

Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo

Luis Arroyo Jiménez

Letrado del Tribunal Constitucional
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

*Abstract**

Durante los últimos años la referencia a la ponderación se ha convertido en una constante en la literatura académica y en la práctica de los operadores jurídicos, y lo ha hecho además sin respetar las fronteras culturales que históricamente han separado sistemas y tradiciones jurídicas bien diversas. De forma simultánea, la presencia del principio de proporcionalidad parece desbordar sus ámbitos de aplicación originarios. En el caso del Derecho administrativo, estas nuevas referencias conviven con la crisis de la comprensión tradicional de la discrecionalidad administrativa y con la creciente preocupación por salvaguardar la función directiva de aquél. A la vista de estos y de otros fenómenos, en esta contribución se analizan las relaciones entre la ponderación, la proporcionalidad y el Derecho administrativo.

In recent times balancing has become a constant feature in legal literature and practice and has spread without respecting the cultural borders that traditionally separate rather diverse legal traditions. Simultaneously, the requirement of proportionality seems to exceed its original scope of application. As for Administrative law, both developments coexist with a growing concern in keeping its directive role as well as with the crisis of the traditional understanding of discretionary powers. Bearing all this in mind, this paper explores the relation between balancing, proportionality and Administrative law.

Title: Balancing, Proportionality and Administrative Law

Keywords: Balancing, principles, rules, proportionality, Administrative Law, discretionary powers

Palabras clave: Ponderación, principios, reglas, proporcionalidad, Derecho administrativo, discrecionalidad

* Este trabajo fue presentado en el seminario anual (2008) sobre “Métodos y técnicas en el Derecho administrativo” celebrado en la Universidad de Castilla-La Mancha, cuyas contribuciones serán objeto de próxima publicación en L. ORTEGA ÁLVAREZ y S. DE LA SIERRA MORÓN (Dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, 2009, en prensa.

Sumario

1. Introducción
2. Ponderación y principios
3. El concepto de ponderación
4. La corrección de la ponderación
5. Ponderación y proporcionalidad
6. La extensión de la proporcionalidad
7. Ponderación y Derecho administrativo
8. Bibliografía

1. Introducción

Durante los últimos años la referencia a la ponderación se ha convertido en una constante en la literatura académica y en la práctica de los operadores jurídicos. La presencia de la ponderación se ha extendido, además, sin respetar las fronteras culturales que históricamente han separado sistemas y tradiciones jurídicas bien diversas. Vivimos, en definitiva, “*in the age of balancing*”¹, en un “*Abwägungstaat*”², o, si se prefiere, bajo el paradigma de la ponderación³. Y, pese a todo, el uso que los juristas hacemos de este concepto no sólo no es siempre uniforme, sino que parece francamente desordenado. Entre las acepciones con las que suele utilizarse esta expresión pueden destacarse, al menos, las dos siguientes, aunque es probable que la separación entre ambas no sea perfectamente hermética.

En primer lugar, de acuerdo con una acepción amplia la ponderación alude a la actividad consistente en tomar en consideración simultáneamente exigencias que presionan en sentidos opuestos. Ponderar equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza. Probablemente sea éste el significado que deba atribuirse a la expresión ponderación cuando es utilizada por el art. 4.1 b) de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), en cuya virtud éstas deberán «ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones». Los entes y órganos administrativos están obligados, por tanto, a tomar en consideración la totalidad de los intereses afectados por su actividad, incluso cuando no se trate de intereses cuya tutela les haya sido normativamente encomendada, y para ello habrán de valorar las exigencias de sentido opuesto que se deriven de esos intereses públicos en relación con cada decisión que adopten. En este mismo sentido utiliza la expresión el art. 130.2 de la Ley 19/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), que dispone que la «medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

En una segunda acepción, que podemos denominar estricta, la ponderación es un método para la resolución de ciertas antinomias, que, además, está lo suficientemente caracterizado como para que su empleo sea utilizado de ordinario como un criterio que permite distinguir entre dos categorías de normas, como son los principios y las reglas. De este modo, el concepto de ponderación recibe un significado más preciso en el ámbito de la teoría del Derecho, donde sirve como pasarela entre dos de sus ámbitos de reflexión característicos: la teoría de la interpretación

¹ La expresión es de ALEINIKOFF (1987).

² El término ha hecho fortuna en Alemania. Véase ERBGUTH, OEBBECKE, RENGELING y SCHULTE (Hrsg.) (1996); LEISNER (1997); PACHE (2001); HOFMANN (2007).

³ Véase, con ulteriores referencias, DE LA SIERRA MORÓN (2004, pp. 315 ss.)

y la teoría de las normas. Un ejemplo de la atribución al término ponderación de este segundo significado estricto podría ser la constatación de que se ha realizado una «ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, de una parte, el derecho fundamental a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia católica (art. 16.1 CE), en relación con el deber de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.3 CE) y, de otra parte, los derechos fundamentales del recurrente en amparo a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), en relación con la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]» (STC 128/2007, de 4 de junio, FJ 12); o bien la afirmación en virtud de la cual la prohibición de la tortura «se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

En cualquier caso, es preciso subrayar que la ponderación, lejos de representar una novedad aislada en la metodología jurídica del presente, es un ingrediente más dentro de una paleta con la que se está diseñando una nueva forma de aproximarse al Derecho, a partir de la constatación, verdaderamente capital a estos efectos, de que las Constituciones contemporáneas están integradas por un conjunto numeroso y heterogéneo de determinaciones de carácter material que, por una parte, no se relacionan entre sí a partir de órdenes de jerarquía abstracta y, por otra parte, que generan un efecto irradiación sobre el resto del sistema jurídico. Además, el Derecho contemporáneo, y muy especialmente el Derecho constitucional, opera de facto como un sistema en el que todo tiene cabida y nada parece poder salir⁴. De todo ello pueden destacarse, al menos, tres consecuencias. En primer lugar, la ponderación se revela en esta nueva situación como un método para resolver, desde luego no todos, pero sí buena parte de los conflictos que integran esas normas. En segundo término, la alternativa tradicional entre iusnaturalismo, realismo y positivismo jurídicos se enriquece y hace más compleja de la mano de la doctrina del neoconstitucionalismo, cuyo impacto sobre las formas tradicionales de aproximarse al Derecho no ha sido todavía aclarado⁵. En tercer lugar, en un contexto más confuso como es el descrito, el conocimiento y la determinación del Derecho dejan de responder a un modelo geográfico, en beneficio de un modelo de argumentación⁶.

En esta contribución pretendo analizar las relaciones entre la ponderación, la proporcionalidad y el Derecho administrativo, y para ello trataré, en primer lugar, de caracterizar de forma más

⁴ A propósito de la reciente evolución del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, J. BAQUERO CRUZ ha señalado con perspicacia que el resultado al que conduce se asemeja a la imagen del “espacio basura”, acuñada por Rem KOOLHAAS: si la basura espacial, dice el arquitecto holandés, son los desechos humanos que ensucian el universo, el espacio basura es el residuo que el ser humano deja sobre el planeta, el coágulo que resulta de la materialización del proyecto de la modernidad, en el que, entre otras cosas, la jerarquía es sustituida por la acumulación. Véase BAQUERO CRUZ (2008); KOOLHAAS (2007).

⁵ Véase GARCÍA FIGUEROA (2009).

⁶ Véase PRIETO SANCHÍS (2004); PRIETO SANCHÍS (2009).

precisa el concepto estricto de ponderación (*infra* 2 y 3), así como algunos de los presupuestos de corrección del tipo de discurso al que alude (*infra* 4), para, posteriormente, centrarme en las relaciones entre la ponderación y el principio de proporcionalidad (*infra* 5 y 6), y concluir con algunas reflexiones acerca del papel que la ponderación está llamada a desempeñar el Derecho administrativo contemporáneo (*infra* 7).

2. Ponderación y principios

La ponderación es, efectivamente, uno de los criterios empleados para delimitar conceptualmente la categoría de los principios frente a la de las reglas, entendidas ambas como clases o tipos diferentes de normas jurídicas. En una de sus más conocidas caracterizaciones, que se sigue aquí a efectos expositivos, R. ALEXY ha señalado que el elemento que permitiría individualizar los principios sería su condición de mandatos de optimización, esto es, la de ser normas que ordenan algo en la mayor medida posible. De este modo, los principios «están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de[be] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible»⁷. Los principios se diferenciarían de las reglas en virtud de su condición de mandatos de optimización, esto es, por tratarse de normas fragmentarias en cuanto a su consecuencia jurídica, susceptibles tan solo de un cumplimiento gradual.

La gradualidad es, por tanto, una nota característica de los principios, cuando no, precisamente, la propiedad que más intensamente determina su comportamiento dentro del sistema. Tal y como ha señalado A. GARCÍA FIGUEROA⁸, la idea de cumplimiento gradual puede referirse a dos cuestiones: primero, a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma – gradualidad como intensidad en la aplicación–; y, segundo, a la frecuencia con la que ese principio se impone frente a otros con los que entra en conflicto –gradualidad como frecuencia en la aplicación–. Esto es, los principios admiten un cumplimiento gradual porque se aplican en mayor o en menor medida, o porque se aplican más o menos frecuentemente. Mientras que, en el primer supuesto, la gradualidad alude al hecho de que un mandato pueda cumplirse en cada caso con una mayor o menor exigencia, en el segundo la gradualidad de los principios no se traduce en la intensidad de la satisfacción del mandato que incorporan, sino en la frecuencia variable con la que desplazan a otros principios. Esta segunda dimensión de la gradualidad de los principios alude al hecho de que algunas normas, aún siendo válidas, no se aplican con carácter constante, sino que, cuando entran en conflicto con otras normas, algunas veces se aplican y otras no.

⁷ ALEXY (1993, pp. 86 ss.)

⁸ GARCÍA FIGUEROA (1998, pp. 189 ss.)

En ambos casos, la gradualidad remite en principio a una circunstancia que sólo se producir después, y no antes, de identificar un conflicto entre esa y otra norma. Dicho de otro modo, frente a lo que sostienen voces tan autorizadas como R. DWORKIN, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO o el propio R. ALEX⁹, parece que la de principio no es una propiedad estructural o morfológica, sino una condición de carácter relativo, que surge en el seno de un conflicto internormativo y que alude al modo en que éste se resuelve. La gradualidad, sostiene A. GARCÍA FIGUEROA, se refiere «a la necesidad de una ponderación de las diversas normas antes de su aplicación al caso concreto»¹⁰. Por la misma razón, la distinción entre los principios y las reglas «no aludiría a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas»¹¹. De lo cual se deriva que no es tanto que los principios, por poseer su enunciado normativo ciertas propiedades estructurales, sean normas que deban ser ponderadas, cuanto que las normas que se ponderan reciben el nombre de principios.

3. El concepto de ponderación

Con independencia de que la diferencia entre principios y reglas tenga su origen en el plano de la estructura normativa, o en el proceso de interpretación y aplicación de ambas clases de normas, lo que sí parece claro es que es este segundo, el del conflicto y su resolución, el escenario en el que se manifiestan las consecuencias de la gradualidad de los principios y en el que cobra relevancia la ponderación. El propio R. ALEX¹² considera que los principios y las reglas se diferencian en el tipo de discurso utilizado para resolver los conflictos internormativos¹², que surgen cuando dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios.

Los conflictos de reglas se resuelven mediante el establecimiento de una relación de preferencia en favor de una de ellas y en perjuicio de la otra, que puede calificarse como incondicionada en la medida que se enuncia en abstracto, de modo que, por muchas que sean las veces en que se plantee dicho conflicto, siempre habrá de resolverse de la misma manera. Una relación de ese tipo puede establecerse, bien declarando inválida alguna de esas reglas, o bien declarando la existencia en alguna de ellas de una cláusula de excepción en beneficio de la otra. Lo primero se produce, por ejemplo, por aplicación del principio cronológico, del principio de jerarquía normativa o del principio de competencia. La declaración de la existencia en una de las reglas de una cláusula de excepción, a su vez, puede producirse por aplicación del principio de especialidad, por el empleo de técnicas como la disociación¹³ o mediante estrategias más o menos

⁹ Sobre este debate véase, ampliamente, PRIETO SANCHÍS (1993); ATIENZA y RUIZ MANERO (1996).

¹⁰ GARCÍA FIGUEROA (1998, p. 192).

¹¹ PRIETO SANCHÍS (1998, p. 52).

¹² ALEX¹² (1993, pp. 86 s.)

¹³ Véase GUASTINI (2008, p. 62).

refinadas de creación de lagunas¹⁴. Sea como fuere, lo característico de los conflictos entre reglas es que se resuelven en una determinada dirección con carácter constante: si una de ellas ha sido dictada por un sujeto incompetente es inválida y, tras la correspondiente declaración, es expulsada del ordenamiento. Y si otra dispone con carácter general algo que otra exceptúa para un supuesto especial, aún sin ver afectada su validez, aquella primera norma verá cómo el conflicto con la segunda se resuelve siempre a favor de esta última.

Por el contrario, las colisiones de principios se caracterizan por que en unas ocasiones se resuelven a favor de uno y en otras del otro. La ponderación es, precisamente, el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada. Se debe también a R. ALEXY la denominada ley de colisión, en virtud de la cual las circunstancias que integran la condición de la relación de precedencia son el presupuesto de hecho de una regla cuya consecuencia jurídica es el juicio de deber ser que se deriva del principio precedente. De este modo, la resolución de una colisión de principios a través de la ponderación, es decir, mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada, implica la creación de una nueva norma en virtud de la cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia. En definitiva, la ponderación es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas. El concepto de ponderación propuesto por R. ALEXY se articula, así, en un doble nivel. Para poder resolver un conflicto de principios es necesario obtener previamente una norma que, al no necesitar ya ser ponderada, pueda integrar sin más la premisa mayor de un juicio de subsunción. La ponderación es, precisamente, la técnica de argumentación jurídica que permitiría pasar de un nivel a otro mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada. De igual modo, si los principios son normas que se ponderan, las reglas pueden entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada.

De esta sucinta descripción conviene destacar dos cuestiones: la primera alude a la naturaleza del juicio de ponderación y la segunda se refiere a sus límites. En primer lugar, es necesario distinguir entre el juicio de ponderación en cuanto tal y otros tipos de argumentación que se concretan más bien en la aplicación a un caso del resultado de una ponderación previamente realizada. En efecto, si ponderar es establecer una relación de preferencia condicionada, debe entonces concluirse que el resultado de este procedimiento es un acto de producción normativa, es decir, un acto-fuente en sentido estricto. Así se deriva, por otra parte, de la enunciada ley de colisión, en virtud de la cual el resultado de la ponderación es la creación de una regla. La ponderación tiene, por tanto, una dimensión creativa que convierte a este tipo de discurso en un método decisorio en contextos gobernados por principios contrapuestos¹⁵. F. VELASCO ha

¹⁴ Véase CARRASCO PERERA (1996).

¹⁵ PRIETO SANCHÍS (2001).

subrayado también que la ponderación es una forma de poder decisorio¹⁶, y a esta circunstancia se refiere asimismo R. GUASTINI al afirmar que la naturaleza de la ponderación no es propiamente interpretativa, puesto que su sentido no es tanto atribuir un significado a las disposiciones que expresan los principios que integran la colisión –una operación ésta que habrá debido realizarse previamente–, cuanto emitir un juicio de valor comparativo cuyo resultado es la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión¹⁷.

El carácter creativo del juicio de ponderación se pone claramente de manifiesto allí donde el resultado de la ponderación es una disposición general o una sentencia constitucional de carácter interpretativo, pero también está presente en la regla creada para un caso concreto por el juez ordinario o por la Administración¹⁸. Sin embargo, lo que también se deriva de esta dimensión creativa o decisoria de la ponderación es que la cuestión de quién esté llamado a resolver las colisiones entre principios no es irrelevante desde el punto de vista del reparto de poderes entre los diversos integrantes del sistema institucional y de los principios que la presiden. Dicho en otros términos: la necesidad de resolver una antinomia mediante la ponderación es algo que se encuentra en función de las características de las normas que la integran y no de la posición del operador en el sistema, pero ésta última sí determina el modo y los límites conforme a los que cada uno de ellos puede hacerlo.

Lo cual nos conduce a la segunda de las cuestiones señaladas. Si la norma que surge como resultado de la ponderación es una regla, ello implica que, de entrar en conflicto con otras, no parece que este conflicto deba ser resuelto a través la ponderación, sino mediante una relación de preferencia incondicionada. Esto plantea el problema de si la existencia de una regla vigente y aplicable al caso precluye o no el replanteamiento del conflicto en el nivel de los principios. Un ejemplo de este proceder lo proporciona A. GARCÍA FIGUEROA al referirse al supuesto en el que un juez admita excepciones a la regla que dispone que «[n]o se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad» (art. 582 CC), en atención al principio constitucional según el cual «[t]odos los españoles tienen derecho a una vivienda digna» (art. 47 CE)¹⁹. De admitirse tal posibilidad, como hace el propio A. GARCÍA FIGUEROA, la primera regla citada habría de reformularse en el sentido siguiente: «[n]o se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, excepto cuando ello infrinja el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada». Como puede observarse, una norma originariamente formulada como regla se habría convertido en un principio como consecuencia de la necesidad de tomar en consideración principios de sentido opuesto a aquellos a los que ésta servía (en nuestro ejemplo, la propiedad privada, el derecho a la intimidad, etc.). A.

¹⁶ VELASCO CABALLERO (2009).

¹⁷ GUASTINI (2008, p. 91).

¹⁸ Véase GARCÍA FIGUEROA (2009, p. 7).

¹⁹ GARCÍA FIGUEROA (2009).

GARCÍA FIGUEROA no solo admite esta posibilidad, sino que la considera, incluso, generalizable en los Estados constitucionales contemporáneos, en los que «no pueden existir reglas propiamente dichas. Desde el momento en que tenemos una Constitución como la de 1978, toda norma queda *expuesta* al efecto irradiación (*Austrahlungswirkung*) de las normas constitucionales y ello significa que queda cancelada su presunta naturaleza de regla», esto es, su no derrotabilidad. Este planteamiento conduciría, en definitiva, a admitir que la aplicación de cualquier regla puede ser evitada en el caso concreto mediante el replanteamiento del conflicto entre principios que subyace a su objeto, y con ello, en palabras del propio A. GARCÍA FIGUEROA, a la conclusión de que la distinción entre principios y reglas sería más bien “ilusoria”, porque las segundas también serían derrotables. A. CARRASCO PERERA ha señalado con acierto que la admisión de este modo de proceder conduce a la estricta nivelación del sistema de fuentes a través de la disolución del principio de jerarquía²⁰, puesto que cualquier regla de rango inferior a la Constitución podría verse desplazada en su aplicación como consecuencia de la necesidad de replantear el conflicto que subyace a la misma en el nivel de los principios y, eventualmente, de resolverlo en el caso concreto en un sentido diferente al que aquella expresa. Acaso quepa preguntarse si no es contra este planteamiento, que constituye una significativa manifestación de la liquefacción postmoderna del sistema jurídico²¹, contra el que se dirigen algunas de las críticas vertidas sobre la ponderación.

A mi juicio, los obstáculos a esta deriva no proceden de la doctrina de la ponderación, ni, en general, de la teoría del Derecho, sino más bien de la doctrina del Derecho constitucional. Si se toma en consideración la dimensión creativa de la ponderación, y, en particular, el hecho de que su resultado constituya una regla creada por un operador jurídico que ocupa una determinada posición en el sistema institucional, se entiende que dicha regla no pueda ser desconocida por otros operadores sino en función de cuál sea la posición que éstos ocupen en el mismo sistema. En efecto, según cuáles sean las posiciones respectivas de ambos operadores en el seno del sistema institucional, la eventual reapertura de la colisión entre principios resuelta mediante el establecimiento de la regla controvertida podría poner en cuestión principios de carácter estructural que, en su caso, operarían como razones opuestas a la reapertura del conflicto o, para ser más exactos, a su resolución mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada de sentido diverso al propio de la regla aplicable. Así ocurriría en el caso de que la resolución de dicho conflicto estuviera encomendada normativamente al sujeto que realizó el juicio de ponderación original –en virtud, por ejemplo, de principios como el de reserva de Ley o el de competencia–, o sustraída del ámbito decisorio del órgano que pretende reabrir la colisión en el nivel de los principios –por ejemplo, si un Tribunal pretendiera determinar el contenido de los actos administrativos discrecionales por él anulados, en contra de lo que dispone el art. 72 LJCA–. En definitiva, con independencia de la valoración que merezca el planteamiento de A. GARCÍA FIGUEROA desde los ámbitos de la teoría de las normas y de la interpretación, no creo que cualquier colisión de principios previamente resuelta mediante una ponderación ajena pueda ser

²⁰ CARRASCO PERERA (1996).

²¹ La imagen de la liquidez contemporánea frente la vocación de solidez que ha caracterizado al mundo moderno se debe a BAUMANN (2000).

reabierto, puesto que la regla que expresa su resultado bien puede imponerse al operador que pretendiera hacerlo en función de cuáles sean sus posiciones respectivas en el contexto institucional de que se trate. En palabras de R. ALEXY, «[u]n principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. Además tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Estos principios serán llamados “principios formales”. Cuanto mayor peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas»²².

4. La corrección de la ponderación

De acuerdo con la caracterización realizada en la sección precedente, la ponderación es una forma de discurso jurídico dirigida a resolver un tipo de antinomias y presenta una dimensión creativa o decisoria. Sin embargo, frente a lo que en ocasiones se afirma, de esto último no se deriva que el juicio de ponderación no sea jurídicamente racionalizable. Los esfuerzos por reducir a Derecho la ponderación se han proyectado tanto sobre la estructura del juicio de ponderación, es decir, lo que podemos llamar la ponderación como procedimiento decisorio, como sobre las exigencias de corrección que debe satisfacer el producto del juicio ponderativo, esto es, lo que se ha llamado la ponderación como resultado. Sin perjuicio de la relevancia de la primera cuestión²³, pretendo centrarme aquí en la segunda, con la finalidad de identificar algunos presupuestos de corrección del resultado de un juicio de ponderación.

Con carácter preliminar, sin embargo, conviene destacar dos propiedades generales de estas exigencias. De una parte, su proyección difícilmente conducirá a la identificación de una única solución correcta. Si en el contexto de la interpretación de enunciados normativos ésta última solo es admisible, acaso, como ideal regulativo, menos aún habrá de serlo en un juicio de ponderación, que no consiste (aunque lo presuponga) en atribuir un significado a una disposición, sino en resolver una antinomia mediante una decisión esencialmente innovadora. En efecto, se ha dicho que, mientras la subsunción trabaja con las reglas de la lógica, la ponderación lo hace con las de la aritmética²⁴. Sin embargo, tanto en uno como en otro caso las limitaciones del contexto conducen a que esas reglas operen como instrumentos de persuasión. Por otra parte, los parámetros que se señalan a continuación en modo alguno presentan carácter exhaustivo, puesto que, además de tener en consideración otros posibles criterios específicos de la ponderación, también puede recurrirse aquí a las reglas generales de la argumentación jurídica. Vaya por delante, en definitiva, que las técnicas que se identifican a continuación no son sino algunos, los

²² ALEXY (1993, p. 101).

²³ Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 117 ss.).

²⁴ MORESO (2007, p. 230).

más importantes, de los mecanismos de control del resultado de la ponderación.

En primer lugar, el propio R. ALEXY ha identificado la denominada ley de la ponderación, que puede ser formulada del modo siguiente: cuanto mayor es el grado de afectación –en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción– del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente²⁵. Es éste un criterio de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no resuelve mecánicamente la cuestión de cuáles sean los grados aceptables. En efecto, la determinación de la importancia relativa que en cada caso puedan ambos presentar, es en último término una decisión extrasistemática en la que se incorporan elementos valorativos, solo hasta cierto punto racionalizable mediante reglas formales referidas al procedimiento y a su resultado. Por esta razón, no creo que de la ley de la ponderación puedan derivarse criterios positivos de control. Sin embargo, que presente una dimensión exclusivamente formal no significa que sea una regla vacía, ya que sí nos indica qué es lo que hay que argumentar: la proporcionalidad de la relación entre el grado de perjuicio del principio desplazado y el grado de satisfacción del principio de mayor peso. J. M^a. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO lo ha expresado con claridad al afirmar que la ley de la ponderación «no supone criterio alguno con el que, en la generalidad de los casos, se llegue a soluciones por vía lógico-deductiva, ni contiene en sí contenido material con ayuda del cual se puede decidir, pero sí constituye un apoyo que hace ganar al método de la ponderación en racionalidad»²⁶.

Por otro lado, conviene tener en cuenta que la ley de la ponderación no es un punto de llegada sino de partida, esto es, a través suyo pueden obtenerse, en el marco del juicio de control de las ponderaciones, criterios más precisos y adecuados al tipo de colisión entre principios de que se trate. Siendo el producto del desarrollo de la actividad consistente en controlar el resultado de las ponderaciones ajenas, estos criterios irán siendo más nutridos y apropiados a las características peculiares del contexto a medida que dicha actividad se desarrolla y perfecciona. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha utilizado diversas formulaciones del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el ámbito de su aplicación a medidas restrictivas de derechos subjetivos en función de bienes colectivos, que pueden entenderse como concreciones de la ley de la ponderación: cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación de la posición jurídica de los individuos más importante deberán ser los intereses generales que persigue dicha regulación; cuanto mayor sea la importancia de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar esos intereses una limitación de un derecho fundamental; o cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, más cuidadosamente deberán ser tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva, etc.²⁷. Sin perjuicio de volver luego sobre esta cuestión, puede adelantarse ya que, según se deriva de estos estándares, la denominada ley de la ponderación es un criterio para determinar la validez del resultado de una ponderación que se encuentra conceptualmente

²⁵ La definición de ALEXY (1993, p. 161) no difiere de ésta en lo sustancial.

²⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, p. 136).

²⁷ Véase GAVARA DE CARA (1994); BERNAL PULIDO (2008).

vinculado al principio de proporcionalidad.

Junto a la ley de la ponderación, es también posible reducir la complejidad y, con ello, aumentar la racionalidad de este tipo de discursos de justificación mediante el previo establecimiento de «prioridades *prima facie* que determinen la carga de la argumentación sobre algunos principios en favor de otros»²⁸. Al igual que ocurre en el caso de la ley de la ponderación, las relaciones de preferencia señaladas presentan una vinculación especial con el principio de proporcionalidad, cuya aplicación como criterio de actuación y control presuponen. En efecto, al identificar relaciones del tipo regla general/excepción, este tipo de criterios permite estructurar el proceso de argumentación que se deriva de aquél. Por lo demás, el origen y el alcance de estas relaciones de preferencia *prima facie* pueden llegar a ser muy heterogéneos, tal y como muestra la siguiente propuesta de tipificación que, por supuesto, no pretende tener carácter exhaustivo.

En primer lugar, es frecuente recurrir al efecto a principios extrasistemáticos²⁹, es decir, a construcciones de filosofía moral y política que se consideran subyacentes al orden constitucional. El propio R. ALEXY ha sostenido la existencia de una relación de este tipo en favor de los derechos individuales ("*individuelle Rechte*") frente a los bienes colectivos ("*kollektive Güter*")³⁰, lo cual no es sino una forma de explicar en base a su teoría de la ponderación una versión puramente formal-individualista de la máxima *pro libertate*, en virtud de la cual sólo la restricción de la libertad negativa precisaría una justificación constitucional, mientras que la falta de tutela de intereses públicos o de la dimensión material de la libertad y de la igualdad constitucionales serían estrictamente inocuos desde la perspectiva de la distribución de la carga de la argumentación.

En segundo lugar, es relativamente frecuente buscar para estas relaciones de preferencia *prima facie* un anclaje constitucional mediante la justificación de una relación de adscripción a alguna determinación constitucional de carácter material como pudieran ser, por ejemplo, los valores superiores a los que se refiere el art. 1.1 CE. La dificultad específica que plantea esta operación en el marco de Constituciones como la española reside en que en su seno coexisten determinaciones materiales de signo muy diverso que se caracterizan, precisamente, por carecer de un orden de jerarquía abstracta. L. PAREJO ALFONSO ha propuesto ventilar la tensión entre los principios de libertad-Estado de Derecho e igualdad-Estado social, en función de los caracteres del objeto de la actuación del poder público, a través de una interpretación sistemática del art. 1.1 en relación con el art. 10.1 CE, en virtud de la cual la relación de preferencia *prima facie* beneficia a unos o a otros de los principios que integran la colisión según que el objeto de la actuación estatal se aproxime más al núcleo íntimo de la dignidad de la persona, en el que la garantía de un espacio de autonomía es tanto más necesaria para proteger la dignidad individual, o bien se aleje del mismo para adentrarse en el ámbito de ejercicio de los derechos constitucionales que más intensamente

²⁸ GARCÍA FIGUEROA (1998, p. 194).

²⁹ Véase PRIETO SANCHÍS (1993, p. 146).

³⁰ ALEXY (1995, pp. 260 ss.).

afectan a las relaciones socioeconómicas, en cuyo caso la preferencia *prima facie* beneficiaría a los principios constitucionales a cuya integridad sirve la actuación positiva del Estado³¹. En cualquier caso, cualquier propuesta de este orden debe huir de apriorismos y ser lo suficientemente flexible como para dar cuenta de la complejidad material de las Constituciones contemporáneas. Quizás deba por ello rechazarse toda relación de preferencia *prima facie* que se establezca con independencia del ámbito de actuación del poder público; sólo los criterios elaborados sobre la base de las características de este último se encuentran en condiciones de atender la demanda de flexibilidad que presenta el método de la ponderación.

En tercer lugar, estas relaciones también pueden ser creadas por los operadores jurídicos en el ejercicio del mayor o menor margen decisorio que les corresponda en función de su posición en el marco del sistema institucional. Efectivamente, frente a las identificadas o propuestas por la doctrina, las relaciones de preferencia *prima facie* establecidas por el legislador presentan una doble virtualidad. De una parte, operan como instrumento de racionalización de las ponderaciones que corresponden a los operadores jurídicos sujetos al principio de vinculación a la Ley, esto es, la Administración pública y a la jurisdicción. Y, de otra parte, articulan procesos de dirección política de las ponderaciones realizadas por estos operadores, cuya legitimidad democrática se ve así fortalecida³².

Por último, no es infrecuente que este tipo de relaciones de preferencia *prima facie* se incorporen a un ordenamiento desde otros sistemas jurídicos que, de maneras diversas, afectan o inciden en el primero. Un ejemplo reciente, procedente del Derecho ambiental comunitario europeo, es el denominado principio de precaución (arts. 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea y 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que permite, precisamente, invertir la máxima *pro libertate* en determinados supuestos en los que el estado de la ciencia no alcanza a demostrar que una actividad genera un riesgo no tolerable, pero tampoco permite excluirlo³³.

5. Ponderación y proporcionalidad

La ley de la ponderación y las relaciones de preferencia *prima facie* ponen de manifiesto la relevancia del principio de proporcionalidad en el marco de la justificación de los juicios ponderativos, un asunto éste en el que conviene detenerse ahora³⁴. La de las relaciones entre la ponderación y el principio de proporcionalidad no es una cuestión en absoluto clara. Por un lado,

³¹ PAREJO ALFONSO (1984, pp. 60 ss.). Para un desarrollo ulterior de esta propuesta, permítase la remisión a ARROYO JIMÉNEZ (2004, pp. 205 ss.).

³² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 163 ss.).

³³ Sobre el sentido y los límites del principio de precaución, véase ESTEVE PARDO (2006, pp. 201 ss.).

³⁴ Sobre el principio de proporcionalidad, véase, entre otros, BARNÉS VÁZQUEZ (1994 y 1998); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO(2000); GONZÁLEZ BEILFUSS (2003); SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2004); BERNAL PULIDO (2008).

no es infrecuente que se presenten como procedimientos alternativos³⁵, a los que en ocasiones se les asignan orígenes diversos y funciones características en el marco del análisis comparado³⁶. Por otro lado, sin embargo, también suelen presentarse como denominaciones concurrentes de un mismo método, cuando no se afirma que uno de ellos forma parte del otro. Así, mientras que algunos autores sostienen que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se encuentran los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad³⁷, también es habitual afirmar que el control de proporcionalidad culmina con el test de la proporcionalidad en sentido estricto, en el marco del cual se realizaría propiamente la ponderación³⁸. Es probable que esta oscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación. A ello también podrían contribuir las limitaciones del análisis doctrinal de estos fenómenos, que de ordinario se centra en la descripción del uso que de ambos conceptos realizan los Jueces y Tribunales y solo en menor medida adopta una vocación normativa. Esta última es, sin embargo, la finalidad que aquí se pretende.

Una adecuada disección de las relaciones entre ponderación y proporcionalidad exige adoptar como punto de partida la constatación de que estas dos técnicas entran en juego en contextos diferentes. En efecto, ponderación y proporcionalidad no son instituciones homogéneas, y por ello no pueden plantearse como alternativas. Por un lado, la primera es un método decisorio característico de determinados contextos normativos, caracterizados, según se ha señalado, por la preexistencia de un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada. Por otro lado, la segunda es esencialmente un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada. La propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquél que desarrolla el juicio de control.

Lo anterior no excluye, sin embargo, que el control de proporcionalidad pueda ser ejecutado *ex ante* con una finalidad prospectiva por el sujeto llamado a adoptar la medida. En este caso, el mismo sujeto que adopta la decisión aplica el principio de proporcionalidad con el fin de anticipar cuál habría de ser el resultado de dicho juicio de control y, en particular, si la medida por él proyectada se encuentra o no en condiciones de satisfacerlo. En definitiva, no es extraño, y quizás debería serlo aún menos, que quien adopta la medida anticipe preventivamente el (auto)control de proporcionalidad. Probablemente sea éste el supuesto del que parten quienes afirman que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se

³⁵ Por ejemplo, en cuanto al control de las medidas restrictivas de la autonomía local, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2003); En el mismo sentido se pronuncia VELASCO CABALLERO (2009).

³⁶ Para un estudio comparado, véase STONE SWEET y MATHEWS (2008).

³⁷ PRIETO SANCHÍS (2001); PRIETO SANCHÍS (2009).

³⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 105 ss.).

encuentra el principio de proporcionalidad. Y de la misma manera, el sujeto titular de la función de control, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad sobre una medida adoptada por otro sujeto, ha de ponerse también en la posición de éste último para verificar, entre otras cosas, que la medida no es manifiestamente innecesaria ni genera un sacrificio manifiestamente excesivo o desproporcionado en sentido estricto. Al igual que en el caso anterior, es posible que aludan a esto quienes sostienen que la ponderación es una parte del test de proporcionalidad.

Sin embargo, por más saludable que resulte la proyección *ex ante* del juicio de proporcionalidad, y por más necesario que resulte para quien controla las decisiones ajenas ponerse en el lugar de quien las adopta, no conviene perder de vista que el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control. Se trata, por tanto, de instituciones funcionalmente heterogéneas. Sin embargo, conforme a la opinión que aquí se mantiene, ambas están estrechamente relacionadas entre sí en los términos siguientes: por un lado, la comprobación de la corrección de una relación de precedencia condicionada comprende la aplicación del principio de proporcionalidad a la regla que expresa el resultado de la ponderación; por otro lado, el control de proporcionalidad de una medida que afecte negativamente a un principio implica el control de la corrección de una ponderación previa, ya realizada, entre ese principio y aquél al que sirve la medida.

6. La extensión de la proporcionalidad

Lo dicho acerca de las relaciones entre el método de la ponderación y el control de proporcionalidad plantea el problema de cuál es el ámbito de aplicación del segundo, cuestión a la que se dedican las reflexiones que siguen a continuación. La pregunta acerca de qué decisiones de los poderes públicos han de satisfacer el principio de proporcionalidad ha recibido diversas respuestas por parte de la doctrina científica y jurisprudencial, que pueden sistematizarse en tres categorías. La primera, que podemos denominar posición estricta, pretende mantener el principio de proporcionalidad en su ámbito de aplicación originario, conformado por los Derechos de policía y sancionador, extendiéndolo, a lo sumo, a aquella parte de la intervención del poder público de la cual aquél representa una concreta manifestación. En el primer caso, el principio de proporcionalidad constituiría un estándar de control de la actividad estatal de intervención sobre las libertades constitucionalmente reconocidas. En la segunda variante, el principio se aplicaría sobre todas las limitaciones de la libertad general de acción de los individuos o, en otros términos, de la dimensión externa del principio de autonomía moral. Así, por ejemplo, J. M^a. Rodríguez de Santiago lo considera aplicable a la «intervención estatal en ámbitos de autodeterminación individual», es decir, a los supuestos en los que se manifiesta la tensión entre el poder público y la libertad negativa del ciudadano³⁹. A diferencia de la primera variante, el principio de proporcionalidad se proyectaría aquí sobre toda la actuación pública de limitación o intervención de la actividad de los particulares, con independencia de que la concreta posición jurídico-

³⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, p. 110).

subjetiva de libertad limitada encuentre o no una protección específica en una disposición constitucional expresa⁴⁰. En la actualidad, esta segunda versión de la posición estricta parece ser la más extendida. No obstante, la diferencia entre ambas se difumina si se entiende que, junto a las normas constitucionales que reconocen concretas posiciones jurídicas de libertad, la Constitución incorpora al sistema, con el rango que le es propio, un derecho general de libertad. Éste es el caso del art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional Federal⁴¹, o de la construcción propuesta en España por L. Prieto a propósito de la norma de clausura del sistema de libertades⁴².

Todavía dentro de esta primera posición estricta es posible realizar a su vez otra distinción en atención al tratamiento que recibe el problema del fin que persigue la limitación objeto de control. Según algunos autores, el principio de proporcionalidad sólo se proyectaría sobre las medidas del poder público restrictivas de la libertad individual que pretendan garantizar o proteger bienes o intereses colectivos, entendiendo por tales, fundamentalmente, directrices jurídicas que expresan decisiones políticas en beneficio de la colectividad ("*policies*", "*kollektive Güter*"). Éste es el planteamiento que parece compartir J. M^a. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en cuya opinión «en el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, la ponderación que deba realizarse se hará, con carácter general, entre un derecho individual y un bien colectivo»⁴³. Las insuficiencias de esta interpretación se ponen de manifiesto si se considera que deja fuera del campo de aplicación del principio las medidas del poder público que establecen límites al ejercicio de un derecho fundamental para proteger otro derecho fundamental. Los conflictos entre derechos fundamentales también se resuelven mediante una "intervención" del poder público (valgan como ejemplo los límites al ejercicio de las libertades de expresión e información impuestos a través de la legislación civil), y no hay razones para dejar de exigir que también ésta sea proporcionada, puesto que la aplicación del principio de proporcionalidad en estas constelaciones de conflicto no supone proyectarlo sobre la actuación de los particulares (por ejemplo, al ejercer un periodista el derecho a la libertad de expresión), sino sobre la intervención del Estado (que tipifica el delito de injurias).

De acuerdo con otra opinión, el principio de proporcionalidad se proyectaría, así, sobre toda intervención o restricción de las libertades individuales, con independencia de la estructura normativa (derecho subjetivo, mandato objetivo) o del substrato moral o político (derecho individual, directriz) de la norma constitucional a la que sirve la medida. Esta es la posición que suele mantener la jurisprudencia constitucional, tal y como se deriva de la normal aplicación del

⁴⁰ BARNÉS VÁZQUEZ (1998, p. 21).

⁴¹ Véase ALEXY (1993, pp. 331 ss.).

⁴² Véase PRIETO SANCHÍS (1990, pp. 153 ss.). Una propuesta, por cierto, que resulta expresamente rechazada por la STS, 3^a, 11.02.2009, a propósito de la asignatura "Educación para la ciudadanía" (Recurso de casación núm. 905/2008; MP: L. M^a. Díez-Picazo).

⁴³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, pp. 106 s.).

principio de proporcionalidad en los supuestos de conflicto entre derechos fundamentales⁴⁴, y es también la que mantiene J. BARNÉS, que admite la aplicabilidad del principio de proporcionalidad a las relaciones «multilaterales: intervención pública, de un lado, y de otro, cuando menos dos sujetos titulares de derechos constitucionales. Pero, por lo demás, no hay diferencia sustancial o de esencia con los supuestos que, por contraste, podríamos calificar de bilaterales: intervención pública en aras del interés general (protección de otros bienes o derechos) versus un único derecho o libertad»⁴⁵.

En cualquiera de sus versiones, la posición estricta presenta el mismo problema. Al limitar el campo de aplicación del principio de proporcionalidad, básicamente, a aquél que se deriva de su concepción originaria, no toma en consideración dos factores relevantes: la evolución de los sistemas constitucionales y la transformación del objeto de la intervención del poder público operada desde finales del siglo XIX hasta la fecha. En cuanto al primero, la posición estricta podía tener más sentido en el marco de los sistemas constitucionales anteriores a la segunda postguerra. Su mantenimiento en el que proporcionan las actuales Constituciones, caracterizadas por el reconocimiento simultáneo de un conjunto heterogéneo de principios materiales, resulta, sin embargo, menos justificable. En cuanto al segundo, la posición estricta es propia de una teoría del Derecho administrativo general elaborada a partir de la consideración del Derecho de policía como único sector de referencia. La transformación del objeto de la intervención del Estado a lo largo del siglo XX, y la consiguiente evolución del Derecho que la regula, exigen una ampliación del catálogo de subordenamientos que, en calidad de sectores de referencia, deben ser tenidos en cuenta en el proceso de construcción del sistema y, en particular, del principio de proporcionalidad⁴⁶.

La práctica jurisprudencial no ha permanecido ajena a la presión que se deriva de estos dos factores y está ampliando progresivamente el ámbito de proyección del principio de proporcionalidad, dando lugar a la que podemos denominar posición intermedia respecto de su ámbito de aplicación, conforme a la cual éste no sólo entra en juego en el caso de las medidas del poder público que impliquen una restricción de la libertad individual, sino también en otros escenarios añadidos, entre los que destacan las relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del poder político territorial y las decisiones públicas que limitan la igualdad formal. Dejando ahora de lado el primero, sobre el que volveré más tarde, y centrándonos en el segundo, es posible observar una tendencia hacia la progresiva aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del control de la discriminación. Así, por ejemplo, en su jurisprudencia sobre el principio de igualdad el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sustituido el criterio de prohibición de la arbitrariedad ("*Willkürverbot*") por el principio de proporcionalidad

⁴⁴ Véase GONZÁLEZ BEILFUSS (2003, pp. 108 ss.).

⁴⁵ BARNÉS VÁZQUEZ (1998, p. 35), en nota.

⁴⁶ Véase SCHMIDT-ASSMANN (2003, pp. 11 ss, 127 ss.).

(“*Verhältnismässigkeitsprinzip*”)⁴⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional español también está extendiendo la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito del control de la igualdad en la ley, por más que dicha extensión no esté exenta de dificultades⁴⁸.

Esta doble extensión pone de manifiesto la dificultad de delimitar el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad a partir de su vinculación a un sector material de la actividad del poder público y, más aún, de aferrarse a un criterio vinculado a los orígenes históricos del principio. Sin embargo, el problema que plantea esta segunda alternativa reside en que conduce a un ámbito de aplicación integrado por una serie de constelaciones o escenarios meramente yuxtapuestos, abandonando toda pretensión de fundamentar un criterio de tipo prescriptivo.

Por esta razón, algunos autores han buscado un criterio que se encuentre en condiciones de dar cuenta del papel que el principio está llamado a desarrollar en los modernos Estados constitucionales, al tiempo que permita superar la perspectiva meramente descriptiva de la posición intermedia. La manifestación más destacada de esta tercera posición, a la que denominaremos amplia, es la propuesta realizada por A. VON ARNAULD⁴⁹. Según el autor alemán: «el mandato de proporcionalidad se deriva de la condición normativa de las normas de derecho fundamental; esto significa al tiempo que la aplicación del principio de proporcionalidad más allá del ámbito de los derechos de libertad es en efecto posible, si bien debe limitarse a aquellos complejos normativos que resulten estructuralmente comparables a los derechos de libertad». El criterio que determina la aplicación del principio no sería material o sustantivo, sino uno de carácter estructural, como es el relativo a la preexistencia de una relación del tipo regla general/excepción: de un lado, el “complejo normativo” (“*Normkomplex*”) debe presentar una relación de preferencia en favor del supuesto que constituye la regla general; y, de otro lado, el poder público deberá estar habilitado para invertir la relación en ese caso concreto, esto es, debe tratarse de una relación de preferencia *prima facie*, del tipo de las expuestas *supra* 4.

Tal y como reconoce el propio A. VON ARNAULD, su propuesta hace descansar la aplicabilidad de la proporcionalidad en cuanto técnica de control sobre el carácter de principios de las normas en conflicto: la proporcionalidad sería, así, un estándar –no necesariamente el único– que se proyecta sobre la decisión del poder público a través de la cual se reduce el conflicto entre las mismas. El problema que plantea la tesis del autor alemán reside, sin embargo, en el requisito añadido que se exige para poder aplicar el control de proporcionalidad: la posibilidad de identificar una relación de prevalencia *prima facie* entre ambas normas. La ponderación es la técnica primeramente llamada a resolver las tensiones entre las múltiples y heterogéneas normas materiales que integran las Constituciones de postguerra. Pero, a diferencia de lo que parece

⁴⁷ Véase BVerfGE 88, 87 (96); 91, 389 (401); 95, 267 (316). Sobre esta línea jurisprudencial de la sala primera del Tribunal Constitucional Federal alemán, conocida como “*neue formel*”, puede verse SACHS (1997); KRUGMANN, (1998); HESSE (1993); KIRCHHOF (1993); HUSTER (1994).

⁴⁸ Véase GIMÉNEZ GLÜCK (2004, pp. 91 ss., 282 ss.).

⁴⁹ Véase VON ARNAULD (2000, pp. 276 ss.).

suponer el autor citado, en ellas no siempre es posible identificar la existencia de una relación de esta naturaleza y menos aún el sentido de la misma. Todo ello aconseja superar esta limitación del ámbito en el que actúa la proporcionalidad, y considerarla aplicable en todos aquellos casos en los que el poder público reduce un conflicto entre dos principios como consecuencia del desarrollo de una ponderación en sentido técnico. La aptitud del principio de proporcionalidad como criterio de control descansa en un criterio de naturaleza estructural, como es el relativo a que la norma desplazada sea susceptible de cumplimiento gradual, en cualquiera de las dos manifestaciones que de la gradualidad se han expuesto *supra* 2. El principio de proporcionalidad es, en definitiva, un criterio estructuralmente adecuado para controlar las decisiones a través de las cuales se derrotan principios. Cualquier restricción adicional a su ámbito de aplicación, como las que se vinculan a la preexistencia de una relación de preferencia *prima facie* o a la condición de libertad del principio desplazado, no trae causa de la inadecuación estructural del principio de proporcionalidad, sino, a lo sumo, de criterios político-constitucionales relacionados con su oportunidad que son difíciles de valorar con carácter general. Puede así, por tanto, partirse de la idea de que el principio de proporcionalidad constituye un parámetro de control característico de las ponderaciones de principios, de modo que deberá aplicarse allí donde se haya desarrollado un juicio ponderativo.

Obsérvese, por lo demás, lo alejado que se encuentra este planteamiento de la afirmación en virtud de la cual la ponderación sería una parte del control de proporcionalidad. Es cierto que el tercero de los subprincipios en los que éste se concreta, la denominada proporcionalidad en sentido estricto, exige sopesar (valga decir, por tanto, ponderar en un sentido lato) los efectos positivos de la medida respecto del principio que se beneficia de la relación de preferencia condicionada (cuya satisfacción constituye, propiamente, su fin) y los efectos negativos que de la misma se derivan para el principio desplazado, con la finalidad de verificar que la relación entre ambas sea equilibrada, razonable o, en este sentido, ponderada (o, para ser más exactos, que no deje de serlo de forma manifiesta). Sin embargo, la operación consistente en controlar la corrección de una ponderación es más amplia y compleja, por comprenderla, que la que representa la aplicación del principio de proporcionalidad; la segunda constituye uno de los estadios que integran el juicio de comprobación de la validez del resultado de aquélla.

A la luz de estas consideraciones, procede detenerse ahora en el debate acerca de la posibilidad y, en su caso, la conveniencia de aplicar el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho de la organización⁵⁰, y, en concreto, a las medidas legislativas que inciden en la autonomía local⁵¹. Ante todo, hay que señalar que el principio de proporcionalidad es de hecho utilizado con normalidad por la jurisprudencia constitucional alemana en relación con las normas que limitan

⁵⁰ Véase VELASCO CABALLERO (2009).

⁵¹ La propuesta realizada en tal sentido por ORTEGA ÁLVAREZ (1997), fue posteriormente rechazada por SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2003). Tanto éstas como la citada en la nota anterior son aportaciones de gran interés que, sin embargo, no pueden recibir en esta contribución, por sus propias limitaciones, toda la atención que merecen. Su consulta es, por tanto, imprescindible.

el alcance del principio de autonomía local⁵². Pero, dejando esto a un lado, lo que más interesa destacar aquí es que el control de proporcionalidad de las medidas que afectan negativamente a la autonomía local es técnicamente posible⁵³, en la medida en que ésta opera como un principio, esto es, como un mandato de optimización. Una condición ésta que se encuentra en la base de la doctrina contenida en la sentencia *Rastede* del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 79, 127) y que es perfectamente compatible con la consideración que la autonomía local ha merecido en nuestro país.

Frente a lo que afirma F. VELASCO CABALLERO⁵⁴, el principio de autonomía local sí contiene una “atribución competencial directa, limitable luego de forma proporcionada” a través de ponderaciones realizadas por el legislador; no otra cosa es ese “poder de configuración competencial guiada por varios principios normativos concurrentes” al que se refiere a continuación el autor citado. Por eso merece una valoración diferenciada su opinión acerca de que “la configuración o delimitación de competencias no es propiamente un ‘límite’ a nada”. Puede no serlo, efectivamente, cuando las normas que gobiernan esa operación no operan como mandatos de optimización, pero en el caso de las medidas que limitan el alcance de la autonomía local es esto, precisamente, lo que ocurre. El propio F. VELASCO CABALLERO se ha mostrado partidario de esta consideración del principio: la autonomía local, entendida como mandato positivo al legislador, “no es en la actualidad, únicamente, un mandato de suficiencia; es un mandato de optimización. A la vista de la jurisprudencia, los arts. 137 y 140 CE imponen a los poderes públicos la consecución del máximo posible de autonomía local”⁵⁵. Ello conduce al entendimiento de la autonomía como un principio, es decir, como una norma susceptible de cumplimiento gradual. Valga como ejemplo el de una Ley autonómica que reasigna a favor del ente que la adopta competencias urbanísticas hasta ese momento atribuidas al Municipio. Esa Ley constituirá el resultado de una ponderación legislativa de los principios en los que pretenda ampararse la reasignación –en su caso, por ejemplo, la eficaz protección de los derechos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y de una vivienda digna– frente al principio de autonomía local, considerado como un mandato *prima facie*, susceptible de un cumplimiento gradual y dirigido al propio legislador, en el sentido de atribuir las competencias necesarias para desarrollar cualquier actividad de interés para la comunidad local. Este mandato opera en este ejemplo como el principio desplazado en la relación de preferencia condicionada que expresa la regla mediante la cual se asume la titularidad de la competencia. De este modo, la medida constituye el resultado de una ponderación legislativa mediante la que se afecta negativamente, es decir, se limita el contenido protegido *prima facie* por el principio de autonomía local y, por esa razón, habrá de satisfacer el principio de proporcionalidad, para lo cual tendrá que comprobarse: (i) si es o no adecuada para la satisfacción del fin que persigue; (ii) si existen o no medidas igualmente eficaces desde el punto de vista de esa finalidad, pero menos restrictivas para el

⁵² Véase ampliamente HEUSCH (2003, pp. 184 ss.).

⁵³ En contra, véase SAMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2003).

⁵⁴ VELASCO CABALLERO (2009).

⁵⁵ VELASCO CABALLERO (2007, p. 61).

principio de autonomía local; y (iii) si, aún satisfaciendo estos dos presupuestos, el sacrificio que genera en el la autonomía local no es manifiestamente excesivo. A mi juicio, en definitiva, si verdaderamente la norma expresa el resultado de una ponderación de principios, entonces su corrección presupone la satisfacción, entre otros presupuestos, de las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO ha señalado que la aplicación en este contexto del principio de proporcionalidad, además de incorrecta técnicamente, no sería conveniente por dos motivos: de un lado, sería prematuro demandar la aplicación del principio de proporcionalidad en un contexto nuevo sin construir previamente los criterios o estándares que permiten aplicar de manera diferenciada y con exigencias de variable intensidad los diversos elementos que lo integran; y, de otro lado, al extender esta categoría, “ya de por si maleable hasta los límites de la juridicidad”, a un escenario diferente a aquél en el que se diseñó, la consecuencia será el incremento de la inseguridad⁵⁶. Respecto de la primera cuestión, acierta el autor citado en subrayar la importancia de los criterios que concretan la aplicación del principio de proporcionalidad en contextos normativos característicos. Sin embargo, su construcción doctrinal no puede elevarse a condición necesaria para la aplicación, esencialmente jurisprudencial, del control de proporcionalidad, puesto que, antes al contrario, esos criterios o estándares no son sino el resultado de su progresiva decantación de cara a la resolución de grupos de casos. Valga como ejemplo la conocida teoría de los tres niveles (“*Dreistufentheorie*”), que no precede, sino que constituye, precisamente, el resultado de la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con el control de las limitaciones legislativas impuestas al ejercicio de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn)⁵⁷.

En cuanto a la segunda cuestión, baste señalar que, a mi juicio, la aplicación del principio de proporcionalidad en el marco de una operación de control de decisiones ajenas, no solo no amplía el alcance de las competencias que se derivan de la función de control sino que, antes al contrario, racionaliza su ejercicio mediante su sometimiento a un procedimiento formalizado. J. Barnés ha señalado con acierto el carácter irrenunciable del juicio de proporcionalidad⁵⁸. En efecto, en los modernos Estados constitucionales, y especialmente en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, la proporcionalidad se erige en el instrumento fundamental del control de la actividad de los poderes públicos, y ello con independencia de su reconocimiento formal como un principio jurídico general. De ahí la necesidad de proceder a su tecnificación: es la aplicación judicial de una idea intuitiva y desformalizada de la proporcionalidad, o, en el peor de los casos, la entrega al arbitrio judicial de un espacio no procedimentalizado de argumentación, lo que constituye, precisamente, la principal aliada del activismo de los jueces. En otras palabras, el principio de proporcionalidad no da a los jueces nada que estos no tuvieran ya; antes al contrario,

⁵⁶ SAMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2003, pp. 165 ss.).

⁵⁷ Véase, con ulteriores referencias, ARROYO JIMÉNEZ (2004, pp. 211 ss.); PAZ-ARES RODRÍGUEZ y ALFARO ÁGUILA-REAL (2009).

⁵⁸ BARNÉS VÁZQUEZ (1998, p. 33).

contribuye a reducir a Derecho y, por tanto, a racionalizar, el ejercicio de la función de control. Una cuestión diferente es que en un determinado sistema se haya planteado la sustitución del parámetro de control judicial tradicional en beneficio del control de proporcionalidad, y que se dé la circunstancia de que el primero fuera un parámetro más débil, menos intenso, o, si se prefiere, caracterizado por una mayor dosis de deferencia hacia la legislador o la Administración. Pero esa experiencia será, en su caso, característica de un determinado sistema jurídico (por cierto, no del español), y no puede ser elevada sin más a la condición de categoría general.

7. Ponderación y Derecho administrativo

Conviene, por último, detenerse en la presencia de la ponderación en el contexto preciso del Derecho administrativo, por más que el tratamiento que pueda darse aquí a esta cuestión sea necesariamente limitado en cuanto a su alcance⁵⁹. Para ello acaso resulte de utilidad adoptar como punto de partida la distinción entre la configuración normativa del Derecho administrativo por parte del legislador y la actividad, normativa o no, de la Administración pública. De la caracterización realizada en las secciones precedentes se deriva con claridad que la ponderación no es un tipo de discurso que resulte exclusivo de un determinado operador jurídico o de su actividad peculiar. No se trata, en particular, de una técnica privativa de la actividad de control realizada por los Jueces y Tribunales. Si la ponderación es el método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría.

Pues bien, desde esta perspectiva se hace evidente que el legislador democrático es el sujeto primeramente llamado a resolver los múltiples conflictos que acogen en su seno las Constituciones contemporáneas, integradas, como es de sobra conocido, por numerosas y heterogéneas determinaciones de carácter material que frecuentemente se relacionan entre sí en términos dialécticos. La ponderación de principios es, en particular, uno de los instrumentos a través de los cuales el legislador desarrolla y concreta los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la identificación de los llamados límites implícitos, esto es, aquellos que no están previstos en disposiciones constitucionales expresas, sino que se derivan de la necesidad de tomar en consideración otros principios constitucionales que generan la relativización del alcance de los primeros, o, si se prefiere, la reducción de sus posibilidades jurídicas o su derrotabilidad en cuanto principios. No puedo detenerme ahora en la alternativa metodológica que representan las teorías amplia y estricta del supuesto de hecho de las normas que reconocen derechos fundamentales⁶⁰. Baste, por ello, señalar, de la mano de J. Isensee, que la primera «resulta más

⁵⁹ Puede encontrarse un completo análisis del comportamiento de la ponderación en el Derecho administrativo en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009); VELASCO CABALLERO (2009).

⁶⁰ Véase, por todos, PRIETO SANCHÍS (2004).

clara, permite una mayor diferenciación, y genera una menor confusión»⁶¹.

Quizás haya sido ésta de las leyes que desarrollan o limitan los derechos fundamentales la cara más visible de las ponderaciones legislativas, pero la verdad es que este fenómeno no se agota con ella. Su presencia en las Leyes administrativas se torna inevitable a partir de la constatación de la intensa dimensión política o ideológica de este sector del ordenamiento. Quiere decirse con ello que el Derecho administrativo es un Derecho de conflictos, especialmente entre principios constitucionales, cuya resolución presenta esa naturaleza y se articula técnicamente a través de la ponderación. Por un lado, a través del Derecho administrativo se ventila la tensión entre los poderes del Estado, una función ésta que en la actualidad se hace tan evidente como lo era en sus orígenes, puesto que aún hoy continúa enfrentándose al reto de redefinir la posición constitucional de la Administración frente a la que corresponde al legislador y al juez. De igual modo, en la sección precedente se ha hecho referencia a la posibilidad y los límites de la consideración como ponderaciones legislativas de las leyes que reasignan competencias entre los diversos niveles territoriales de ejercicio del poder político⁶².

Por otro lado, el Derecho administrativo es también, y quizás fundamentalmente, un Derecho de conflictos entre determinaciones normativas de carácter material. Es común recordar en este punto formulaciones tradicionales, como la que presenta al Derecho administrativo como un equilibrio entre libertad e intervención, o entre privilegios y garantías. He de reconocer, honestamente, que no me entusiasman estas expresiones, ya clásicas. Por supuesto, la razón no es que no sean esencialmente correctas. Que las normas administrativas son exorbitantes, en más y en menos, respecto de las del Derecho común, es rigurosamente cierto. El problema es que resultan incompletas: detrás del conflicto entre libertad e intervención suele esconderse el que media entre la libertad o la igualdad (formal, o negativa) de unos y la libertad o la igualdad (ahora real, o material) de otros. Desde esta perspectiva, el binomio privilegio-garantía, capaz de describir quizás el Derecho administrativo decimonónico, se revela excesivamente simplificador cuando se proyecta sobre el Derecho administrativo del Estado social y democrático de Derecho, cuya vocación es alcanzar un equilibrio entre los principios constitucionales que integran esta fórmula compleja y que se desarrollan y concretan a lo largo del texto constitucional mediante otras normas más precisas⁶³. Así deben entenderse, incluso, los conflictos entre poderes a los que se acaba de hacer referencia, pues a ellos subyace, esencialmente, la tensión entre el principio de eficacia de la acción administrativa y los principios de democracia y de control judicial de la Administración.

El Derecho administrativo es, en definitiva, un Derecho de equilibrios entre principios constitucionales que frecuentemente generan conflictos llamados a ser resueltos en primer lugar por el legislador democrático mediante la elaboración de ponderaciones legislativas. Esta

⁶¹ ISENSEE (1992, p. 167).

⁶² Véase VELASCO CABALLERO (2009).

⁶³ Véase PAREJO ALFONSO (2003, pp. 64 ss.).

propiedad resulta quizás más evidente en la legislación sectorial⁶⁴, pero lo cierto es que también caracteriza al Derecho administrativo general, dentro del cual podemos encontrar ejemplos paradigmáticos de ponderaciones legislativas en la regulación de la revocación de los actos administrativos (arts. 102 y ss. LRJPAC)⁶⁵, o en las consecuencias que se derivan del principio de eficacia de la actuación administrativa⁶⁶ respecto de la configuración normativa de las relaciones organizativas⁶⁷ o del empleo público⁶⁸. El tema de la autotutela no por conocido es menos esclarecedor. Por un lado, resulta claro que la autotutela y, en particular, la ejecutoriedad de los actos administrativos puede condicionar la efectividad de la tutela judicial de los ciudadanos que los impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual el TC ha adscrito el derecho a la tutela cautelar a la disposición constitucional contenida en el art. 24 .1 CE (por todas, STC 76/1996, de 30 de abril). Pero, por otro lado, la STC 22/1984, de 17 de febrero, estableció que «[l]a potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse contraria a la CE. Es verdad que el artículo 117.3 CE atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y Tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103.1 CE reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse al de eficacia ‘con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración pública con arreglo al artículo 103 CE». Es cierto, por tanto, que la Constitución no consagra una concreta de las posibles manifestaciones de la autotutela (la STC 22/1984 dice expresamente que la CE no obliga a que exista un sistema autoejecución de los actos administrativos). Sin embargo, no lo es menos que el legislador está constitucionalmente obligado a proporcionar a la Administración pública los instrumentos necesarios para permitir a ésta actuar con eficacia. Por eso, afirmar que la autotutela administrativa no está constitucionalizada es correcto, pero incompleto. Aunque el legislador no está constitucionalmente obligado a mantener tal cual la vigente configuración de la autotutela, sí lo está a garantizar la eficacia de la Administración pública, y una de las cosas que puede hacer al efecto es mantener aquélla (la STC 22/1984, en efecto, también señala que el sistema de autoejecución de los actos administrativos es una de las alternativas admisibles en el marco del art. 103.1 CE).

⁶⁴ Así, por ejemplo, en otro lugar he tratado de justificar la consideración de las normas que regulan el acceso al mercado como el resultado de ponderaciones legislativas (ARROYO JIMÉNEZ, 2004, p. 195 s.).

⁶⁵ Por todos, SÁNCHEZ MORÓN (2008, p. 555).

⁶⁶ Véase PAREJO ALFONSO (1989), PAREJO ALFONSO (1995); ORTEGA ÁLVAREZ (1994); CHINCHILLA MARÍN (2002).

⁶⁷ STC 27/1987, de 24 de marzo: el de eficacia matiza el alcance del principio de autonomía a través de la posibilidad de establecer técnicas de coordinación.

⁶⁸ SSTC 178/89, de 2 de noviembre; 172/1996, de 3 de diciembre: el principio de eficacia justifica el sistema de incompatibilidades de los empleados públicos; 143/1991, de 1 de julio: el principio de eficacia justifica el establecimiento de ciertas peculiaridades en el régimen de la actividad sindical de los funcionarios públicos.

Es también frecuente el recurso a la ponderación en el marco de la actividad administrativa, ya sea ésta una actividad normativa o implique la adopción de decisiones concretas⁶⁹. Las diferencias respecto de las ponderaciones legislativas no proceden tanto del modo en que se emplea dicho instrumento, cuanto de la posición característica de la Administración dentro del sistema institucional y de las diferencias entre esa posición y la del legislador. Por un lado, de dicha posición se derivan diversos límites característicos respecto del margen de configuración política que la Ley deja abierto. El espacio en el que juega la potestad de la Administración no solo está delimitado externamente por la Constitución y el Derecho comunitario, sino también por las normas con rango y fuerza de Ley (y en el caso de la actividad no normativa también por el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria), que pueden condicionar los posibles juicios ponderativos de la Administración, bien mediante la previa exclusión de determinadas formas de resolución de los conflictos entre los principios relevantes (no otra cosa son, desde esta perspectiva, las reglas contenidas en Leyes formales), o bien mediante la dirección política de la ponderación administrativa a través de Leyes de creación de relaciones de preferencia *prima facie* a favor de alguno de los principios en cuestión, en los términos expuestos *supra* 4. Un ejemplo de lo primero lo encontramos en los arts. 102 y 103 LRJPAC, en cuya virtud los actos administrativos favorables que sean anulables conforme a lo dispuesto en el art. 63 LRJPAC no pueden ser objeto de revisión de oficio, sino que deberán ser objeto, en su caso, de recurso de lesividad. La ponderación entre los principios constitucionales relevantes (legalidad y eficacia, de un lado, y seguridad jurídica y confianza legítima, de otro) ha sido ya realizada por el legislador a través de estas disposiciones normativas que, además, operan como reglas, de modo que el citado conflicto no puede ya ser reabierto en el caso concreto por la Administración. Un ejemplo de la segunda forma de condicionamiento lo proporcionan las distintas relaciones de preferencia *prima facie* establecidas por los arts. 130 y 136.1 LJCA respecto de la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso-administrativos en los que se impugnen, respectivamente, actos y disposiciones generales, de un lado, e inactividades y actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, de otro lado⁷⁰.

Por otro lado, las ponderaciones realizadas a través del desarrollo de la actividad administrativa normativa se separan también de las ponderaciones legislativas por el hecho de que su control no corresponde exclusivamente a la jurisdicción constitucional, sino también a los Jueces y Tribunales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual determina una diferente composición del equilibrio entre los principios constitucionales que gobiernan la materia. Sin embargo, como puede observarse estas peculiaridades no traen causa de que la ponderación presente en estos casos alguna propiedad específica en cuanto tal forma de discurso, sino más bien de la característica posición de la Administración respecto de la Asamblea y del Juez, razón por la cual afectan por igual a otras decisiones de la Administración que no se

⁶⁹ Sobre el problema específico de la planificación administrativa, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009).

⁷⁰ Véase CHINCHILLA MARÍN (1999). En general, sobre la ponderación de intereses en la adopción de las medidas cautelares, véase DE LA SIERRA MORÓN (2003, pp. 313 ss.).

concretan propiamente en un juicio ponderativo.

Por lo que respecta, específicamente, a la actividad administrativa no normativa, la relevancia creciente de la ponderación se pone de manifiesto desde la toma en consideración de la crisis del modelo tradicional de Derecho administrativo⁷¹. Éste último descansa, entre otros presupuestos, en la idea de que la Ley dirige a la Administración pública a través de programas condicionales lo más detallados posibles desde el punto de vista material, que son actualizados por ella a través de actos formalizados de ejecución que se adoptan mediante la aplicación de un sencillo mecanismo de subsunción. El Derecho administrativo tradicional es, así, esencialmente, un Derecho de reglas. Entre las muchas razones por las que este modelo ha entrado en crisis cabe destacar aquí la de que la ley no sólo dirige la actuación administrativa mediante programas condicionales, sino también, cada vez en mayor medida, a través de programas finales en forma de directrices y cláusulas generales de apoderamiento. Las consecuencias de esta transformación quedan resaltadas de la mano de la reciente preocupación de la ciencia del Derecho administrativo por la consideración de éste último como un instrumento de dirección ("*Steuerung*") cuya eficacia es relevante en términos constitucionales. El Derecho administrativo no se despoja de su vocación directiva ni siquiera cuando renuncia a la programación de la actuación administrativa a través de reglas, esto es, de programas condicionales que anudan el ejercicio de potestades administrativas bien caracterizadas a la concurrencia de un determinado presupuesto de hecho configurado normativamente del modo más detallado posible. Tampoco en estos casos renuncia el Derecho administrativo a su función directiva. Lo que ocurre es que esa dirección va a articularse normativamente a través de principios o mandatos de optimización, esto es, de programas finales que la Administración está obligada a actualizar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible y cuya toma en consideración impide considerar estos espacios como no regulados por el Derecho⁷².

Todo ello conduce a la necesidad de atender al modo en que la Administración realiza juicios ponderativos en el desarrollo ordinario de su actividad no normativa, puesto que, incluso allí donde esta última no se encuentre gobernada por reglas, estará dirigida normativamente a través de principios. El espacio de la actuación administrativa primeramente llamado a ser ocupado por la ponderación es el propio de la discrecionalidad administrativa, que representa esencialmente una "competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación"⁷³. Además, si se deja a un lado la perspectiva del control judicial, que ha presidido en exclusiva la elaboración dogmática de la discrecionalidad administrativa, ésta última deja de ser una categoría residual alusiva a lo que no puede ser objeto de una controversia suscitable ante la Jurisdicción, o revisable por ésta, para presentarse como una habilitación para la concreción del Derecho. La discrecionalidad no es, por tanto, libertad de elección entre opciones jurídicamente indiferentes – aunque esa elección pueda, en su caso, no ser revisable por el juez–, sino ponderación

⁷¹ Véase SCHMIDT-ASSMANN (2003); así como los trabajos recogidos en BARNÉS VÁZQUEZ (2006).

⁷² Véase, ampliamente, FRANZIUS (2006, pp. 181 ss.).

⁷³ Por todos, SCHMIDT-ASSMANN (2003, pp. 219 ss.).

administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales. Por eso no sólo es relevante jurídicamente la cuestión de su control jurisdiccional, sino también cómo se desarrolla positivamente la actuación correspondiente.

La ponderación ha sido, de hecho, propuesta por un sector de la doctrina alemana como el elemento a partir del cual proceder a la reconstrucción de la teoría de la discrecionalidad administrativa, más allá de su tradicional diseño por contraposición con los conceptos jurídicos indeterminados. Por un lado, desde la perspectiva de la acción administrativa, «la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada asimismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico»⁷⁴.

Por otro lado, ha sido, precisamente, en la necesidad de acometer una ponderación administrativa donde se ha tratado de encontrar el elemento que permitiría delimitar conjuntamente como categoría dogmática unitaria fenómenos diversos, como la discrecionalidad administrativa derivada de la formulación de la consecuencia jurídica de la norma (*an, quomodo, quando*, etc.), la discrecionalidad administrativa asociada a la potestad reglamentaria y a la potestad de planificación administrativa, así como los márgenes de apreciación y juicio de la Administración que se derivan del empleo de algunos conceptos jurídicos indeterminados⁷⁵. A todos estos fenómenos subyace el reconocimiento a la Administración de una habilitación para adoptar decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate. Una habilitación que puede estar normativamente condicionada en grado variable desde dos puntos de vista: el relativo a las determinaciones finalistas que configuran materialmente la decisión, de un lado, y el propio de las estructuras organizativas y procedimentales que se diseñen de cara a la adopción de ésta última, de otro. Esto no excluye que existan diferencias entre las diversas manifestaciones de este fenómeno unitario, tanto por lo que respecta al modo en que se han de adoptar las correspondientes decisiones, como a los términos de su control judicial. Sin embargo, estas diferencias no debieran esconder lo que comparten en cuanto manifestaciones de una misma realidad, ni oscurecer tampoco el papel que la ponderación está llamada a desempeñar en el marco de su elaboración dogmática.

⁷⁴ SCHMIDT-ASSMANN (2003, pp. 220 s.).

⁷⁵ Véase PACHE (2001, pp. 479 ss.).

8. Bibliografía

T. Alexander ALEINIKOFF (1987), "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, pp. 943 y ss.

Robert ALEXY (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.

--- (1995), "Individuelle Rechte und kollektive Güter", recogido en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Luis ARROYO JIMÉNEZ (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.

Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO (1996), *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.

Andreas VON ARNAULD (2000), "Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", *Juristen Zeitung*, pp. 276 y ss.

Julio BAQUERO CRUZ (2008), "What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mithology", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, núm. 1, pp. 65 y ss.

Javier BARNÉS VÁZQUEZ (1994), "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, 135, pp. 495 y ss.

--- (1998), "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, pp. 15 y ss.

--- (Ed.) (2006), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla.

Zygmunt BAUMANN (2000), *Liquid Modernity*, Polity, London.

Carlos BERNAL PULIDO (2008), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

Ángel CARRASCO PERERA (1996), "La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica", en *Revista de Derecho Privado*, pp. 900 y ss.

Carmen CHINCHILLA MARÍN (1999), "Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, CGPJ, Madrid, pp. 15 y ss.

--- (2002), "Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa", en VV. AA., *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*,

INAP, Madrid, 305 y ss.

Wilfried ERBGUTH, Janbernd OEBBECKE, Hans W. RENGELING, y Martin SCHULTE (Hrsg.) (1996), *Abwägung im Recht. Symposium und Verarbschiedung von Werner Hoppe*, C. Heymanns.

José ESTEVE PARDO (2006), "La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica: el principio de precaución en materia ambiental", en *Derecho del medio ambiente y administración local*, J. ESTEVE PARDO ed., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 201 y ss.

Claudio FRANZIUS (2006), "Modalitäten und Wirkungsfactoren der Steuerung durch Recht", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, München, pp. 181 y ss.

Alfonso GARCÍA FIGUEROA (1998), *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid.

--- (2009), "Neoconstitucionalismo y ponderación", en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA MORÓN (Dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.

Juan Carlos GAVARA DE CARA (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid.

David GIMÉNEZ GLÜCK (2004), *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona.

Markus GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor.

Riccardo GUASTINI (2008), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid.

Konrad HESSE, "Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit", en Peter BADURA y Ruppert SCHOLZ (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Lerche*, C. H. Beck, München, pp. 121 y ss.

Andreas HEUSCH (2003), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Dunker & Humblot, Berlin.

Ekkehard HOFMANN (2007), *Abwägung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Stefan HUSTER (1994), "Gleichheit und Verhältnismässigkeit", *Juristen Zeitung*, pp. 541 y ss.

Josef ISENSEE (1992), "Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht", en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III,

C. F. Müller, Heidelberg.

Paul KIRCHHOF (1993), "Gleichmass und Übermass", en Peter BADURA y Ruppert SCHOLZ (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Lerche*, C. H. Beck, München, pp. 133 y ss.

Rem KOOLHAAS (2007), *Espacio basura*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 2007.

Michael KRUGMANN (1998), "Gleichheit, Willkür und Evidenz", *Juristische Schulung*, pp. 7 ss.

Walter LEISNER (1997), *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Dunker&Humblot, Berlin.

Juan José MORESO (2007), "Alexy y la aritmética de la ponderación", en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Ricardo GARCÍA MANRIQUE (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Luis ORTEGA ÁLVAREZ (1994), "El reto dogmático del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm. 133, pps. 7 y ss.

--- (1997), "El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, pp. 99 y ss.

Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA MORÓN (Dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.

Eckhard PACHE (2001), *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009), "Artículo 38", en AA. VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 980 y ss.

Luciano PAREJO ALFONSO (1984), *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid.

--- (1989), "La eficacia, principio de la actuación de la Administración", *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, pp. 15 y ss.

--- (1995), "La eficacia, principio de la actuación administrativa", recogido en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, pp. 89 y ss.

--- (2003), *Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona.

Luis PRIETO SANCHÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.

- (1993), *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid.
- (1998), *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, pp. 52.
- (2001), "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5.
- (2004), "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, pp. 47 y ss.
- (2009), "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA MORÓN (Dir.), *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- (2009), "Ponderación y actividad planificadora de la Administración", en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA MORÓN (Dir.), *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.
- Michael SACHS (1997), "Die Massstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel", *Juristische Schulung*, pp. 124 y ss.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2008), *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, pp. 555.
- Daniel SAMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2003), "El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local", *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 145 y ss.
- (2004), *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Susana DE LA SIERRA MORÓN (2004), *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- Alec STONE SWEET y Jud MATHEWS (2008), "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47.
- Francisco VELASCO CABALLERO (2007), "Autonomía municipal", en AA. VV., *Publicaciones de la asociación española de profesores de Derecho administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2009), "Método de la ponderación y sistema competencial", en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA MORÓN (Dir.), *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.