

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Por

DANIEL SARMIENTO

Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA PROPUESTA POLÉMICA: ¿EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO GARANTE DE LA AUTONOMÍA LOCAL?: 1. *El argumento constitucional y la defensa de la autonomía local.* 2. *El argumento comunitario.*—III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: GARANTÍA DEL CIUDADANO, PERO NO DEL PODER PÚBLICO.—IV. LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA: OTRO MAL EJEMPLO DE CONTROL DE PROPORCIONALIDAD.—V. LA CRISIS DEFINITIVA DEL EJEMPLO COMUNITARIO Y LA NEGATIVA DEL TJCE A REALIZAR CONTROLES DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA COMPETENCIAL.—VI. RECAPITULACIÓN: LA INCONVENIENCIA DE INCORPORAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ESFERA LOCAL.—VII. UNA SOLUCIÓN EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL: LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente quince años, el Derecho público español vive cada vez más pendiente de la evolución del principio de proporcionalidad. A pesar de la antigüedad de esta máxima y sus implicaciones filosóficas, que evidentemente van más allá de lo estrictamente jurídico, nuestro ordenamiento ha presenciado una preeminencia de la proporcionalidad hasta unos extremos sin duda desconocidos en nuestra historia legal. No sólo el Tribunal Constitucional ha incorporado a su arsenal jurisprudencial las virtualidades del principio, sino también la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta hacer del mismo una norma que lo controla todo: potestades sancionadoras, declaraciones de necesidad expropiatorias, el ejercicio de la discrecionalidad técnica, órdenes urbanísticas de demolición, licencias a precario, etc. Para complicar aún más las cosas, el Derecho comunitario no le hace ascos al principio, y apenas encontraremos sentencias del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia donde se haga caso omiso a la proporcionalidad. Habida cuenta de que el juez español es, a su vez, el juez comunitario de Derecho común, encargado de garantizar la legalidad que nos viene desde Europa, nos encontraremos nuevamente con una presencia incluso asfixiante del principio de proporcionalidad, en paralelo a su crecimiento en sede estrictamente interna.

Por tanto, podemos decir que vivimos en tiempos de proporcionalidad. Con un exceso principialista semejante y a la vista de los peligros que siempre entraña una «justicia por principios» (que no una justicia *de* principios), el papel de los dogmáticos debería orientarse hacia la racionalización de dichas normas y la delimitación de su ámbito de aplicación. Si a estas alturas estamos todos de acuerdo en la *existencia* del principio de proporcionalidad, sin duda llegó el momento de definir la *extensión* del mismo, con la finalidad de limitar su papel a los justos términos que le corresponden, sin tensar los límites de la juridicidad y manteniendo la cabeza bien fría ante el lirismo de la siempre hermosa retórica de los principios. Sin ir más lejos, éste será el objetivo del presente estudio: la delimitación del principio de proporcionalidad en la garantía de la autonomía local, y una propuesta crítica al respecto, que partirá del rechazo al uso del principio como técnica de tutela a favor de los Entes Locales.

A lo largo de este trabajo analizaremos los argumentos esgrimidos hasta hoy por los defensores del principio en su vertiente local, al hilo de la construcción jurisprudencial y doctrinal de la autonomía local. A continuación expondremos brevemente el dudoso papel del principio de proporcionalidad como criterio de resolución en los conflictos de competencias, y posteriormente llevaremos a cabo una descripción crítica de esta función del principio en la legislación ordinaria local y el Derecho comunitario. Defenderemos que el ordenamiento europeo no ha hecho suya la proporcionalidad en los términos que actualmente esgrime la doctrina, y utilizaremos este «escepticismo comunitario», principalmente mostrado en la jurisprudencia del TJCE, para justificar un descarte del principio como instrumento de garantía de la autonomía local. Finalmente, enumeraremos las consecuencias que podría traer consigo la incorporación del principio en el Derecho local español, y propondremos una técnica sustitutiva que permita dar sentido a los casos en los que, aparentemente, entra en juego la proporcionalidad como instrumento en defensa de la autonomía local. En nuestra opinión, la técnica ponderativa es un instrumento idóneo para llevar a cabo un control sobre las inmisiones en la esfera protegida por el artículo 137 CE, y ella nos evitaría tener que desvirtuar una técnica tan dada al exceso como el control de proporcionalidad.

II. UNA PROPUESTA POLÉMICA: ¿EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO GARANTE DE LA AUTONOMÍA LOCAL?

1. *El argumento constitucional y la defensa de la autonomía local*

Como resulta bien sabido, la autonomía local expresa una garantía institucional contenida en los artículos 137 y 140 CE, que asegura los «componentes esenciales» y «preservación» de los Entes Locales en España. La autonomía local es principalmente una técnica negativa, una prohibición al legislador estatal y autonómico, con el fin de mantener indemne una estructura jurídico-pública (1). Si el legislador democrático optara por erradicar las entidades locales españolas, parte de ellas, o una sola, se lo impediría la autonomía local consagrada en los artículos 137 y 140 CE. En las expresivas palabras de GARCÍA MORILLO, estos preceptos suponen «la constitucionalización de los entes locales, esto es, su necesaria e insoslayable existencia en el ordenamiento constitucional» (2). Por supuesto que la autonomía local trae consigo una vertiente positiva, con importantes repercusiones para los límites de actuación de los propios EE.LL. (3), pero el

(1) M. J. ALONSO MAS, «Artículo 2», en M. J. DOMINGO ZABALLOS, *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Madrid, 2003, págs. 104 a 122; A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid, 1990; R. GARCÍA MACHO, *La autonomía municipal y su protección en la Ley de bases de régimen local*, núm. 109 de esta REVISTA, 1986, págs. 415 a 417; J. GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1998, págs. 32 y ss.; J. GARCÍA ROCA, *El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad*, «REALA», núm. 282, 2000; L. PAREJO ALFONSO, «La autonomía local en la Constitución», en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Madrid, 2003; M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, págs. 170 y ss., y F. SOSA WAGNER, *La autonomía local*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, y su *Manual de Derecho Local*, Pamplona, 1999, págs. 52 a 54. La jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión hunde sus raíces en los primeros pronunciamientos del TC, destacadamente en las SSTC 4/1981, 32/1981, 26/1987 y, más recientemente, la STC 40/1998.

(2) J. GARCÍA MORILLO, *La configuración...*, op. cit., pág. 21.

(3) Sobre los contornos entre la vertiente positiva y negativa de la autonomía local, cfr. L. MORELL OCAÑA, *El régimen local español*, Madrid, 1988, págs. 55 y ss., y J. L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho local*, Madrid, 1999, págs. 52 a 55. Asimismo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dado varios ejemplos de esta vertiente «positiva» de la autonomía local. Como botón de muestra, véase la argumentación que llevó a cabo con objeto de confirmar la competencia del municipio para sufragar los gastos de defensa de sus vecinos insumisos: «La autonomía municipal, en efecto, exige interpretar el haz de competencias del municipio de modo estrechamente relacionado con los intereses y aspiraciones de los vecinos, y exige reconocer un ámbito significativo al municipio en la función de integración social de las minorías, con la reserva de que la actividad abordada no suponga una invasión de competencias específicamente atribuidas a entes territoriales superiores o su reconocimiento o ejercicio comporte la lesión de aquéllas o la vulneración del ordenamiento jurídico. Esta apreciación es conforme con los principios de generalidad, inmediación y subsidiariedad que, entre otros, la Carta Europea de Autonomía Local aplica a la autonomía municipal» (STS de 15-2-2002, FJ 9.º).

núcleo normativo que pretende tutelar la autonomía es, como decíamos, negativo: se tutela la existencia del ente *frente a otro poder público*; una existencia para la realización de sus respectivos intereses (4). Puesto que el principio de proporcionalidad es una técnica que frena las intromisiones del poder público en las esferas jurídicas protegidas, podría argumentarse que sería un buen criterio para garantizar la tutela de los intereses locales ya mencionados. Ésta es la tesis que aquí vamos a combatir, y que se puede resumir, en relación a la autonomía local, con los siguientes argumentos.

La vertiente negativa de la autonomía local es la que sustenta, con mayor fuerza, la tesis de la proporcionalidad como técnica de protección. Como es natural, si la autonomía de los EE.LL. supone un freno al legislador y a la intervención administrativa de las restantes Administraciones, el enjuiciamiento de la inmisión se deberá hacer con unos instrumentos muy similares a los que emplean los Tribunales para tutelar la esfera subjetiva de los ciudadanos. A fin de cuentas, si la Constitución proclama una prohibición de cara a los legisladores democráticos, es evidente que está destacando la necesidad de que los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional se pronuncien sobre estos límites, y por todos es conocido que el principio de proporcionalidad nació como técnica de control sobre las restricciones de unas esferas subjetivas jurídicamente protegidas (5). El salto desde el control tradicional de proporcionalidad hasta la vertiente competencial del principio de proporcionalidad resulta así evidente (6).

Asimismo, la autonomía local no es una mera cláusula de competencia, sino una garantía institucional constitucionalmente proclamada y confirmada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (7).

(4) Así, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, op. cit., pág. 162, comentando la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión, llega a la conclusión de que «la Constitución efectúa una amplia remisión al legislador para la concreción del régimen jurídico de la autonomía local, con el único límite del obligado respeto al núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza, de manera que aquélla se preserve en términos reconocibles para la imagen comúnmente aceptada de la misma». El contenido de la autonomía local sería, por tanto, un núcleo intocable con un claro componente negativo, de limitación, que protege a la esencia misma de los EE.LL.

(5) Cfr. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, núm. 135 de esta REVISTA, 1994.

(6) Cfr. F. SOSA WAGNER, *Manual...*, op. cit., pág. 54: «[...] será preciso que nuestro Tribunal [Constitucional], sin renunciar a la construcción que hasta ahora ha puesto en pie, incorpore otras técnicas más precisas para avanzar en la dirección emprendida, como son las manejadas por el Juez alemán referidas a la “prohibición de cometer excesos”, *aplicación de los principios de “proporcionalidad”*, “interdicción de la arbitrariedad en las relaciones entre sujetos públicos” o “lealtad municipal”» (la cursiva es nuestra).

(7) «Lo que garantiza el precepto constitucional no es, pues, un elenco de asuntos locales sino el derecho de todos los entes de ese nivel territorial a intervenir en todos los asuntos que afecten a la comunidad con independencia del dato de la relevancia local o supralocal; intervención que puede ser de distinta intensidad pues la garantía institucional

Tratándose de algo distinto a un título competencial, y ateniéndonos a esa vertiente negativa que antes destacábamos, la autonomía local nos muestra a un ente público de carácter corporativo y con un fuerte componente democrático, cuya esfera de actuación merecería unas técnicas de protección peculiares (8). La misma proclamación dual, tanto en el artículo 137 como en el 140 CE, pone de manifiesto el interés del constituyente por proteger la existencia del componente local de nuestra estructura territorial, y para ello sería congruente dotar a estos entes de una vía de tutela activa, que haga operativos los contenidos de la autonomía local y que se asemeje a las formas garantistas de protección al individuo. Un punto culminante en esta argumentación sería la creación de un recurso procesal específico ante el Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local, que convierte a los EE.LL., concretamente municipios y provincias, en auténticos actores subjetivos dotados de poderes jurídicos en defensa de *sus* intereses, tal como los destila la cláusula constitucional de la autonomía local (9). Si el Ente Local puede acceder al TC en

no asegura un contenido concreto sino la preservación de la institución como tal. Garantía que se erige frente al legislador ordinario al que no se fija más límite que el núcleo esencial que la institución asegura» (STC 32/1981, FJ 3.º).

(8) En las expresivas palabras de F. SOSA WAGNER, *Manual...*, op. cit., pág. 56, «la autonomía consiste fundamentalmente en que las Corporaciones locales puedan intervenir en cuantos asuntos les afecten de tal forma y manera que dispongan siempre de un ámbito de decisión política de la entidad suficiente como para poder ofrecer, frente a los ciudadanos, una seña de identidad que permitan a éstos reconocer el contenido de la oferta que les movió a elegir a unos determinados representantes, formando con sus votos una mayoría, en lugar de a otros». Este elemento democrático condiciona de forma determinante el elevado nivel de protección que merece la autonomía local, o al menos destaca la necesidad de un sistema de protección jurídica diferenciado del sistema ortodoxo de resolución de competencias entre poderes públicos. E. GIMÉNEZ Y CORRONS, *Los controles administrativos sobre los Entes Locales*, Madrid, 2001, pág. 27, nos ofrece una definición igualmente novedosa si la observamos desde el prisma clásico de las distribuciones de competencias: «la autonomía local significa gobierno local, entendido éste como la capacidad de determinar los propios proyectos políticos —así como de poderlos llevar a cabo— sin ser tutelados ni abusiva ni arbitrariamente por las Administraciones superiores, aunque en el marco competencial establecido por éstas». En ambas definiciones, el factor democrático que inunda el funcionamiento local condiciona muy directamente el contenido de la autonomía local. La importancia de este factor también se ha hecho en la jurisprudencia, como en el caso de la STS de 6-7-1992: «si bien es cierto que la autonomía municipal, como poder para la gestión de sus respectivos intereses, debe ejercerse en el marco del ordenamiento, siendo la ley en definitiva la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes de acuerdo con la Constitución, no puede desconocerse en los municipios la existencia de un cierto “componente político” que le viene atribuido a la Corporación por el origen democrático de sus componentes (que son elegidos por sufragio universal, libre, secreto y directo en la forma establecida por la Ley y que tiene como misión fundamental el gobierno y administración del municipio); siendo precisamente ese componente político el motor de la vida municipal» (la cursiva es nuestra).

(9) Dado que no podemos referirnos a la abundante bibliografía sobre el conflicto de «nueva planta» ante el TC (contemplado en los arts. 75 bis a 75 quinquies LOTC), nos limitaremos a citar los fundamentales trabajos de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El conflicto de defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad*, AGL, 2001; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el*

defensa de sus intereses, mediante un procedimiento híbrido entre el conflicto de competencias y el amparo, existen argumentos más que suficientes para defender una subjetivización de la autonomía local, equiparándola con la esfera jurídica de los individuos, e incorporando así un control tan propio de la relación ciudadano-Estado como el de proporcionalidad (10).

Para ir cerrando los motivos que sustentan la incorporación del principio de proporcionalidad, la creación del nuevo recurso ante el TC en defensa de la autonomía local abre las puertas a una jurisprudencia que forzosamente debe dar cuerpo a los artículos 137 y 140 CE. Lo más probable es que el TC se decante por crear unos contenidos mínimos, cuyos límites resulten infranqueables para el legislador estatal y autonómico, en línea con la técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales (11). Dado que el principio de proporcionalidad actúa en la dogmática de los derechos fundamentales como criterio para juzgar si se han lesionado dichos límites, una jurisprudencia del TC en estos términos contribuiría a que el principio adquiriera un papel destacado al delimitar los límites de la autonomía local. A fin de cuentas, las técnicas son prácticamente las mismas y serían congruentes con su finalidad última: proteger un contenido mínimo constitucionalmente protegido. Si el principio de proporcionalidad cobró gran parte de su vitalidad en la dogmática de los derechos fundamentales justamente para medir tales contenidos mínimos, su traslación a la esfera de la autonomía local no sería del todo incongruente.

Luis ORTEGA ha defendido con mayor constancia la incorporación del principio de proporcionalidad como garantía de la autonomía local, insistiendo a través de varias publicaciones en la necesidad de acoplar el principio a la estructura competencial entre las Adminis-

Derecho español, «REDC», núm. 53, 1998; PÉREZ TREMPES, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1998; M. PULIDO QUECEDO, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Pamplona, 1999, y J. L. RIVERO YSERN, *Manual...*, op. cit., págs. 55 a 60.

(10) En defensa de la traslación de la proporcionalidad, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, L. PAREJO ALFONSO, «Comunicación», en J. GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional...*, op. cit., pág. 77, y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *El debate sobre la autonomía municipal*, núm. 147 de esta REVISTA, pág. 95.

(11) Aunque la jurisprudencia del TC haya establecido en varias ocasiones que la autonomía local «no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial», tampoco duda en afirmar, en la misma resolución, que sí garantiza «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 109/1998, FJ 2.º), lo cual debe llevarnos a la configuración de un contenido mínimo. ¿Qué cosa podría ser reconocible, pues, si no tiene contenido? A *algo* deberá aferrarse el TC para llevar a cabo el análisis de constitucionalidad, y ese *algo* es el contenido que vendrá a delimitar el principio de proporcionalidad.

traciones territoriales (12). Pero, curiosamente, el trabajo de ORTEGA no se ha fundamentado en las tesis que hemos expuesto hasta ahora, sino en un argumento igualmente, incluso aún más, convincente: la aparición del principio de proporcionalidad como canon de control competencial en el Derecho comunitario. Probablemente, los argumentos que hemos descrito sean asumidos por ORTEGA, pero lo cierto es que el núcleo de su defensa se basa en el precedente comunitario y las enseñanzas que el Derecho público español puede asumir desde Europa.

2. *El argumento comunitario*

En el año 1992, el Tratado de Maastricht introdujo una cláusula que marcó un antes y un después en la evolución del Derecho comunitario: el artículo 3B del modificado TCE estableció de forma tajante que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del [...] Tratado». Esta disposición se introdujo de la mano del principio de subsidiariedad, creando así un dístico aplicable a las competencias comunitarias con la clara finalidad de restringir la actuación de la Comunidad Europea (13). Los Estados miembros habían conocido un largo periodo de actuación desbocada comunitaria, y a partir de ese momento, mediante una mayor juridificación del sistema competencial, se pretendía instaurar un freno más a través de dos principios generales del Derecho. Si bien el principio de subsidiariedad actuaría cuando existen competencias compartidas, e inclina la balanza a favor del Estado cuando éste ofrezca un foro más eficaz para la actuación comunitaria, el principio de proporcionalidad se aplicaría para todo tipo de competencias comunitarias, mediante un mandato en pos de la medida menos restrictiva para los poderes de los Estados (14).

(12) Muy destacadamente en L. ORTEGA, *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997, pero también en *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid, 1988, págs. 116 y ss.; *Autonomía local y subsidiariedad europea*, AGL, 1996, pág. 617; *Las competencias como paradigma de la autonomía local*, «JA», monográfico, 2000, pág. 44, y *El modelo español de control sobre las autonomías territoriales*, «RGDA», núm. 2, 2003.

(13) Desde un plano general y escribiendo en fechas cercanas a la reforma de Maastricht, cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, págs. 571 y ss.

(14) Sobre los principios comunitarios de subsidiariedad y proporcionalidad existe una bibliografía abrumadora, la cual encontró otro buen motivo para la proliferación tras la adopción del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam sobre la aplicación de estos principios. Entre otros, cfr. A. CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona, 2002; G. DE BÚRCA, «Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law», en R. BERNITZ y J. NERGELIUS, *General Principles of European Community*

Con el paso de los años, el principio de proporcionalidad comunitario en su vertiente competencial ha servido para que la Comisión justifique mejor su actuación, pero no ha contribuido a delimitar la esfera de actuación de los Estados. Más bien al contrario, el principio es una válvula de escape para las situaciones extremas en las que la Comunidad ejerce de forma caprichosa una competencia, a pesar de que la tenga asumida en virtud de los Tratados (15). Como cláusula de cierre al sistema, el principio contribuye a juridificar las relaciones entre Estados y Comunidad/Unión, y nos muestra una curiosa vertiente de la proporcionalidad, del todo alejada a su habitual uso en la protección de derechos individuales y libertades comunitarias.

Esta vertiente de la proporcionalidad en la órbita comunitaria ha sido empleada por el profesor ORTEGA para defender la implantación del principio también en el Derecho local español. En su opinión, el hecho de que las competencias locales sean de atribución legal impide a los Entes Locales resolver en vía jurídica la actuación de los legisladores estatal y autonómico, lo cual haría muy deseable que la actuación de éstos, ya de por sí inmune al control, pase por el filtro del principio de proporcionalidad (16). De ahí el profesor ORTEGA traslada la estructura del principio de proporcionalidad, con sus *tests* de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y los aplica a la actuación de los legisladores cuando configuren la autonomía local (17). Además, puesto que el tercer *test* de proporcionalidad implica una ponderación entre los beneficios obtenidos y los sacrificios resultantes, encontraría una ubicación muy clara en los

Law, La Haya, 2000, págs. 95 a 118; G. DE BÚRCA, *Setting Constitutional Limits to EU Competence?*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Francisco Lucas Pires Working Papers Series, <http://www.fd.unl.pt/je/wpflp02a.doc>, y *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990701.html>; A. ESTELLA DE NORIEGA, *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Madrid, 2000; M. J. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad en el Derecho comunitario*, Madrid, 1996; S. GALERA RODRIGO, *El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los estados y la UE*, «GJCE», núm. 103, 1995; A. OLESTI RAYO, *Los principios del Tratado de la Unión Europea*, Barcelona, 1998, págs. 79 a 97.

(15) Aunque el principio de proporcionalidad no opera únicamente en el caso de las competencias compartidas (en contra de lo ocurrido con la subsidiariedad), lo cierto es que sólo ha planteado dudas cuando la CE/UE y los Estados encontraban esferas comunes de actuación. De hecho, los pocos supuestos en los que el principio ha asumido en claro componente competencial, se trataba de casos en los que la CE debía compartir su terreno con los Estados miembros.

(16) Si bien es cierto que no desarrolla del todo la idea, el profesor ORTEGA centra su argumento en que «el nivel local no está considerado en los ordenamientos nacionales como una Administración que goce de competencias residuales, sino que, salvo el ámbito que pueda entenderse protegido por la garantía institucional, las competencias locales son de atribución legal, sin que pueda discutir con los entes superiores la mayor parte de las atribuciones competenciales de éstos, que derivan directamente del propio bloque de constitucionalidad». L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El principio de proporcionalidad...*, cit., págs. 111 y 112.

(17) L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El principio de proporcionalidad...*, cit. pág. 112.

artículos 66 y 67 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, y el artículo 8.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local (18), que ordenan una debida proporcionalidad «entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar».

Así, el principio de proporcionalidad asumiría un papel verdaderamente privilegiado en el panorama competencial contemporáneo, pues ahora también permitiría a los Entes Locales hacer uso del mismo para proteger no sólo su existencia, sino también toda actuación del Estado o la Comunidad Autónoma que sea excesiva para alcanzar sus objetivos (19). Se trata de un papel omnicompreensivo que no debe ser defendido sin matices, y por tanto pasaremos ahora a analizar, desde una óptica crítica, si el principio merece esta nueva dimensión.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: GARANTÍA DEL CIUDADANO, PERO NO DEL PODER PÚBLICO

El principio de proporcionalidad es una norma jurídico-pública que marca un límite finalista a la actuación de los poderes públicos. Como parte del Derecho público contemporáneo, su refinamiento cobra cuerpo en la jurisprudencia prusiana de finales de siglo XIX, estructurándose en tres escalones sucesivos y separados entre sí: los *tests* de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (20). Esta técnica de protección va dirigida exclusivamente al individuo, entendiéndose que se mueve en un terreno de libertad que sólo puede ser cercenado por un mandato expreso al poder público. Si la restricción a la libertad es la excepción, de ahí se deduce con facilidad que estas restricciones sean enjuiciadas con severidad, y así surgen los tres escalones del principio de proporcionalidad, que estudian la congruencia entre medios y fines (adecuación), la existencia de medidas menos restrictivas (necesidad) y una debida ponderación

(18) Ratificada por España el 20 de enero de 1988 y en vigor entre nosotros desde 1989. Sobre la misma, cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La Carta Europea de la Autonomía Local y el Ordenamiento Jurídico Español*, «REVL», núm. 259, 1993, y la obra colectiva *Estudio sobre la Carta Europea de Autonomía Local*, Barcelona, 1994.

(19) De hecho, el profesor ORTEGA lleva a cabo otra «transferencia» del principio de proporcionalidad, y lo lleva al terreno de todo el Derecho de organización administrativa, partiendo de una lectura del artículo 4.b) de la Ley 30/1992. En nuestra opinión, la virtualidad del trabajo del profesor ORTEGA no estaría en aportar un principio para el Derecho local, sino un nuevo criterio normativo para el Derecho de la organización y todas las relaciones interadministrativas.

(20) Para un análisis histórico y comparado del principio de proporcionalidad en la formulación tripartita citada, cfr. J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London-Bruxelles, 1992, págs. 678 a 702, y J. BARNÉS, *Introducción al principio...*, cit.

entre intereses perseguidos y los daños infligidos (proporcionalidad en sentido estricto). A pesar de que el principio naciera en la Alemania decimonónica, nuestro Derecho administrativo lo hizo suyo desde mediados del siglo xx, y la jurisprudencia no tardó en incorporarlo como técnica normativa de protección al ciudadano (21). Aunque la evolución del principio en el ordenamiento administrativo español ha sido más lenta que en otros Estados europeos, actualmente contamos con una jurisprudencia constitucional ciertamente sistemática en torno a la aplicación de la proporcionalidad (22), y una jurisdicción contencioso-administrativa que ha reaccionado a esta evolución y hace un uso igualmente tripartito del mismo (23). Como colofón a esta evolución jurisprudencial, el texto constitucional consagra la proporcionalidad de manera implícita, y el legislador ordinario le ha otorgado un estatus expreso entre las garantías de los particulares frente al poder público (24). Ahora bien, su aplicación siempre se ha circunscrito a las relaciones ciudadano-Estado, y no sólo la estructura del principio muestra esta adhesión garante del individuo, sino también los distintos niveles de protección y los criterios que emplea para llevarlos a cabo.

Como todos los principios generales del Derecho, la proporcionalidad se encuentra muy condicionada por los estándares de protec-

(21) El artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, ya en el año 1955, proclamaba la máxima de la proporcionalidad en el Derecho administrativo español. Aunque la jurisprudencia ha dado bandazos a la hora de aplicar el principio, su uso escalonado y tripartito sólo ha comenzado a aplicarse en tiempos recientes, gracias a un influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Con ello no quiere decirse que la tarea de las jurisdicciones ordinarias no haya sido importante, sino lo contrario: gracias a que la jurisprudencia preconstitucional había hecho uso del principio, se permitió que su implantación «a la alemana» se llevara a cabo con más fluidez. Así, compárese el caso español con el caso británico, donde aún se desarrollan feroces debates sobre las ventajas y desventajas de incorporar el principio de proporcionalidad al Derecho administrativo del Reino Unido. Al respecto, cfr. C. FORSYTH, *Judicial Review and the Constitution*, Oxford, 1999.

(22) Prueba de ello es el detallado estudio de M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2003. Asimismo, cfr. J. BARNÉS, *El principio de proporcionalidad...*, cit., y el estudio *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades*, en el mismo número monográfico de «CDP», núm. 5, 1998.

(23) Sobre la jurisprudencia de nuestros Tribunales contencioso-administrativos, cfr. J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Sevilla, 1988, págs. 76 y ss.

(24) El texto constitucional proclama el principio en los artículos 9.1 y 3; 103.1 y 106.1. Asimismo, los derechos fundamentales han sido interpretados por el TC de la mano del control de proporcionalidad, especialmente los contemplados en los artículos 14, 19, 24 y 25 CE. En cuanto a la legislación ordinaria, el principio de proporcionalidad consta desde una óptica sectorial (por ejemplo, los arts. 3.2, 4.1, 5.2 y 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana), pero también como un macroconcepto del Derecho público, como en el artículo 53.2 de la Ley 30/1992 y el artículo 6.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, ya citado. Al respecto, cfr. el detallado estudio de J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general...*, op. cit., págs. 20 y ss.

ción aplicables a cada caso, y por tanto su aplicación fluctúa de supuesto en supuesto. La complejidad técnica del acto, el carácter democrático de la fuente del acto, la intensidad de la lesión en el ciudadano, la densidad normativa de la regulación aplicable, etc., son criterios que inciden en la determinación del principio de proporcionalidad. No nos dicen cuál es la estructura del principio, sino con qué intensidad debemos hacer uso de él. Esta vertiente, que podríamos llamar *aplicativa*, es imprescindible para comprender la operatividad de la proporcionalidad, y si nos fijamos bien en su funcionamiento también observaremos que se vuelca en la relación ciudadano-Estado. Los llamados estándares sólo tienen sentido si pensamos en un individuo libre que se ve restringido por la actuación del poder público democrático, y a partir de ahí entran los criterios antes mencionados, hasta determinar un nivel de protección aplicable al caso concreto (25). Por tanto, la lógica de la proporcionalidad, tanto en su estructura como en su método aplicativo, se basa en la intervención de un ciudadano libre y su lucha frente a un poder público sometido a límites.

Este último dato, el de los límites, es trascendental para explicar cómo actúa el principio de proporcionalidad. El Derecho administrativo contemporáneo se construye para racionalizar el funcionamiento del poder público y garantizar la tutela de individuos libres, que gracias a la realización de un contrato (un contrato social, un pacto constituyente, etc.) toleran que su libertad se vea limitada en ocasiones, siempre que la restricción persiga un interés general igualmente pactado. En la medida en que el ciudadano no tenga un obstáculo (legítimo) impuesto por el poder público, es libre para hacer cuanto quiera y como quiera. El ciudadano, por utilizar una terminología competencial, es titular de una potestad universal. Quien carece de esta potestad omnicompreensiva es el poder público, que sólo actuará de mandato en mandato, y sometido a un férreo control que garantice el cumplimiento del pacto. Por tanto, el control de proporcionalidad es un límite a los propios límites que impone el poder público al ciudadano; y como límite de los límites que es, se trata de una técnica que inclina la balanza a favor del particular, porque es la única parte que ostenta una presunción de libertad.

Con este esquema teórico, difícilmente encaja el principio de proporcionalidad en las técnicas que resuelven conflictos de competencia. Si la relación que controla el principio es la que surge entre un individuo libre y el poder público, el salto a las relaciones entre poderes públicos y/o entre Administraciones sin duda es un acto forza-

(25) P. CRAIG, *Administrative Law*, 4.^a ed., London, 1999, págs. 600 a 603.

do. Allá donde los poderes públicos comparten competencias, introducir un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad nos obliga a utilizar un razonamiento que no encaja con la distribución territorial de un Estado, pues el objetivo de la proporcionalidad se centra en esferas jurídicas subjetivas, y no estructuras administrativas atadas por un listado cerrado de competencias y potestades (26). Precisamente por ello, no es de extrañar que nuestro Tribunal Constitucional y sus homólogos europeos hayan desestimado, de forma sistemática, el uso de la proporcionalidad en sede competencial.

Sólo en dos ocasiones parece que el TC ha mostrado inclinaciones a favor del control de proporcionalidad en conflictos de competencia, y en ambos casos nos encontramos con criterios residuales, o al menos no del todo consolidados en la jurisprudencia, y que difícilmente se adecuan a la estructura tripartita del principio. En un primer supuesto, la STC 87/1985 llevó a cabo una interpretación del artículo 149.1.1 CE justamente para limitar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia sancionadora, estableciendo así el requisito de que las normas autonómicas «se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 CE, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» (27). Así, la proporcionalidad entraría como un accesorio en la aplicación de un precepto tan polémico como el 149.1.1 CE, que a su vez permitiría al TC enjuiciar, con las armas de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las divergencias introducidas por las normas autonómicas sancionadoras. A pesar de los rasgos un tanto peculiares de esta interpretación (28), el TC descartó expresamente esta aplicación del principio, justamente en la sentencia que nos muestra el segundo caso en que la proporcionalidad puede

(26) En palabras de J. BARNÉS, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, «CDP», núm. 5, 1998, pág. 40: «si se llegara a utilizar [la] filosofía [del principio de proporcionalidad] en el sentido de exigir que el ente titular de la competencia intervenga con la menor intensidad posible, o en la medida en que sea estrictamente indispensable, al objeto, nótese bien, de conciliar varios títulos enfrentados o, más aún, de moderar la inercial expansividad de determinados títulos, estaría dotado entonces de un significado distinto al que aquí se emplea, puesto que la relación de medio a fin no pivotaría sobre el binomio poder público-libertad. Se reclamaría la moderación respecto del ejercicio de una competencia a fin de amortiguar su impacto sobre otra esfera competencial».

(27) STC 87/1985, FJ 8.º.

(28) Se trata, claro está, de una lectura con un potencial expansivo si lo analizamos a la luz de la cláusula de unidad de mercado, que también ha sido objeto de una aplicación de la mano del principio de proporcionalidad a la hora de detectar obstáculos a la circulación de bienes y personas. Dado que el artículo 139 CE tiene un componente no-discriminatorio, una lectura del artículo 149.1.1 CE en los términos de la STC 87/1985, que abarca nada menos que una regulación autonómica sancionadora, legitimaría una interpretación claramente centralista, merced al principio de proporcionalidad, del Título VIII de la Constitución.

actuar como canon de resolución de competencias: la sentencia 61/1997, más conocida como la sentencia del suelo.

Aunque la STC 61/1997 introdujera una nueva lectura del artículo 149.1.1 CE basada en la distinción entre propiedad y urbanismo, y con un componente muy limitativo del contenido positivo y negativo del precepto, lo cierto es que «el verdadero criterio que el Tribunal termina utilizando con carácter decisivo para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos del Texto Refundido es el de la “densidad normativa”: un precepto se considera constitucional si está formulado en términos muy amplios, propios de un principio o de una regla general» (29). Tal como defiende RODRÍGUEZ DE SANTIAGO al analizar esta sentencia, en esta lectura del artículo 149.1.1 CE late nada menos que el principio de intervención mínima, tan cercano al principio de proporcionalidad, por no decir sinónimo, especialmente en su forma de *test* de necesidad. Ahora bien: en ninguno de los dos supuestos encontramos una aplicación del principio en los términos antes expuestos, ni tampoco podemos equiparar la aplicación del criterio «competencial» con la aplicación de una proporcionalidad centrada en la lesión de esferas jurídicas subjetivas. Ni siquiera la doctrina de la densidad normativa nos permite equiparar la actividad reguladora de un legislador frente a otro con la actividad normativa de una Administración que, por ejemplo, priva a un ciudadano del derecho a continuar explotando una empresa mercantil. Por mucho que existan similitudes y parecidos de familia, la jurisprudencia de las SSTC 87/1985 y 61/1997 no nos permite hablar de un principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos de competencia (30).

(29) J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, 2000, pág. 112. De hecho, el TC ha vuelto a reiterar este criterio en la STC 164/2001, FJ 4.º. Al respecto, cfr. L. POMED SÁNCHEZ, *Jurisprudencia Constitucional sobre Autonomía Local*, AGL, 2002, págs. 397 a 399.

(30) Donde sí cabe llevar a cabo un control de proporcionalidad de la actividad estatal o autonómica sobre la autonomía local es en la salvaguarda de la unidad de mercado, garantizada en el artículo 139.2 CE. En este caso, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los obstáculos al comercio interior, generados por los poderes públicos, son susceptibles de un control de proporcionalidad (entre otras, cfr. las SSTC 37/1981, 1/1982, 11/1984, 86/1984, 24/1986, 88/1986 y 96/1994). Se trata de una jurisprudencia muy influenciada por el *balancing test* norteamericano en la interpretación de la cláusula de comercio, e igualmente presente en la jurisprudencia sobre libertades de circulación de personas y bienes del TJCE. Sin embargo, no estamos ante un conflicto competencial en el sentido estricto de la palabra, sino ante una fragmentación del mercado que merece un análisis desde la lógica de la igualdad y la circulación de personas y bienes. Además, se trata de una doctrina perfectamente aplicable a la actividad de los *Entes Locales* cuando éstos contribuyen a fragmentar el mercado nacional. Por tratarse de una cuestión más vinculada a la Constitución económica que a la ordenación territorial del Estado, no consideramos que la jurisprudencia del TC sobre la cuestión contribuya a confirmar la actuación de la proporcionalidad como canon de protección de la autonomía local. Sobre esta cuestión, cfr. E. ALBERTÍ ROVIRA, *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, 1995, y V. TENA PIAZUELO, *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Madrid, 1997.

Pero esta jurisprudencia podría ser excepcionada cuando hablamos de la autonomía local. A fin de cuentas, la defensa de esta garantía institucional escapa a los parámetros tradicionales de los conflictos competenciales, y la existencia de un mínimo irrenunciable, tal como veíamos en el epígrafe II, nos permitiría aproximar la noción de proporcionalidad hacia la defensa de los Entes Locales. Antes enumerábamos los argumentos que vinculan a la autonomía local, tal como viene proclamada en la Constitución, con el principio de proporcionalidad. Pero éstos son incompletos si no se combinan con los indicios que ofrece la legislación ordinaria a favor de un control de proporcionalidad. Siguiendo con la línea crítica que hemos iniciado, intentaremos mostrar que tales indicios tampoco se ajustan a la noción de proporcionalidad acogida por el Derecho público, y engarzaremos tales argumentos con la crítica a las tesis comunitaristas.

IV. LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA: OTRO MAL EJEMPLO DE CONTROL DE PROPORCIONALIDAD

No sólo se ha argumentado a favor de la proporcionalidad y la esfera local en el plano de la constitucionalidad, sino también en el de la legislación ordinaria. Algunos autores han defendido que el marco legal vigente, tan determinante en la delimitación de las competencias locales, consagra en varias disposiciones de la legislación básica un mandato de proporcionalidad que protege a los Entes Locales de una interferencia por parte del Estado y/o las Comunidades Autónomas (31). Las normas que regulan las relaciones interadministrativas, principalmente los artículos 55 y siguientes de la LRBRL, contemplan diversos supuestos en los que el Estado y las Comunidades Autónomas deberán llevar a cabo un juicio parecido al de proporcionalidad cuando tengan que interferir en la actuación de los EE.LL. (32). Junto a estas disposiciones actuaría como norma de re-

(31) L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El principio de proporcionalidad...*, cit., págs. 112 y ss.

(32) Artículos 55 a 62 LRBRL. En especial, el artículo 55, en sus dos primeros incisos, establece que:

«Para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas de un lado, y las Entidades locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas:

a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.

ferencia, con carácter plenamente vinculante, el artículo 8.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que no sólo parece proclamar un mandato de proporcionalidad, sino que lo hace expresamente:

«El control administrativo de las Entidades Locales debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar».

Este control administrativo hace referencia, en el contexto jurídico español, a los cauces de relaciones interadministrativas y el ulterior recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa (33). De hecho, el precepto de la Carta Europea debe interpretarse de la mano del artículo 55.b) LRRL, literalmente transcrito de la Ley 30/1992 —art. 4.b)—, y que exige a todos los poderes públicos «ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados [...]». Este precepto está pensando en las relaciones interadministrativas y en las consecuencias de una invasión de esferas competenciales, y por lo tanto el mandato de ponderación puede interpretarse como una exigencia muy similar a la que presenta el tercer *test* del principio de proporcionalidad, antes citado.

Si el artículo 55.b) nos indica que el llamado «tercer *test*» de la proporcionalidad está presente a la hora de proteger la esfera local, también existen indicios para defender que el segundo *test*, el de necesidad (o intervención mínima), se encuentra igualmente presente en la Ley 7/1985. Sin ir más lejos, el artículo 59 de dicha Ley prevé la facultad de coordinación a favor del Estado y las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar la coherencia en la actuación de todas las Administraciones Públicas. Este precepto, como claramente se deduce por su ubicación sistemática, está destinado a coordinar la actuación de los Entes Locales, por lo que estaríamos ante una for-

b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.

[...]»

En estos dos primeros párrafos queda constancia del mandato de ponderación a favor de cada Administración, y a partir de ahí, pero sólo de ahí, comienza la construcción del principio de proporcionalidad en la esfera local.

(33) Se consagra, así, la judicialización de los conflictos interadministrativos, con las consecuencias perjudiciales que luego destacaremos si se admite el juego del principio de proporcionalidad. Sobre los mecanismos administrativos y jurisdiccionales al respecto, cfr. J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *La autonomía local ante la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, AGL, 1998, y J. TORNOS MAS, *El control jurídico de la actuación de los entes locales y la vía del recurso administrativo*, AGL, 2001.

ma de intervención sobre la autonomía local. Justo por este motivo, el legislador introduce una salvaguarda a favor de los EE.LL., consistente en garantizar que esta facultad de coordinación sólo se realizará cuando no existan medidas menos lesivas. Al menos esto podemos deducir del artículo 59.1, porque el mismo indica que la coordinación sólo será posible cuando el fin no pueda alcanzarse mediante los mecanismos de los artículos 56 a 58 (información, consorcios, cooperación, órganos de colaboración, etc.), o éstos sean «manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate». Queda bastante claro que el legislador básico ha querido que la facultad de coordinación pase por el filtro del *test* de intervención mínima, permitiendo la coordinación sólo cuando no existan medidas menos restrictivas. Éste es, como adelantábamos en el epígrafe III, nada menos que el segundo escalón o *test* del principio de proporcionalidad.

Luis ORTEGA ha defendido que estos preceptos introducen el principio de proporcionalidad en la defensa de la autonomía local, y por tanto merecería llevar a cabo su aplicación realizando el triple *test* que ya hemos descrito. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta afirmación por el sencillo motivo de que la legislación española básica no hace mención alguna al principio de proporcionalidad, sino más bien al contrario: prefiere proclamar en la ley los componentes individuales del principio, en vez de afirmar expresamente que la proporcionalidad es parte integrante del Derecho local, o que el principio habrá de filtrar toda actuación estatal o autonómica sobre la esfera local (34). Este argumento puede resultar un tanto formalista, pero si nos fijamos algo más en la redacción de las normas encontraremos mayores indicios en contra de la incorporación de la proporcionalidad. Por ejemplo, el artículo 55.b) LBRL, ya citado, al exigir una ponderación de las competencias propias y la totalidad de

(34) Quizás se deba a que el profesor no justifica del todo su tesis, pero del texto de su trabajo más emblemático, *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, cit., se da un salto desde los contenidos de los artículos citados de la LBRL hasta la estructura tripartita del principio de proporcionalidad, con sus tres *tests* de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los problemas que plantea la tesis de ORTEGA se encuentran, por tanto, en la dificultad de extrapolar todo un principio normativo, con las peculiaridades que presenta en las relaciones ciudadano-Estado, a la dogmática de los conflictos de competencia de forma automática, sin mayor matiz al respecto. Tras explicar el papel del principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario, ORTEGA afirma lo siguiente: «Esta garantía [de la proporcionalidad] estriba en hacer pasar a la actuación nacional o autonómica por el tamiz del *test* de los elementos de la proporcionalidad. Así, desde el *test* de la idoneidad se puede garantizar que la medida tiene un elemento de coherencia entre medio y fines, y no supone una acción de mero contenido obstativo de funciones locales. Desde el *test* de la necesidad puede asegurarse, a su vez, que la medida adoptada sea la menos dañina con relación al régimen de autonomía local. Por fin, desde el *test* de la proporcionalidad estricta se puede enjuiciar el alcance de los beneficios que se obtienen por la medida estatal o autonómica frente a los perjuicios de los intereses locales».

los intereses públicos implicados, se refiere a la Administración estatal y autonómica, por un lado, y a las Entidades Locales, por otro, «*en sus relaciones recíprocas*». Si hemos de incorporar el principio de proporcionalidad por la vía del artículo 55.b), entonces deberemos ensanchar su aplicación y defender su existencia también frente a los Entes Locales, en defensa de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma de turno.

Pero el argumento más relevante en contra de la incorporación de la proporcionalidad es de fondo, y nos remite a las magnitudes que utiliza el principio para poder ser aplicado. Como ya decíamos en el epígrafe anterior, el principio emplea los fines y los medios de la actuación pública para realizar los tres *tests* que lo integran. Pero estos fines hacen referencia a un objetivo concreto, de interés general, que debe ser contrapuesto a una esfera protegida del particular. La contraposición se realiza entre fines públicos y fines privados, diametralmente opuestos entre sí y con un trasfondo constitucional radicalmente contrario al que inspira las relaciones entre poderes públicos, especialmente en lo que toca a la libertad de los ciudadanos, que es universal, y la del Estado, que nace por un simple mandato (35). Cuando el artículo 55.b) LRBRL le pide a la Administración del Estado o autonómica que pondere los intereses públicos implicados, le pide que mida los efectos de su política pública y la necesidad de que intervenga en la misma un Ente Local. Sin duda, los motivos de oportunidad política que condicionan esta decisión están a años luz de los que determinan la lesión de un derecho particular. Es evidente que no es lo mismo medir si se comparte o no una competencia con un Ayuntamiento, a ordenar la demolición de un inmueble y así lesionar un derecho de propiedad constitucionalmente tutelado. La evaluación que deberá hacer un juez contencioso-administrativo, aunque formalmente aparezca similar si lo sometemos a un *test* de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en el fondo difiere sustancialmente porque las magnitudes cambian de un supuesto a otro. En definitiva, en un caso se pide al juez que deduzca la proporcionalidad de una relación entre dos Administraciones para la ejecución de una política pública; y en otro se le solicita que enjuicie la lesión de un derecho para la ejecución de tal política pública. Sin duda, estamos ante juicios diferentes, por mucho que en la cobertura queramos emplear una denominación común (36).

(35) Cfr. J. BARNÉS, *El principio de proporcionalidad...*, cit., pág. 40.

(36) Pongamos por ejemplo el caso de un reglamento autonómico que priva de raíz a los Entes Locales de un cauce de participación en la declaración de un bien de interés cultural. Los fines que esgrimirá la Comunidad Autónoma serán de eficiencia, y el medio

V. LA CRISIS DEFINITIVA DEL EJEMPLO COMUNITARIO Y LA NEGATIVA DEL TJCE A REALIZAR CONTROLES DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA COMPETENCIAL

En páginas anteriores destacábamos que uno de los argumentos a favor de la incorporación de la proporcionalidad en el Derecho local era su empleo en el ordenamiento comunitario, concretamente como canon de delimitación de competencias. Efectivamente, desde 1992 el Derecho comunitario ha instaurado dos principios jurídicos con el fin de limitar la actuación de las Instituciones comunitarias: la subsidiariedad y la proporcionalidad. Desde la adopción del Tratado de Maastricht y la posterior entrada en vigor del Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, los autores más afines a la descentralización no perdieron tiempo en destacar el influjo anticentralista que imbuía a partir de entonces a la Comunidad Europea, llegando a consagrar estos principios como paradigmas de la relación entre poderes públicos.

Visto con algo más de perspectiva, la incorporación del principio de proporcionalidad en el artículo 5 TCE no tenía nada de revolucionario, sino más bien lo contrario. El TJCE venía empleando el principio para enjuiciar los actos de las Instituciones comunitarias desde los años cincuenta, y le dio forma escalonada a partir de 1970, en el famoso asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (37). El principio comunitario de proporcionalidad era un límite a la actuación de la CE, especialmente cuando legislaba en materia agrícola, y su invocación por parte de los Estados (o los particulares) se veía más como una impugnación por exceso de poder, conforme a los cánones del contencioso tradicional, y no tanto como un recurso de carácter competencial. Cuando un Estado acudía al TJCE invocando la desproporción de una norma comunitaria, lo hacía porque consideraba

utilizado no implica la lesión de un derecho, sino la modificación de un procedimiento en el que antes tenían voz los Entes Locales. Las magnitudes en juego no son un fin de interés general y una lesión con consecuencias patrimoniales para un ciudadano, sino un objetivo de eficiencia y oportunidad y una modificación competencial en el estatuto de los Entes Locales de la Comunidad Autónoma. Es evidente que en estos casos cambiará la medición de los tres tests, pues las magnitudes son a su vez radicalmente distintas.

(37) *Asunto Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, 11/70, de 17-12-1970. Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario, cfr., entre otros, J. BARNÉS, *Introducción...*, cit.; M. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; G. DE BÜRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, «YEL», núm. 105; E. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague, 1996; F. JACOBS, «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en E. ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, op. cit.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, págs. 89 y ss.

que la norma era excesiva de cara a sus intereses o los de sus ciudadanos, pero no porque se estuviera invadiendo una esfera protegida de actuación de dicho Estado. No es ninguna barbaridad afirmar que hasta 1992 el principio de proporcionalidad fue empleado por individuos y Estados, por igual, como un principio general más en defensa de los derechos e intereses individuales.

Por tanto, afirmar que el principio de proporcionalidad es la clave de bóveda del sistema competencial comunitario puede resultar un tanto exagerado. La verdadera clave de bóveda es el principio de subsidiariedad, que es una norma que nace y crece en el federalismo occidental, y por tanto se adecua sin demasiados problemas a los conflictos de competencias entre entes públicos (38). Por el contrario, el principio de proporcionalidad no acaba de encontrar su lugar en la distribución de competencias en el Derecho comunitario, y hasta el día de hoy sigue siendo una norma más útil en la defensa de las libertades comunitarias o en la protección de intereses particulares en recursos de anulación. Es decir: como principio que tutela derechos de individuos, y no competencias de poderes públicos.

Pero incluso después de la reforma de Maastricht y Amsterdam, parece que el principio de proporcionalidad asume un papel más bien accesorio respecto de la subsidiariedad. Así como este último principio encuentra un fácil encaje en el funcionamiento competencial comunitario (o de cualquier Estado descentralizado), la proporcionalidad parece ser un criterio que, como mucho, coadyuva en la aplicación de la subsidiariedad. Si las decisiones deben tomarse en el nivel más cercano al ciudadano, una forma de enjuiciar dicha cercanía o lejanía consistiría en estudiar la intensidad de las normas impugnadas y la extensión de la intervención que llevan a cabo. Por

(38) Déjese claro que el concepto de subsidiariedad tampoco puede trasvasarse directamente y sin menor matiz a la esfera local, a pesar de que se trate de un concepto más afín a la lógica competencial. El principio de subsidiariedad nace como instrumento de los Estados federales, constituidos como tales por la expresa atribución de los Estados que componen la federación. Por el contrario, los Entes Locales no atribuyen poder alguno al Estado o a la Comunidad Autónoma, sino justamente al contrario: son éstos los que otorgan, *ex lege*, las competencias locales que configuran la autonomía local. En palabras de CRUZ VILLALÓN, aunque haciendo referencia a las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas: «La razón de la escasa simpatía que en nuestro sistema ha concitado la idea de subsidiariedad debe verse, una vez más, en la diferente lógica que ha presidido la reestructuración de nuestro Estado, que no ha sido una lógica de federación sino que ha sido, en su aspecto decisivo, la lógica de la *devolución*». P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pág. 478. Además, téngase en cuenta que el concepto de subsidiariedad que maneja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia local está muy vinculado a la noción que presenta la Carta Europea de la Autonomía Local en su artículo 4.2 («las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad»), que difiere en mucho de la definición que ofrece el artículo 5 TCE. Al respecto, cfr. la STS de 21-5-1997 (FJ 5.º).

ejemplo: la previsión en el acto comunitario de un sistema de cuantificación con más de un millón de variantes, con objeto de aplicarse a todas las peculiaridades locales; la regulación de las normas de etiquetado, con un carácter restrictivo para los productores, sin dejar margen alguno al legislador nacional, etc. En estos casos, un control de proporcionalidad podría indicarnos que la medida comunitaria resulta excesiva para conseguir sus objetivos, especialmente cuando existen vías más cercanas al ciudadano que podrían justificar una decisión distinta y más favorable a los intereses del individuo. Así, el principio de proporcionalidad complementa al principio de subsidiariedad, pero sólo para determinar si se infringe o no el segundo. Si esto fuera cierto, el principio de proporcionalidad difícilmente tendría autonomía propia en el plano competencial comunitario, o al menos demostraría que no es un instrumento jurídico apto para esclarecer un conflicto de competencias entre poderes públicos. Si estas tesis fueran así, se debilitaría igualmente el argumento comunitario que esgrimen los defensores de la proporcionalidad en la esfera local.

A día de hoy, el debilitamiento de la proporcionalidad comunitaria como cláusula competencial es evidente. Y no porque el legislador comunitario haya hecho caso omiso del mandato del artículo 5 TCE, sino por la actuación del propio Tribunal de Justicia, que en el *asunto American Tobacco*, C-491/01, de 10-12-2002, ha confirmado la tesis de la accesoriedad del principio de proporcionalidad, antes expuesta. En el caso citado, el TJCE se enfrentaba al enjuiciamiento de la Directiva 2001/37/CE, sobre publicidad del tabaco, a la que se imputaba haber lesionado el principio de subsidiariedad. En ningún momento se hacía alusión al principio de proporcionalidad, pero el Tribunal, manipulando los argumentos de las partes, comenzó su razonamiento afirmando que el principio de subsidiariedad merecía un doble juicio: por un lado, se debía analizar si el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario (párrafos 180 a 183); por otro, el TJCE consideró si la acción «no excede la medida necesaria para alcanzar el objetivo que pretende conseguir» (párrafo 184), a lo que contestó negativamente (39). Si prestamos

(39) «En lo que atañe a la cuestión de si la Directiva se adoptó conforme al principio de subsidiariedad, procede examinar en primer lugar si el objetivo de la acción contemplada podía lograrse mejor a nivel comunitario.

[...]

En segundo lugar, procede declarar que la intensidad de la acción emprendida por la Comunidad en el presente caso respeta también las exigencias del principio de subsidiariedad por cuanto, como se desprende de los apartados 122 a 141 de la presente sentencia, *dicha acción no excede la medida necesaria para alcanzar el objetivo que pretende conseguir* (la cursiva es nuestra). Como se desprende con claridad de la sentencia, el Tribunal no quiere enjuiciar los dos principios por separado, sino que engloba el control de proporcio-

atención al segundo juicio de la subsidiariedad, se trata nada más y nada menos que el control de proporcionalidad que proclama el artículo 5 TCE (40). De hecho, el TJCE no tuvo empacho en reconocer el carácter meramente accesorio del principio en este caso, y se remitió a los párrafos 122 a 141 de la sentencia, precisamente por ser los apartados que llevaban a cabo un juicio de proporcionalidad en el sentido tradicional y «contencioso», que no competencial, que había venido utilizando desde hacía años el TJCE. Por tanto, para aplicar el principio de subsidiariedad el Tribunal recurre a un control de proporcionalidad que ya ha realizado antes (sin vínculo alguno con los problemas de competencia), para finalmente absorberlo en el primero.

Resulta claro que el Tribunal de Justicia hace un uso laxo de la proporcionalidad desde la perspectiva competencial, y que en todo caso enjuicia la subsidiariedad de la medida, llegando incluso a desvirtuarla con el fin de no hacer un control de proporcionalidad en materia de competencias. Si esto es así, y el *asunto American Tobacco* nos indica que parece serlo, el omnipresente principio de proporcionalidad merecería una lectura más restrictiva en su hábitat comunitario, reduciéndolo a las esferas (ya de por sí generosas) en las que el conflicto se produce entre un ciudadano (o un interés particular) y la Comunidad. Esta «repatriación» del principio se debe principalmente a su falta de adecuación para resolver cuestiones competenciales, que sin duda responden a lógicas distintas y encuentran mejor encaje mediante la doctrina de las bases jurídicas y el principio de subsidiariedad. Por tanto, el argumento comunitario empleado por el profesor ORTEGA se encuentra francamente debilitado, y con él las defensas de la proporcionalidad en la garantía de la autonomía local.

VI. RECAPITULACIÓN: LA INCONVENIENCIA DE INCORPORAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ESFERA LOCAL

Una vez vistos los principales argumentos en defensa del principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local, resumamos con algo más de detalle los motivos que justifican nuestra negativa a tal incorporación. Dado que ha sido nuestro último esca-

nalidad como una parte integrante del principio de subsidiariedad, con lo que se confirma la tesis de la accesoriidad antes citada.

(40) Artículo 5, párrafo 3.º: «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Se trata de la misma redacción que emplea el Tribunal en *American Tobacco*, pero como parte integrante del principio de subsidiariedad.

lón, comencemos con el argumento comunitario: el principio comunitario de proporcionalidad ha sufrido un notorio desgaste desde que en 1992 fue encumbrado a los altares de los conflictos de competencia. No sólo no ha dado respuesta a los problemas que la reforma de Maastricht pretendía resolver, sino que ha provocado una distorsión en el concepto de proporcionalidad tradicionalmente empleado por el TJCE (41). De hecho, éste se resiste a darle el sentido que el artículo 5 TCE reclama para el principio, y el *asunto American Tobacco* es muestra de ello. Asimismo, incluso si el ejemplo fuera válido y actualmente encontrara el éxito que muchos esperaban, el paralelismo es perverso: no cabe equiparar a los Entes Locales, dotados de competencias *ex lege*, con los Estados soberanos, cuyo margen de actuación es universal a la hora de actuar en la sociedad internacional. La vertiente competencial de la proporcionalidad no tenía por objeto limitar a la Comunidad Europea frente a ciudadanos libres, sino de cara a Estados acostumbrados a no tener entes superiores que les ordenaran cómo actuar. En este sentido, la proporcionalidad comunitaria se parece más al principio que nace en la Prusia decimonónica como límite frente al poder público, pues los Estados miembros tienen amplios márgenes de actuación a la hora de intervenir en sede comunitaria, y esa amplia libertad cabría equipararla (aunque sea a efectos expositivos) a la de un individuo (42). En todo caso, tal como hemos expuesto en el epígrafe V, la vertiente competencial de la proporcionalidad comunitaria no ha llegado a buen puerto, por lo que el argumento del Derecho europeo se rompe y en poco contribuye a defender la transferencia del principio.

Un segundo argumento en contra de la incorporación de la proporcionalidad debe centrarse en los sujetos involucrados. Como hemos dicho ya en varias ocasiones, el principio de proporcionalidad nace como instrumento de los ciudadanos libres frente a un poder omnímodo, pero tasado, del Estado. Puesto que son individuos dotados de libertad, pueden plantar cara al poder público en defensa de aquélla, y la proporcionalidad es un instrumento más en la promo-

(41) Como apunte de actualidad, baste decir que el proyecto de Constitución de la UE no profundiza demasiado en la proporcionalidad como canon delimitador de competencias, a pesar de que el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad haya sobrevivido a los trabajos de la Convención. De hecho, el novedoso recurso en defensa del principio de subsidiariedad es tan sólo eso: un recurso contra actos de la UE que contraríen el principio de subsidiariedad, pero no el de proporcionalidad.

(42) En las expresivas palabras de nuestro TC, «en efecto, autonomía no es soberanía [...]» (STC 4/1981, FJ 3.º), y justamente es un poder soberano el que ejercen los Estados cuando negocian y adoptan soluciones en la Comunidad Europea, y por tanto es mucho más expresivo el papel de la proporcionalidad en el contexto comunitario, pues se parece, aunque sea de lejos, a la relación que entabla el ciudadano con el poder público. Cfr. F. SOSA WAGNER, *Manual...*, op. cit., pág. 51, y E. GIMÉNEZ Y CORRONS, *Los controles...*, op. cit., pág. 25.

ción de esta idea. El Estado no actúa con plenos poderes, sino ceñido a las potestades y competencias que le atribuyen los soberanos, y por tanto no goza de una presunción de libertad en el ejercicio de sus funciones. Esta presunción sólo actúa en beneficio de quienes ejercen tal libertad, que son los ciudadanos. La proporcionalidad nace y se desarrolla para proteger a estos últimos, y los tres *tests* que poco a poco irán desarrollándose como parte integrante del principio son síntoma de ello. Prueba de lo dicho es que la autonomía local no se estructura como un derecho fundamental, y la doctrina ha sido beligerante a este respecto (43). En el momento en que se pretendió dar forma de derecho subjetivo a la cláusula del artículo 140 CE, autores como SÁNCHEZ MORÓN no tardaron en criticar duramente esta idea, recordando que la autonomía local era una garantía destinada a proteger una esfera de actuación pública, pero no un derecho: «la disciplina constitucional de la autonomía local no puede equipararse a la de un derecho fundamental. Ni siquiera a la de un derecho subjetivo típico de libertad» (44). Si la autonomía local no se entiende como un derecho, la transferencia de la proporcionalidad llevará el principio hacia un terreno que, obviamente, no es el suyo.

Asimismo, el principio de proporcionalidad conoce distintos niveles de aplicación debido a los estándares aplicables en cada caso. Los principios no se aplican en el vacío, sino en un contexto jurídico y fáctico que determina la intensidad que ejercen los Tribunales en su control a la Administración. Los criterios que condicionan la aplicación del principio de proporcionalidad resultan diametralmente opuestos a los que necesita un conflicto de competencias. Es decir: para aplicar el principio de proporcionalidad en su fórmula tradicional, necesitamos conocer la intensidad de la lesión, el nivel técnico del acto impugnado, la generalidad o especialidad de la decisión, etc., mientras que los conflictos de competencia se sustentan en criterios bien diferentes, más orientados hacia la eficacia de la actuación administrativa que a la defensa del ciudadano. Dado que las propuestas hasta hoy lanzadas por la doctrina no hacen matiz alguno sobre el papel de la proporcionalidad en el Derecho local, enten-

(43) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, op. cit., págs. 166 a 170, y J. GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional...*, op. cit., págs. 35 a 37.

(44) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, op. cit., pág. 167. Aún más contundente es nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 26/1987: «Derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías constitucionales aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, por ejemplo la Autonomía local, que no están configuradas como derechos fundamentales» (la cursiva es nuestra). Véase el análisis descriptivo que hace de esta cuestión L. MORELL OCAÑA, *El régimen local español*, op. cit., págs. 38 y 39.

demos que el llamado «contexto» de cada caso merecería una mayor atención; y mientras no se aporten criterios que permitan la aplicación del principio en las relaciones interadministrativas, difícilmente podremos realizar una traslación mimética o mecanizada del mismo.

A todo ello hay que sumar el problema de la desvirtuación y deformación de las categorías jurídicas. En el Derecho, los conceptos son esenciales para que los ciudadanos puedan contar con sus contenidos de manera segura. Si la doctrina, en vez de sistematizar, racionalizar y dar sentido a tales conceptos, los ensancha hasta llegar a desvirtuarlos, no hará otra cosa que dificultar la aplicación del ordenamiento. Insistir en la aplicación del principio de proporcionalidad supone estirar la finalidad de una máxima ya de por sí maleable hasta los límites de la juridicidad. De hecho, cuanto más fungible sea un concepto jurídico, mayores motivos existen para el conservadurismo, con objeto de no desvirtuar la función del mismo. Si utilizamos un principio como el de proporcionalidad, que aún no encuentra una aplicación del todo firme y certera, para llevarlo hasta los terrenos que nunca pretendió conocer, flaco favor hacemos a la integridad de los conceptos y a la labor ordenadora, sistemática y racionalizadora de los dogmáticos. Las buenas intenciones que sustentan la transferencia del principio terminarían, pues, con un destacado nivel de inseguridad jurídica en las relaciones jurídicas.

Finalmente, una transferencia del principio de proporcionalidad al terreno del Derecho local supondría una consecuencia nociva desde la óptica procesal: si dejamos las relaciones interadministrativas en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con un instrumento jurídico atípico y en nada adaptado a la realidad competencial, el resultado más evidente será la judicialización de las relaciones entre los Entes Locales y las demás Administraciones. Si la proporcionalidad es ya un motivo muy atractivo para los particulares que acuden al contencioso, este efecto *pro litis* podría seriamente entorpecer el funcionamiento de la actuación pública. Se puede defender que la proporcionalidad tendría un efecto purificador, pues pondría fin a las intervenciones lesivas y excesivas que inciden en la autonomía local, pero antes de la purificación debe recaer el fallo judicial; y ello nos lleva de lleno al contencioso. Si las virtudes de la transferencia de la proporcionalidad pasan por un incremento en la litigiosidad entre Administraciones, puesto que sólo el juez tendrá la última palabra sobre la proporción o desproporción de la actuación administrativa, el buen funcionamiento de la cosa pública quedaría gravemente herido. Más que fomentar una vertiente funcional de las competencias administrativas, la «proporcionalización» del Derecho

local sólo alimentaría una tendencia al litigio, que tiende, para mayor desgracia, a prolongarse excesivamente en el tiempo (45).

VII. UNA SOLUCIÓN EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL: LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO

A pesar de la respuesta negativa que proponemos, no podemos negar que la Constitución y la legislación ordinaria dejan un margen para la utilización de un mecanismo similar al control de proporcionalidad. La Carta Europea de la Autonomía Local parece indicar con mayor vigor en esta dirección, y la LRBRLL también, aunque sin mencionar expresamente el principio. Dado que la proporcionalidad plantea los problemas que acabamos de destacar, ¿qué papel corresponde a estos preceptos? En nuestra opinión, el Derecho público español ha abierto las puertas al método de la *ponderación*, como técnica que puede resolver, en última instancia y de forma excepcional, un conflicto en defensa de la autonomía local.

La ponderación no es una norma jurídica, sino un método aplicativo que nos permite resolver un conflicto entre intereses normativos (46). Cuando el Derecho está llamado a resolver la contraposición de bienes y derechos contrapuestos, entra en juego la técnica de la ponderación. No se trata de un principio jurídico, sino un método

(45) Podría criticarse de este último argumento que resulta un tanto conservador, pues la invocación de la sobrecarga de los Tribunales difícilmente puede contrapesar la fuerza normativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Efectivamente, este argumento es plenamente aplicable cuando el cierre procesal afecta a los individuos, o incluso a las Administraciones Públicas en sus actuaciones como sujetos privados, pero no en la resolución de un conflicto competencial. Es bien distinto el sistema de legitimación para la protección de derechos individuales que el contemplado para la resolución de conflictos competenciales. En un supuesto se trata de un ciudadano frente al poder público, y en otro nos encontramos ante un conflicto entre poderes públicos en la definición de un ámbito competencial. Que sea el poder judicial el encargado de solventar esta segunda disputa merece, cuando menos, un análisis a la luz de la doctrina de las «alternativas institucionales», como la expuesta por N. KOMESAR, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, 1994, pues nos encontramos ante una disputa de carácter institucional, cuya judicialización no hace sino agravar el conflicto entre poderes del Estado. Por ello, sí resulta más convincente apelar a la sobrecarga de los Tribunales, pues pone de relieve su verdadera capacidad y eficacia en la resolución de este tipo de conflictos.

(46) Por todos, cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, op. cit., y L. PRIETO SANCHÍS, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, «CDP», núm. 11, 2000. La metodología nos indica que las reglas se *subsumen*, mientras que los principios se *ponderan*. Este criterio, que depende del concepto de regla y principio del que uno parta, nos muestra muy bien lo que pretendemos demostrar: que la ponderación no es una norma jurídica, sino un método de aplicación de tales normas. Sin embargo, al igual que la analogía o la subsunción, se trata de un método privilegiado y de frecuente utilización en los sistemas jurídicos como el nuestro, presididos por Constituciones abiertas e indeterminadas.

de aplicación de normas que los Tribunales utilizan todos los días, especialmente cuando se plantean antinomias entre principios, pero también cuando el juez está llamado a resolver, por ejemplo, una solicitud de adopción de medidas cautelares. Según RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, a su vez siguiendo a ALEXY, la ponderación como método se escalona en tres fases: en primer lugar, se identifican los bienes, valores e intereses en conflicto; en segundo lugar, se les atribuye un peso o importancia a cada uno; y en tercer lugar, se analiza el equilibrio conforme al criterio siguiente: «cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario» (47). De ahí surge un resultado que debe contar con una presunción de legalidad a favor del ente demandado, pues el riesgo de la judicialización sigue siendo importante. De esta manera, los artículos antes citados encuentran un anclaje en el actual estado del Derecho local, sometiendo su funcionamiento a un método ponderativo que, en caso de duda, merece un pronunciamiento a favor de la Administración demandada (48).

El principio de proporcionalidad es una norma jurídica, mientras que la ponderación es sólo un método para la aplicación de las normas (49). No es necesario forzar la lectura de los artículos 55.b) o 59 LRBR con el fin de reconducirlos hacia el principio de proporcionalidad: el método ponderativo es suficiente para que su contenido despliegue toda su fuerza, sin incurrir tampoco en los riesgos de la proporcionalidad. Claro está que la ponderación y la proporcionalidad tienen aspectos en común, principalmente el tercer *test* de la proporcionalidad, que no es sino un mandato de ponderación. Sin embargo, la ponderación es un método aplicativo que no cabe ser alegado en juicio si no hay una norma aplicable al caso, mientras que la proporcionalidad es una norma propiamente dicha, perfecta-

(47) J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, op. cit., págs. 117 y ss. El trabajo de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO se encuentra muy en deuda, tal como destaca el propio autor; con la obra de R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, págs. 157 y ss.

(48) Así, tras descartar que el principio de proporcionalidad actúe como norma en el Derecho de organización, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, afirma que «quizás, sin embargo, deba ser positiva la respuesta a la cuestión relativa a si la ponderación tiene aplicación en el ámbito del Derecho de organización, porque, como se ha dicho, a diferencia del principio de proporcionalidad, la ponderación no tiene sólo como campo de actuación el de las relaciones entre el poder público y los derechos de los ciudadanos. Presupuesto para la ponderación es el conflicto entre principios, valores, bienes o intereses, que deben realizarse en la medida de lo posible, que llevarían (cada uno de ellos en relación con su contrapuesto) a consecuencias distintas en un supuesto dado, y entre los que hay que decidir conforme al criterio “cuanto mayor sea el perjuicio a uno, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”. Y no está excluido, por principio, que esto se dé en el ámbito del Derecho de organización» (pág. 115).

(49) Sobre la distinción entre ponderación y proporcionalidad, cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, «AFDUAM», núm. 5, 2001, págs. 216 y 217, y J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, op. cit., págs. 105 y ss.

mente invocable en el seno del proceso. Precisamente por este hecho, es importante no desvirtuar el contenido del principio de proporcionalidad: sus consecuencias pueden ser graves para el funcionamiento de la Administración si se abusa de él, y sólo cuando esté claramente contemplado en la Constitución y la Ley, como lo está para las relaciones entre ciudadano-Estado, podrá ser esgrimible. En la órbita competencial es evidente que la proporcionalidad no ha asumido ese contenido que en las relaciones ciudadano-Estado sí tiene a día de hoy. Por tanto, en la defensa de la autonomía local puede que termine convirtiéndose en una herramienta perversa. El ordenamiento ha previsto otros instrumentos para proteger lo estipulado en los artículos 137 y 140 CE, pero entre ellos no está el principio de proporcionalidad. Aunque éste pueda ejercer a primera vista un papel loable, esta función hay que dejarla, tal como nos indican la Constitución y las Leyes, en manos de los garantes de la autonomía local.

JURISPRUDENCIA