de uno de los principios (en adelante, principio A), Alexy ha propuesto una escala de tres rangos: leve, medio y grave.⁶⁰ La definición del grado de afectación de uno de los principios es equivalente a la determinación de la intensidad de la intervención en ese principio, según las circunstancias del caso concreto. Entonces, la intervención de una medida de la Administración en un principio puede ser catalogada como grave, media o leve para efectos del primer paso de la ponderación.

En segundo lugar, debe determinarse la magnitud de la importancia de satisfacción del otro principio (en adelante, principio B), en el caso concreto. Para lo anterior, deberá considerarse, según Alexy, la medida examinada y las consecuencias de su ejecución o inejecución en el principio B.⁶¹ En efecto, para establecer la importancia de la satisfacción del principio B, debe considerarse la magnitud (grave, media o leve) de la intervención en el principio B que generaría la no intervención (protección)

58 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

59 Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 69 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

60 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 535-536 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

61 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 536 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

del principio A; el costo para el principio B de la protección del principio A.⁶²

Finalmente, deben ponerse en relación las dos magnitudes, para determinar si la importancia de satisfacer el principio B justifica la afectación del principio A. Para lo anterior, Alexy propone utilizar la fórmula del peso, la cual permite establecer el peso del principio A en las circunstancias del caso.⁶³ Según el resultado de la fórmula (el peso relativo del principio A), la intervención en el principio A será proporcional o no.

VI. OBJECIONES A LA PROPORCIONALIDAD Y A LA PONDERACIÓN

Diversos autores han formulado numerosas objeciones a la teoría de los principios de Alexy y a la ponderación. Estas objeciones versan tanto sobre cuestiones estructurales de la teoría de los principios como sobre la metodología de aplicación de la ponderación.⁶⁴

Para efectos de este ensayo, vale la pena detenerse en las críticas que cuestionan la *racionalidad* de la ponderación. Según estas críticas, la ponderación es solo un mecanismo arbitrario y subjetivo.

62 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 537 (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

63 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 538 y ss (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

64 Para un análisis detallado de las objeciones a la teoría de los principios, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 126 y ss (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008). Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XXXVIII-XLV (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 53 y ss (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 104 y ss (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

De acuerdo con Bernal-Pulido, las tres razones por las cuales los críticos argumentan la irracionalidad de la ponderación son las siguientes: 1) la indeterminación de la ponderación; 2) la inconmensurabilidad de los principios; y 3) la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.⁶⁵ A continuación, se estudiarán los tres argumentos y las respuestas propuestas por Bernal-Pulido:

1. *La indeterminación de la ponderación*: de acuerdo con esta crítica, la ponderación carece de un concepto claro y de una estructura jurídica definida; consiste en una fórmula vacía que depende totalmente de las apreciaciones subjetivas del juez. Por lo anterior, los defensores de esta tesis sostienen que no hay criterios jurídicos determinados que garanticen la objetividad de la ponderación.⁶⁶
2. *La inconmensurabilidad de los principios*: según esta crítica, la ponderación incluye la comparación de principios que no son comparables ya que no hay una medida única para determinar el peso de los principios.⁶⁷
3. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*: de acuerdo con esta crítica, la ponderación es irracional porque no es posible predecir sus resultados puesto que estos dependen de cada caso. Para quienes

65 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XXXVIII-XLV (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 53 y ss (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

66 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XXXIX (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 53, 54 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

67 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XL (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 54, 55 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

sostienen esta posición, la ponderación sacrifica la certeza, la generalidad y la coherencia del derecho por la solución del caso particular.⁶⁸

A estas objeciones, Bernal-Pulido ha respondido que, en efecto, la ponderación no es una garantía de objetividad plena. Según ese autor, la objetividad plena solo es posible en un sistema jurídico utópico, pues las normas que establecen los principios son siempre indeterminadas.⁶⁹ Adicionalmente, esa objetividad no sería deseable en un sistema democrático, pues, por una parte, eliminaría el debate sobre la aplicación de los principios al dictarles a los poderes públicos cuál debe ser su decisión. Por otra parte, petrificaría el derecho, al imposibilitarle responder a la evolución de los problemas sociales. Según Bernal-Pulido, estas críticas son hiperracionales y, en consecuencia, irracionales.⁷⁰

Ahora, en cuanto a la primera crítica, la indeterminación de la ponderación, Bernal-Pulido ha argumentado que esta carece de sustento, pues la ponderación tiene una estructura jurídica definida, que resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga argumentativa.⁷¹ Por otra parte, el concepto de ponderación es claro en la medida en que se tiene por un mecanismo que permite establecer una relación de precedencia condicionada entre principios, según las circunstancias de cada caso.⁷²

68 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XLI (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 55 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

69 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XLV-XLVI (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

70 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XLV-XLVI (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

71 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, XLVI (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

72 Carlos Bernal-Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 65 (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado

En relación con la segunda crítica, sobre la inconmensurabilidad de los principios, Bernal-Pulido ha argumentado que la escala triádica propuesta por Alexy permite determinar la forma de comparar los principios, según la magnitud de intervención en ellos (grave, media o leve).

Por último, en relación con la tercera crítica, aquella relacionada con la imposibilidad de predecir el resultado de la ponderación, Bernal-Pulido ha argumentado que, con base en la ley de la colisión,⁷³ el resultado de la ponderación forma reglas que generan precedentes para casos posteriores. Así, en muchas ocasiones no será necesario llevar a cabo una nueva ponderación, sino que bastará aplicar el precedente anterior.⁷⁴

VII. PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

Como se señaló en la introducción de este ensayo, su propósito es proponer la aplicación de la proporcionalidad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. En consecuencia, en primer lugar, debe demostrarse que el principio de proporcionalidad es aplicable a este ámbito de la actividad estatal.

Siguiendo la terminología utilizada por Sarmiento, la determinación de los requisitos para contratar con el Estado es, en la gran mayoría de los casos, una actividad discrecional de la Administración. Si bien la ley, por lo general, establece la modalidad de contratación que debe aplicarse al cumplirse ciertos supuestos (licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa), cada entidad estatal es libre

de Colombia, Bogotá, 2007).

73 Carlos Bernal-Pulido, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales*, L (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).

74 “Las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad”. Robert Alexy, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 97 (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

de determinar los requisitos que exigirá para que particulares contraten con ella. Sin duda, lo anterior se inspira en el principio de que quien mejor conoce las cualidades con las que debe contar el particular para cumplir el fin del contrato a celebrar es la entidad contratante.

Entonces, la entidad debe limitarse a aplicar la ley o el reglamento cuando se cumplan los supuestos de hecho, por ejemplo, de la contratación directa. Si bien hay un margen de discrecionalidad al determinar si se cumplen los supuestos de hecho de la norma, lo anterior es cualitativamente distinto de la determinación de las exigencias para contratar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la contratación. Por ejemplo, por regla general, una entidad encargada de la construcción de infraestructura vial *debe* adelantar un proceso de selección mediante licitación pública para contratar una autopista, un túnel o un puente. Sin embargo, es libre para determinar qué tipo de experiencia exigir a los proponentes, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Por otra parte, siguiendo nuevamente a Sarmiento, la determinación de los requisitos para contratar con el Estado es una actividad discrecional de la Administración *que afecta la esfera jurídica de particulares*. Así, por ejemplo, al exigir para la construcción de un túnel que el proponente haya construido túneles antes, la entidad contratante está limitando los derechos de particulares que, si bien se dedican a la construcción de infraestructura, no han construido túneles. La exigencia de *haber construido túneles antes* limita el derecho de particulares a contratar con el Estado en condiciones de igualdad.

Se tiene, entonces, que la determinación de los requisitos para contratar con el Estado es una *actividad discrecional de la Administración que afecta la esfera jurídica de particulares*. Por lo anterior, el principio de proporcionalidad es aplicable en este ámbito, pues esta actividad administrativa debe ser proporcional, de tal forma que la esfera jurídica de los particulares solo se afecte en la medida en que sea *idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto*.

Como se ha visto, una de las perspectivas desde las cuales se concibe el principio de proporcionalidad, según Sarmiento, es la del *mandato*. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad opera como una guía de conducta de la Administración pública; como se ha visto, como un mecanismo orientador del buen uso de las potestades administrativas.

Que en la decisión de qué requisitos exigir para contratar con el Estado se observe el *mandato de proporcionalidad* es garantía de la legitimidad de esa decisión. Más aún, como se vio, la observancia de este mandato tiene una relación directa con el costo de la contratación, de tal forma que la proporcionalidad en los requisitos permite garantizar que no se eleven los costos de la contratación, en detrimento del interés público.

Ahora, como se ha visto, la forma de garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad es mediante la ponderación. Usualmente, en la determinación de los requisitos para contratar se produce una colisión entre principios.

Por ejemplo, si una entidad busca otorgar en concesión la construcción y operación de una autopista, podría considerar importante exigir que los proponentes tengan experiencia en concesiones. Sin embargo, esta exigencia limita el derecho de empresas de construcción de infraestructura vial de contratar con el Estado y restringe la libre competencia. Se presentaría, entonces, una colisión entre los principios de igualdad y libre competencia, según los cuales todos tienen derecho a contratar con el Estado en iguales condiciones, y el principio de selección objetiva, entendido este como el deber de la entidad contratante de seleccionar de un contratista idóneo para obtener los fines de la contratación. En este caso, construir y operar la autopista.

La aplicación de cada uno de los anteriores principios llevaría a resultados antagónicos. Así, la aplicación del principio de selección objetiva llevaría a que se exigiera experiencia en concesiones, sin importar que se estuviese excluyendo del proceso a numerosas firmas de infraestructura vial. Por otra parte, la aplicación de los principios de igualdad y de libre competencia llevaría a que no se exigiera la experiencia en concesiones y, en

consecuencia, pudiesen participar un mayor número de empresas de infraestructura vial.

La determinación de cuál de los principios debería prevalecer no puede librarse al capricho del funcionario de turno. No pueden ser las opiniones del funcionario las que decidan sobre la afectación de derechos de particulares. Por otra parte, dado que los principios son mandatos de optimización (deben realizarse en la mayor medida posible), no podrían aplicarse la igualdad y la libre competencia y descartarse la selección objetiva o viceversa. Así, no podría decidirse que, en aras de la igualdad y la libre competencia, todas las empresas de construcción de infraestructura vial pudiesen participar en el proceso de selección, lo cual sacrificaría la selección objetiva. Tampoco sería posible aplicar la selección objetiva y descartar la igualdad y la libre competencia, lo cual sacrificaría el derecho de numerosas firmas a participar en el proceso.

Como se ha visto, el principio de proporcionalidad constituye la herramienta fundamental para establecer una relación de precedencia condicionada entre principios, permitiendo así su coexistencia. Dado que no es posible aplicar uno de los principios y descartar de plano el otro, se hace necesario acudir al principio de proporcionalidad para garantizar la razonabilidad de la decisión de la administración y el mandato de optimización de los principios.

Así, siguiendo con el ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad permitiría establecer, considerando las circunstancias fácticas y jurídicas del caso en cuestión, si deben prevalecer los principios de igualdad y libre competencia o el de selección objetiva respecto de la exigencia de experiencia en concesiones.

VIII. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Para aplicar el principio de proporcionalidad, es necesario llevar a cabo el juicio de proporcionalidad que, como se ha visto, se

compone de los tres subprincipios de la proporcionalidad: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Idoneidad: este subprincipio busca garantizar que el medio escogido por la Administración sea idóneo para obtener el fin buscado. Así, en el ejemplo que se ha venido utilizando y siguiendo la categorización de medios y fines propuesta por Sarmiento, el medio sería la exigencia de la experiencia en concesiones, contenido en el pliego de condiciones del proceso de selección.

Por su parte, los fines principales serían la obtención de los fines del Estado en cuanto a la construcción de infraestructura pública de calidad. Los fines complementarios consistirían en garantizar que los proponentes cuenten con la experiencia necesaria para la construcción y operación de una autopista, bajo la modalidad de concesión y así garantizar la selección objetiva.

En el ejemplo, la medida adoptada sería idónea para obtener los fines complementarios de la entidad contratante. La exigencia de experiencia en concesiones sí garantiza el fin complementario de que los proponentes cuenten con la experiencia requerida para construir y operar la autopista y es razonable sostener que alguien que ya ha operado concesiones es idóneo para construir y operar la nueva autopista, cumpliendo así con el deber de selección objetiva.

Necesidad: este subprincipio busca preguntarse: ¿podría obtenerse el mismo fin complementario con otro requisito menos gravoso? Como lo señala Sarmiento, la medida debe ser la menos lesiva para los derechos particulares de todas las que tuvo la Administración a su disposición.

En el ejemplo de la autopista, el fin complementario es garantizar que los proponentes cuenten con la experiencia necesaria para construir y operar la autopista en concesión. El medio consiste en exigir experiencia en concesiones.

Valdría la pena preguntarse si firmas que no hayan construido y operado autopistas en concesión, pueden, sin embargo, contar con la experiencia necesaria para hacerlo. En efecto, algunas firmas pueden haber construido autopistas, bajo la modalidad

del contrato de obra, con las mismas especificaciones de la autopista que se pretende contratar. Así mismo, otras firmas pueden haber hecho el mantenimiento de autopistas con las mismas especificaciones que la autopista que se va a contratar. Otras firmas pueden haber hecho el recaudo de peajes. Otras tantas pueden haber sido subcontratistas de concesionarios y, en consecuencia, haber llevado a cabo las actividades propias de un concesionario.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que exigir experiencia en la construcción y operación de autopistas bajo la modalidad de concesión, no es *necesario* para obtener el fin de que los proponentes cuenten con la experiencia necesaria para construir y operar la autopista, bajo esa modalidad. Hay otros medios, menos gravosos para la igualdad y la libre competencia, que permiten obtener el mismo fin complementario. En consecuencia, la restricción en el derecho de igualdad y en la libre competencia no sería razonable.

Proporcionalidad en sentido estricto: si bien al haber demostrado la desproporcionalidad de la medida dado que no es *necesaria*, no tendría que continuarse con el examen de proporcionalidad, vale la pena continuar desarrollando el ejemplo.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto busca establecer si las ventajas que se obtienen con la afectación del derecho compensan los sacrificios que esta afectación implica para los titulares del derecho y para la sociedad. Como se ha visto, en este subprincipio se desarrolla plenamente la ponderación.

Según la *ley de la ponderación*: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.⁷⁵ En el ejemplo de la autopista, las ventajas que se obtendrían de satisfacer la selección objetiva tendrían que compensar los costos de sacrificar la igualdad y la libre competencia. Los

75 Robert Alexy, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 18 (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

tres pasos que ha propuesto Alexy buscan garantizar el cumplimiento de esta ley:

Definición del grado de afectación de uno de los principios: según se ha visto, Alexy ha propuesto una escala triádica para determinar cuál es el grado de afectación de un principio por la intervención de la Administración. En relación con el ejemplo, habría que preguntarse si la intervención de la Administración –a saber, exigir experiencia en la construcción y operación de autopistas en concesión– afecta de manera grave, media o leve la igualdad y la libre competencia.

Para determinar lo anterior, la Administración tendría que proyectar los efectos de su decisión. Así, si de un universo inicial de treinta firmas que podrían participar en el proceso de selección, solo cinco podrían hacerlo tras el establecimiento de la exigencia de experiencia en concesiones, podría decirse que la afectación de la igualdad y la libre competencia es grave. Si, por el contrario, veinticinco firmas podrían seguir participando, entonces se podría catalogar la intervención como leve.

Sin embargo, no sería este el único criterio. Por ejemplo, si tras establecer la exigencia, solo podrían participar las firmas que, en ese momento, operaban concesiones, entonces podría decirse que la exigencia de la Administración estaría contribuyendo a la concentración de la contratación pública y a la creación de un selecto grupo de contratistas con acceso privilegiado y exclusivo a los procesos de selección de concesiones. En ese caso, se afectaría gravemente la igualdad y la libre competencia.

Determinación de la magnitud de la importancia de la satisfacción del otro principio: el segundo paso de la ponderación consiste en determinar la magnitud de la importancia de la satisfacción del otro principio; en este caso, la selección objetiva. Según la propuesta de Alexy, para determinar lo anterior, debe considerarse la magnitud (grave, media o leve) de la intervención en la selección objetiva que generaría la protección de la igualdad y la libre competencia.

Así, replicando el ejercicio anterior, si no se exigiere la experiencia en construcción y operación de autopistas en concesión, podrían participar las treinta firmas del universo de proponentes. Sin embargo, ello *per se* no implicaría una afectación grave a la selección objetiva, pues se podrían utilizar, como se vio en el análisis de la *necesidad* de la medida, otros medios para garantizar ese fin. En consecuencia, se podría considerar que proteger la igualdad y la libre competencia, no exigiendo la experiencia en concesiones, afectaría levemente la selección objetiva.

Por otra parte, podría argumentarse que la protección de la selección objetiva, sacrificando la igualdad y la libre competencia, sería excesivamente gravosa para la sociedad, pues al limitar la competencia, probablemente el costo de la adjudicación se elevaría. En efecto, si solo unas pocas firmas pueden participar en el proceso de selección; es decir, si solo unas pocas firmas pueden ofrecer lo que la entidad está exigiendo, entonces es probable que la entidad deba pagar más para satisfacer su exigencia.

En consecuencia, las ventajas de proteger la selección objetiva no compensarán los sacrificios para la sociedad de restringir la igualdad y la libre competencia. Por tanto, la medida sería desproporcionada.

CONCLUSIÓN

La determinación de los requisitos para contratar con el Estado es una actuación discrecional de la Administración, que afecta derechos de particulares. Como tal, esta decisión no puede ser arbitraria, no puede depender de los caprichos del funcionario de turno, sino que debe estar correctamente justificada. El principio de proporcionalidad permite garantizar lo anterior.

Sin duda, el principio de proporcionalidad no es una garantía de absoluta objetividad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. Sin embargo, como se ha demostrado a lo largo de este ensayo, es una herramienta fundamental de justificación de las decisiones de la Administración. El principio permite ordenar los argumentos de los funcionarios en la toma de sus decisiones y, en consecuencia, es una garantía no solo para esos funcionarios, sino también para las personas interesadas en el proceso de selección.

Además, precisamente porque los requisitos para contratar deben adecuarse a las necesidades de la entidad contratante en el proceso específico, tampoco es deseable que la determinación de esos requisitos se haga mediante la aplicación de estrictas fórmulas matemáticas.

Por otra parte, con base en el análisis económico del derecho, la aplicación del principio de proporcionalidad conduce a la eficiencia en la asignación de los recursos públicos, lo cual refuerza la necesidad de utilizar este principio en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alexy, Robert, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (1ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed., Carlos Bernal-Pulido, trad. y estudio introductorio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).
- Bernal-Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2003).
- Bonesana, Cesare, marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2007 [1764]).
- Buchanan, James M., Tollison, Robert D. & Tullock, Gordon, *Towards a Theory of the Rent-seeking Society* (Texas A&M University Press, College Station, 1980).
- González-López, Édgar, *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios* (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- Mangas-Martín, Araceli & Liñán-Nogueras, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (5ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2006).
- Matallana-Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la administración pública* (2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho* (1ª ed., Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, SMGE, Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 1994).
- Roemer, Andrés, *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A.C., México, 2002).
- Safar-Díaz, Mónica Sofía, *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente* (1ª ed., serie Derecho Administrativo No. 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009).
- Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, un análisis jurídico desde el derecho español* (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en *El principio de proporcionalidad en el Es-*

- tado constitucional* (Carlos Bernal Pulido, trad., Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).
- Bernal-Pulido, Carlos, *Estudio introductorio*, en *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed., Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008).
- Bernal-Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).
- Morales de Setién-Ravina, Carlos Francisco, *Las bases del análisis económico del derecho, estudio preliminar*, en *Análisis económico del derecho*, 11-75 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).
- Posner, Richard A., *El enfoque económico del derecho*, en *Análisis económico del derecho*, 77-122 (Richard A. Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, catálogo Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, coedición con la Universidad de los Andes y el Instituto Pensar de la Universidad Javeriana en Bogotá, Bogotá, 2011).
- Sánchez-Gil, Rubén, *El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (Miguel Carbonell, coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

REVISTAS

- Landes, William M., *An Economic Analysis of the Courts*, 14 *Journal of Law and Economics*, 1, 61-107 (1971).

TRATADOS INTERNACIONALES

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT), abierto para la firma en la Conferencia de La Habana, Cuba, el 21 de noviembre de 1947. Entró en vigor el 1 de enero de 1948. Texto actualizado disponible en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Abierto para firma el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.ucm.es/BUCM/be/coledigi/de004.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, OPINIONES CONSULTIVAS

Corte Internacional de Justicia. *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 13 de julio de 2004, A/ES-10/273. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf.

CASOS INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Octava. *Caso Agrana Zucker GmbH contra Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*. Asunto C-309/10. Sentencia del 28 de julio de 2011. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0309:ES:HTML>.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea*. Asunto C-426/93. Sentencia del 9 de noviembre de 1995. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0426:ES:PDF>.

World Trade Organization, WTO, Committee on Trade and Environment, CTE. *United States of America v. Thailand, Cigarettes Case*. Report of the Panel adopted on 7 November 1990 (DS10/R - 37S/200). Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/90cigart.pdf.

World Trade Organization, WTO, Committee on Trade and Environment, CTE. *Venezuela and Brazil v. United States of America, Gasoline case*. Summary (WT/CTE/W/203). GATT/WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT Article XX, paragraphs (b), (d), (g). March 8, 2002. Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documents/MOduleII/GATT%20WTO%20Dispute%20Settlement%20Practice.pdf>.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-022/96, del 23 de enero de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz. Disponible en: <http://www>.

corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm.

Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-093/01, del 31 de enero de 2001. Magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-673/01, del 28 de junio de 2001. Magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-741/03, del 28 de agosto de 2003. Magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-741-03.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-230/94, del 13 de mayo de 1994. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes-Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm>.

