

José María Rodríguez de Santiago: *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons, Madrid 2000, 117 páginas

A pesar de las críticas que ha recibido el método de la ponderación como instrumento «para determinar lo que es Derecho en cada caso», lo cierto es que las mismas no pueden servir de justificación para no admitir, ya no la validez del método, sino su necesidad. Y ello debido fundamentalmente a la vigencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de principios enfrentados entre sí que ordenan que algo «debe ser». La prevalencia de uno sobre otro debe tener, al menos una causa, una explicación y la aplicación del método de la ponderación es una buena solución, si no la única, en esos casos. Partiendo de esta premisa, esto es, de la necesidad y conveniencia de la utilización del método de la ponderación, el autor centra su estudio en el campo del Derecho Público y, más concretamente, de los derechos fundamentales y de la planificación administrativa conformadora y, por supuesto, lo hace no al margen de las críticas que se han dirigido contra la ponderación sino, como veremos más adelante, saliendo al paso de las mismas y proponiendo soluciones que disminuyan los riesgos de la aplicación del método citado. El libro está dividido en tres capítulos a los que me referiré a continuación.

Con carácter previo parece conveniente, aunque el autor lo hace en un momento posterior, determinar que ponderación y principio de proporcionalidad no son la misma cosa. La ponderación es sólo el tercer escalón (o la tercera fase) del principio de proporcionalidad. El autor trata de evitar a lo largo de toda la obra que ambas técnicas se confundan.

En el primer capítulo, que lleva por título «La exigencia de la ponderación en el Derecho Público» el Profesor Rodríguez de Santiago empieza señalando la distinta importancia que ha adquirido el método de la ponderación en el ámbito de los derechos fundamentales y en el de la planificación por la Administración conformadora. Mientras que en el ámbito de los derechos fundamentales la ponderación se ha venido utilizando desde hace tiempo (principalmente como consecuencia de diversas teorías relativas a los mismos: la concepción objetiva de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la

* Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

doctrina del efecto recíproco, entre otras) en el ámbito de la planificación conformadora no ha sido así en nuestro país. Los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo se limitan a verificar si el acto administrativo impugnado es o no arbitrario, sin que le sea exigible superar el test de proporcionalidad para que el mismo sea conforme a Derecho, realizando sólo un control negativo del acto. A diferencia de lo que sucede en nuestro país, el método de la ponderación ha alcanzado su máximo auge en Alemania no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales, sino también en el ámbito de la planificación conformadora y más concretamente en la planificación urbanística. Y digo que ha alcanzado su máximo auge porque, según lo apuntado por el autor, en los últimos años se está poniendo freno a la utilización del método en ese campo ya que había llegado a un grado tal de sofisticación «que la situación amenazaba con convertirse en una rémora para la eficaz actuación administrativa». La exigencia (aunque sea mínima) de ponderar en este ámbito es necesaria ya que supone en sí misma un límite importante al poder que ostenta quien ha de tomar decisiones o dicho de otra manera: la ponderación es la vía adecuada para compatibilizar la libertad de quien ostenta el poder de decidir con su sometimiento al Derecho.

La ponderación no sólo está reservada a los aplicadores del Derecho, sino que el legislador también ha de ponderar. Lógicamente, la forma en que lo hagan unos y otros no es la misma, es más, ni siquiera el legislador dispone de la misma libertad a la hora de establecer límites a los derechos fundamentales que a la hora de regular otro tipo de materias. Se puede decir que el único límite que tiene el legislador es la Constitución. En cuanto al Gobierno y la Administración, el autor vuelve a hacer hincapié en que la «imposición del método de la ponderación a determinados casos de actuación administrativa es una eficaz manera de limitar el ejercicio del poder mediante la imposición de un riguroso deber de motivar las decisiones conforme a las reglas racionales». Así, en el ámbito de la planificación, señala el autor, que el Derecho positivo contiene pautas más que suficientes para exigir al aplicador del Derecho una solución ponderada. Un buen ejemplo (el libro está repleto de ellos) son los artículos 8 a 10 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y valoraciones. En los citados artículos, a diferencia de lo que sucedía con la anterior regulación, se contienen principios para la clasificación del suelo como no urbanizable que han de ponderarse necesariamente para una correcta aplicación de la norma. Lógicamente esto supone un paso importante en lo que se viene diciendo ya que implica un cambio sustancial en «las exigencias impuestas al ejercicio de la discrecionalidad planificadora urbanística». En cuanto a la utilización del método de la ponderación por los jueces y tribunales, el autor señala que ha aumentado en buena medida sus poderes. Y ello porque son los jueces y tribunales los que tienen la última palabra y, en mayor medida, el Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta que quien decide en último lugar puede incorporar al debate circunstancias o principios que hasta el momento no habían sido tenidos en cuenta, lo cual puede alterar o variar el resultado de la ponderación.

En el segundo capítulo, que lleva por título «Un método para la ponderación», el autor a través de tres ejemplos (STC 99/1994, de 11 de abril, STC 57/1994, de 28 de febrero y STS de 4 de abril de 1997) establece las distintas fases que han de darse necesariamente en la ponderación. La primera consiste en identificar todos los principios que están en conflicto, tarea ésta que no es fácil como demuestra el autor a través de determinados pronunciamientos judiciales. Una vez identificados los mismos, la segunda fase consiste en atribuir a cada principio su peso específico, para lo cual han de tenerse en cuenta las circunstancias que concurran en el caso concreto. Esta fase, se afirma, es fundamental ya que en la misma ha de tener lugar la «fundamentación de la decisión de prevalencia». Se procede en último lugar a la aplicación de lo que se ha llamado la «ley de la ponderación» conforme a la cual cuanto mayor sea el perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario. Estas tres fases no son autónomas ni se suceden de forma totalmente automática, sino que están estrechamente entrelazadas.

El capítulo tercero lleva por título «los peligros del método de la ponderación». Fundamentalmente son dos los peligros que se apuntan en el libro: el que supone para la seguridad jurídica, remitiéndose en cada caso a la justicia del caso concreto y, en segundo término «desplazamientos en el esquema de distribución del poder entre los órganos del Estado». En cuanto al primero de ellos, el autor empieza señalando que no se trata de un riesgo exclusivo de la técnica de la ponderación, ya que, en ocasiones, la labor interpretativa que hay que realizar con anterioridad a la subsunción, es mucho más peligrosa. No obstante, no sirve de justificación el hecho de que otras técnicas sean inseguras para obviar el problema. Por ello, el Profesor Rodríguez de Santiago llama la atención acerca de la formulación de reglas de prevalencia que surgen como consecuencia de una ponderación bien hecha. Estas reglas de prevalencia pueden aplicarse a casos futuros, limitando así la remisión a la justicia del caso concreto. Un buen ejemplo de que esto ha funcionado es la doctrina creada por nuestro Tribunal Constitucional acerca de la resolución de los conflictos existentes entre la libertad de expresión y el derecho al honor. También reconoce el autor que a través del método de la ponderación pueden alterarse los esquemas de distribución del poder. Así, un Juez a la hora de revisar un acto administrativo puede, en lugar de realizar un juicio de legalidad, realizar un juicio de oportunidad y acabar sustituyendo la decisión ponderada adoptada por la Administración por la suya propia. También se dan casos en los que a través de la aplicación del método tanto los jueces y tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional vienen a suplantarse a la Ley que es la que pondera en primer término, o al menos la que establece los principios que «deben ser» y en qué medida, procediendo a una aplicación directa de la Constitución. Es decir, el autor es consciente de todos estos riesgos y los saca a la luz ilustrándolos con ejemplos. Sin embargo, no se queda sólo en poner de manifiesto los peligros, sino que propone para evitar esos riesgos que la ponderación venga dirigida por el legislador democrático, esto es que sea la Ley la que establezca reglas de prevalencia «prima facie». De esta forma se

evita que dos principios se encuentren en pie de igualdad y por ende se evita que sean los aplicadores del Derecho los que en primer término ponderen. Esta proposición no evita que los aplicadores del Derecho alteren en determinados casos la regla de prevalencia establecida por el legislador en abstracto, pero sí les exige una mayor motivación de su decisión.

Como habrá podido apreciar el lector, el libro supone una importante aportación a uno de los temas más actuales en el ámbito del Derecho Público y aún del Derecho en general. El tratamiento se hace, además, desde un profundo conocimiento del Derecho Alemán (especialmente relevante en esta materia) y a partir de numerosos pronunciamientos judiciales con los que el autor avala cada una de sus afirmaciones.