

RECENSIONES

ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Ed. Marcial-Pons, Madrid, 2009.

I. Presentación. Una Jornada universitaria singular

El libro que tenemos la oportunidad de recensionar es fruto de un acontecimiento ciertamente singular en el ámbito académico. La singularidad no radicaba tanto en su objeto —una jornada sobre la ponderación que, pese a su creciente protagonismo, no es una técnica en absoluto desconocida entre nosotros— como en su enfoque, de carácter marcadamente interdisciplinar. En efecto, no es frecuente ver a un grupo de profesores pertenecientes a departamentos y áreas de conocimiento distintas debatiendo juntos acerca de un tema de enorme interés. Enhorabuena a Luis Ortega y a quienes, junto a él, han impulsado esta excelente iniciativa.

Como explican el propio Luis Ortega y Susana de la Sierra en la Presentación, el libro recoge las intervenciones por el orden en que tuvieron lugar. Pese a los necesarios retoques, casi todas mantienen la frescura y espontaneidad de las participaciones orales, lo cual hace muy amena su lectura, acercando con gran eficacia al lector un tema de cierta complejidad.

El libro se abre con una introducción general al seminario por parte de Luis Ortega («La ponderación en el marco del pluralismo») y con una presentación de la teoría de la ponderación desde el Derecho Administrativo a cargo de Luis Arroyo Jiménez («Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo»). Después se sitúan las intervenciones de dos filósofos del Derecho en torno a la teoría general de la ponderación en el contexto del llamado neoconstitucionalismo: «Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales», de Luis Prieto Sanchís; y «Neoconstitucionalismo y ponderación», de Alfonso García Figueroa. La segunda parte de la jornada estuvo protagonizada, previa presentación de Susana de la Sierra («La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio»), por administrativistas. En ella debatieron algunas aplicaciones concretas de la ponderación en el Derecho administrativo José María Rodríguez de Santiago («Ponderación y actividad planificadora de la Administración»), Francisco Velasco Caballero («Método de la ponderación y

sistema competencial») y Gabriel Doménech Pascual («Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico»).

II. Origen, concepto y fundamento de la ponderación como método jurídico

Al origen, concepto y fundamento de la ponderación como método jurídico en general se refieren las aportaciones de Arroyo Jiménez, Prieto Sanchís y García Figueroa. Comienzan afirmando los dos primeros que, a diferencia de la ley, que –con mayor o menor precisión– trata de anudar ciertos supuestos fácticos a determinadas consecuencias normativas, las Constituciones contemporáneas son más bien una regulación principialista, donde se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros., o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Aquí no sirven las técnicas tradicionales para resolver las antinomias, pues las contradicciones se dan al mismo nivel y dentro del mismo texto jurídico, la Constitución.

Por tanto, la ponderación como método de resolución de estas antinomias –prosigue Arroyo Jiménez– exige distinguir previamente entre principios y reglas. Los principios –muy señaladamente los derechos fundamentales pero no sólo ellos– son mandatos de optimización, en el sentido de que son normas que “ordenan algo en la mayor medida posible” (por ejemplo, artículo 45.2 CE: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales”). Esta característica hace que los principios reúnan otras dos notas que les son inherentes: se trata de normas *incompletas o fragmentarias*, en la medida en que no determinan la consecuencia de su incumplimiento, y son susceptibles de un *cumplimiento gradual*. Este grado de cumplimiento depende de las circunstancias o condiciones fácticas y jurídicas. Las jurídicas son precisamente las normas o principios que ordenan algo en sentido opuesto y con los que potencialmente entran en conflicto. Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no; no son fragmentarias, pues determinan las consecuencias de su incumplimiento; y, por tanto, contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible. Un ejemplo de regla sería la prohibición de la tortura o la abolición de la pena de muerte (artículo 15 CE: “Queda abolida la pena de muerte...”).

En el orden de los conflictos, la diferencia entre reglas y principios estriba en que los conflictos entre reglas se solventan mediante mecanismos (derogación normativa, declaración de invalidez, especialidad normativa, etc.) que

establecen de manera más o menos automática la preferencia de una regla sobre otra, la cual queda absolutamente desplazada. En cambio, los conflictos entre principios se resuelven a través de la ponderación. Esta consiste en identificar las circunstancias que hacen que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias tal principio es el de mayor peso y no el otro, y ello conforme a la regla constitutiva de la ponderación que puede formularse así, siguiendo a ALEXY: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Por tanto, cabe –es más, será lo normal– que el principio llamado a ceder no sea desplazado por completo, sino en parte, esto es, en la medida necesaria para satisfacer aquel con el que se encuentra en relación de conflicto.

Como consecuencia de lo dicho, puede además decirse que ponderar es, en definitiva, establecer y fundamentar una *relación de precedencia condicionada*. Condicionada porque con dicha ponderación no se está diciendo que en general tal principio sea más importante que otro, sino que en *esas condiciones*, en el supuesto fáctico concreto, ese principio precede al otro. La ponderación presupone así, como dice Prieto Sanchís parafraseando a GUASTINI, que no existen jerarquías *a priori* de principios o derechos, sino una jerarquía móvil o axiológica donde a la vista de las circunstancias concurrentes se concede mayor peso o importancia a una de esas razones.

Así descrito, el proceso de ponderación desemboca, tiene como resultado, la creación o la expresión de una regla: esto es, un juicio de deber ser en virtud del cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia. Las reglas pueden entenderse, por tanto, como el resultado de una ponderación previamente desarrollada. En suma –precisa Prieto Sanchís– cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular “*prima facie*” un conflicto y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso.

Para perfilar el concepto de ponderación como método jurídico, es además imprescindible aludir a la distinción realizada por Arroyo Jiménez entre ponderación y proporcionalidad. Si la ponderación es un método de *decisión*, la proporcionalidad es un método de *control*. Desde este punto de vista, son instituciones funcionalmente heterogéneas por más que, no obstante, se relacionan estrechamente: la regla que expresa el resultado de la ponderación se controla mediante la proporcionalidad para comprobar la corrección de dicha relación de preferencia condicionada. A su vez, la comprobación de la propor-

cionalidad de una medida que afecta negativamente a un principio implica el control de la corrección de la ponderación previamente realizada entre el principio desplazado y aquel al que sirve la medida adoptada.

En opinión de Prieto Sanchís, la ponderación no elimina completamente toda subjetividad ni garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico. Pero tiene la virtualidad de indicar qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna. La ponderación hace más transparente el proceso que conduce a la decisión, obligando a mostrar todas las premisas fácticas y normativas que son relevantes en el caso, de modo que el esfuerzo de motivación o justificación que se requiere resulta más extenso y profundo.

A la luz de estas consideraciones, es evidente que ponderar, no sólo ponderan los jueces. También lo hace, en primer término, el legislador. Es más: como señala Arroyo Jiménez, el primer poder llamado a ponderar entre los principios o determinaciones normativas de carácter material de los que la Constitución está llena, es sobre todo el legislador democrático. En consecuencia, el campo de la ponderación se abre al juez sólo cuando el legislador ha optimizado dos principios que se encuentran en conflicto, y no –por tanto– cuando el legislador no ha optimizado uno de los dos a favor del otro, es decir, cuando ya ha realizado la ponderación. Otra cosa supondría una suplantación del legislador por el poder judicial. Pero –advierte Luis Ortega– todavía hay un límite más a la ponderación judicial: cuando el legislador ha confiado la ponderación o la priorización de determinados bienes o valores a la Administración. En estos casos, la función judicial se limita a un control de esa ponderación administrativa en los términos que más adelante detallan otros ponentes.

III. Ponderación y contenido esencial de los derechos fundamentales. Las teorías “interna” y “externa”. El caso paradigmático de la objeción de conciencia

Como se ha señalado, la teoría de la ponderación se ha desarrollado sobre todo en orden a la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Hasta tal punto es así, que –al menos desde hace décadas en Alemania– compiten en esta cuestión dos teorías cuyo signo distintivo lo constituye el rechazo o la utilización del método de la ponderación. Como expone

Prieto Sanchís, representante de ese rechazo es la llamada “teoría interna”, que afirma que las conductas objeto de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que a través de una correcta interpretación se puede llegar a delimitar con absoluta precisión la suerte del caso: o estamos en presencia de un ejercicio típico del derecho y entonces nada hay que ponderar ni discutir, o nos movemos fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir porque el asunto queda a la libre decisión del legislador o de los otros poderes públicos constituidos.

La “teoría externa”, en cambio, parte de la premisa contraria, es decir, de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos. Por eso, esta teoría propugna que de entrada cualquier conducta genéricamente adscribible a un derecho fundamental sea reputada como ejercicio del mismo, incluso aunque al mismo tiempo se presente como una vulneración de otro derecho fundamental. Con otras palabras, propone que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental sea tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión (por ejemplo, la libertad de información), entendiéndose por “sea tratada” como un asunto con relevancia constitucional, es decir, un asunto donde concurren razones al mismo tiempo para su reconocimiento y para su no reconocimiento (por ejemplo, porque en principio parece vulnerar el derecho al honor de otra persona). Ello implica distinguir entre un juicio “*prima facie*” y un juicio “*definitivo*”: *prima facie* podemos considerar que la conducta es fruto u objeto del ejercicio de un derecho fundamental (libertad de información), y *prima facie* debemos también considerar las razones que se oponen a dicha conducta (derecho al honor de otro sujeto). La ponderación entre esas razones constitucionales en colisión (en este caso dos derechos fundamentales) es precisamente el método para la formulación del juicio *definitivo* sobre la cuestión, esto es, el contenido esencial de uno y otro derecho en el caso concreto.

En su intervención, Alfonso García Figueroa profundiza en las raíces filosóficas de ambas teorías. Califica a los partidarios de la teoría interna de “iusfundamentalistas” porque afirma que suelen ser partidarios de una fundamentación o bien metafísica o bien hiperracionalista de los derechos fundamentales, situando –por cierto– a ALEXY entre estos últimos. En cambio, la teoría externa responde más bien a una fundamentación no metafísica del discurso práctico, del tipo de HABERMAS o DWORKIN. Para el primer grupo, los derechos tienen un contenido y una delimitación definida *ex ante*, por mucho que vayamos conociendo sus confines poco a poco. En cambio, la fundamentación no metafísica del discurso práctico implica que sólo es

racional lo que es discutible o susceptible de discusión. La ponderación no es consustancial con esta concepción pero sí muy apropiada para ella, ya que presupone que los derechos fundamentales son producto de la decisión del hombre, siendo el método predominante para adoptar esa decisión la ponderación. La ponderación es un método para la *construcción* de respuestas a problemas prácticos, no para su *descubrimiento*.

Descendiendo de nuevo al terreno de los derechos, en opinión de Prieto Sanchís, las críticas u objeciones que cada teoría esgrime frente a la otra tienen su parte de razón. Es cierto que la teoría externa promueve mejores resultados desde el punto de vista de la expansión de las libertades. Da primacía a la libertad negativa sobre la positiva al permitir innumerables cursos de acción con las mínimas restricciones. A ello conduce el hecho de que entienda cualquier conducta "*prima facie*" como ejercicio de libertad, cuya limitación "*definitiva*" debe estar argumentada y contar con razones a favor al menos tan poderosas como para fundamentar una interferencia justificada en dicha esfera protegida. Pero también es verdad que la teoría externa corre el riesgo, vía ponderación, de mostrarse demasiado tolerante con la lesión de un derecho o de una libertad si dicha lesión resulta proporcional para satisfacer otro bien digno de tutela. Por su parte, la teoría interna tal vez garantice menos derechos, pero sí más fuertes, en la medida en que no opera con la ponderación. Pero no debe olvidarse tampoco que la teoría interna es incapaz de construir o de convertir la libertad genérica de los ciudadanos, es decir, la que emerge del silencio del legislador, en auténtico derecho de los ciudadanos. Algo que resulta más fácil para la teoría externa, según la cual en el marco del constitucionalismo de los derechos, toda acción u omisión está permitida a menos que esté prohibida u ordenada por otra norma que formal y materialmente encuentre acomodo en la Constitución. En definitiva, si la teoría interna apuesta por una *intensión*, la externa lo hace a favor de una *extensión*. Es decir, la teoría interna teme que los juicios ponderativos conviertan en bagatela el núcleo mismo de los derechos, mientras que la externa confía en que esa misma ponderación propicie una ampliación de las esferas protegidas.

Es posible que en los casos claros o centrales ambas teorías lleguen a los mismos resultados; no así en los casos difíciles, donde resulta dudosa la presencia y el alcance de un derecho fundamental. El ejemplo utilizado por Prieto Sanchís para ilustrar esta consideración es harto elocuente: la objeción de conciencia. La teoría interna tendería a afirmar que la objeción de conciencia no está expresamente reconocida en la Constitución más allá de lo específicamente dispuesto en el artículo 30.2 CE. Por eso, pretender ejercer la objeción en otros ámbitos materiales y con respecto a otros deberes jurídicos

(distintos del de servicio militar) resultaría inconcebible en nuestro ordenamiento. La teoría externa, en cambio, operaría del siguiente modo: la objeción de conciencia, el derecho a rehusar el cumplimiento de aquellos deberes jurídicos que pugnen con la propia conciencia, es “*prima facie*” un derecho fundamental derivado de la libertad de conciencia del artículo 16 CE. No es un derecho general en el sentido de definitivo o concluyente a ejercer cualquier modalidad de objeción, pero sí existe un derecho “*prima facie*”, es decir, un derecho a que la conducta no sea tenida de entrada como una mera infracción jurídica donde, constatado el hecho, sólo cabría aplicar la consecuencia o sanción correspondiente, sino como un supuesto de colisión entre el derecho a la libertad de conciencia y los límites que al mismo se oponen desde la norma jurídica incumplida. Quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, *en principio* o *prima facie* ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio *definitivo* pueda desembocar en la negación, rechazo o modulación de la posición objetora a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes a favor de tal deber jurídico. Por eso, precisa Prieto Sanchís, más que a la objeción respecto de cualquier deber y en cualquier circunstancia, el artículo 16 CE da un “derecho a la ponderación” o un “derecho a la argumentación”. Que, *en definitiva*, la conducta objetora merezca tutela no depende propia o directamente de la Constitución o de la Ley (que nada dicen), sino que es el resultado de un proceso argumentativo que se quiere gobernado por la racionalidad. Desde la teoría externa, concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas (que siguen siendo todas) deben ser tratadas como un caso de conflicto entre un derecho fundamental y un deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa.

IV. La ponderación en el marco del Derecho Administrativo

Pero la ponderación no agota sus virtualidades como método jurídico en los problemas de delimitación de los derechos fundamentales, ya se trate de un conflicto entre ellos, ya se trate de un conflicto entre un derecho fundamental y la ley que lo desarrolla o limita, por más que estos problemas sean su cara más visible. Como señala Arroyo Jiménez, el Derecho Administrativo es un Derecho de conflictos, especialmente entre principios constitucionales, y por tanto se articula técnicamente a través de la ponderación.

Los conflictos que pueden ser objeto del Derecho Administrativo, prosigue Arroyo, son múltiples y variados: entre los distintos poderes del Estado (Administración, legislador y jueces) y entre competencias de los diversos poderes territoriales; o entre principios o determinaciones normativas de

carácter material, de los que la Constitución está plagada. El primer poder público llamado a realizar la ponderación entre dichos principios es el legislador democrático, y su resultado se evidencia especialmente en el Derecho Administrativo Especial. Pero también el Derecho Administrativo General es escenario de ponderaciones legislativas importantes: por ejemplo, la configuración actual de la autotutela administrativa. En efecto, la ejecutoriedad de los actos administrativos no es más que el resultado de una ponderación legislativa en la que se prioriza el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) frente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Es cierto que la ejecutoriedad no está constitucionalizada, mas entra dentro de las determinaciones que el legislador puede adoptar en el marco del art. 103 CE, es decir, para satisfacer el principio de eficacia contenido en él.

Pero también la propia Administración pública está llamada a realizar ponderaciones cuyo resultado es la aprobación de normas (reglamentos). Esta ponderación administrativa puede estar limitada externamente por reglas legales (que son resultado, a su vez, de una ponderación legislativa) o por directrices políticas que reflejan una relación de preferencia "*prima facie*" ya realizada por el legislador y de la que tiene que partir la ponderación a realizar por la Administración. Finalmente, la Administración puede ponderar asimismo con ocasión de la adopción de actos administrativos singulares, y ello porque el Derecho Administrativo actual ya no es un Derecho de reglas sino cada vez más un Derecho que consiste en la dirección de la Administración a través de programas finales en forma de directrices y cláusulas generales de apoderamiento. El espacio directamente encaminado a ser llenado mediante la ponderación en este ámbito es el de la discrecionalidad administrativa que representa, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN, esencialmente una «competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación». La discrecionalidad no es, por tanto, elección entre distintas opciones jurídicamente indiferentes, sino ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales. En este sentido, la ponderación ha sido propuesta por autores alemanes como elemento a partir del cual reconstruir toda la doctrina relativa a la discrecionalidad administrativa, más allá de su simple confrontación u oposición a los conceptos jurídicos indeterminados. Lo que se esconde en realidad bajo fenómenos como la discrecionalidad para la determinación de las consecuencias de una norma, la inherente a la potestad reglamentaria y a la planificación, así como el margen de apreciación administrativa derivado de algunos conceptos jurídicos indeterminados, es la habilitación a la Administración para que adopte decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate. Y ello sin perjuicio de que tal habilitación pueda estar delimitada norma-

tivamente desde dos puntos de vista: las determinaciones finalistas señaladas a la potestad, y las determinaciones organizativas y procedimentales que estén previstas de cara a la adopción de esa decisión.

Dentro de este marco general, las ponencias de Velasco Caballero y Rodríguez de Santiago se centran en dos aspectos concretos de la ponderación en Derecho Administrativo: la llamada “ponderación competencial” y la ponderación en el planeamiento, especialmente el urbanístico.

V. En especial, la “ponderación competencial”

Por lo que se refiere a la primera, Velasco Caballero indica cuándo es posible dar juego o acudir a la ponderación para resolver problemas de distribución de competencias entre organizaciones administrativas. Y valiéndose para ello del concepto general de ponderación como método de resolución de conflictos entre principios, concluye que ello es posible sólo cuando un órgano u organización debe determinar las competencias ajenas (por ejemplo, una Comunidad Autónoma con respecto a los entes locales de su territorio) y para ello el Derecho de la Organización (normalmente a nivel constitucional o primario) sienta unos criterios de principio que han de ser respetados “al máximo posible”. Evidentemente, si el órgano no define competencias porque ya están prefijadas por el ordenamiento, no es posible hablar de “ponderación competencial”. De esta manera, allí donde la Constitución se haya servido de descriptores materiales precisos para definir, por ejemplo, las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado (como es el caso, por ejemplo, de ciertas competencias “exclusivas”) no hay lugar para acudir a la ponderación, a riesgo de disolver el propio Derecho constitucional o primario. En estos supuestos, la aplicación del sistema competencial descansa sobre reglas más o menos cerradas, que responden a técnicas de “encuadramiento”, más bien subsuntivas que ponderativas. No hay hueco aquí para la ponderación y el operador jurídico sólo puede realizar una labor “subsuntiva”, es decir, de interpretar si el supuesto fáctico encaja en el presupuesto de hecho de la regla atributiva de competencia. Se trata de una tarea meramente interpretativa, no decisoria. El ejemplo más palmario se produce cuando se dilucida si una determinada materia es objeto de competencia exclusiva. Por eso, en estos casos, el TC suele utilizar los llamados “juicios de encuadramiento”.

Pues bien, sobre estos presupuestos generales, estima que puede acudirse a la ponderación cuando la Constitución atribuye al Estado el poder de delimitar algunas competencias de las Comunidades Autónomas. Esto sucede muy particularmente en los casos en que corresponde al Estado la “legislación

básica”, poder que implica definir negativamente las competencias de “desarrollo” de las Comunidades Autónomas. En este supuesto el TC exige que el Estado respete un margen cualificado de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, proceso complejo en el que hay que “ponderar” fundamentalmente dos principios: el de autonomía política autonómica (extraído por la propia jurisprudencia constitucional del artículo 2 CE) y el interés general estatal representado por las bases. Semejante significado dispone la competencia del Estado para fijar las “condiciones básicas” a las que se refiere el artículo 149.1.1.º CE en relación con el ejercicio de los derechos constitucionales en condiciones de igualdad por parte de todos los españoles, con independencia del territorio en el que se encuentren.

Los supuestos de posible ponderación competencial no se agotan en estas relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que puede proyectarse también en relación con las competencias de la Unión Europea. A este respecto no debe olvidarse que los Tratados, cuando atribuyen competencias a los órganos comunitarios, lo hacen exigiendo que se sacrifique “lo menos posible” el poder de los Estados miembros, lo cual no es sino la enunciación de una norma de carácter principal (mandato que ordena algo en la mayor medida posible). Por tanto, cuando los Tratados atribuyen al Consejo, al Parlamento y a la Comisión la facultad de delimitar las competencias de los Estados miembros en la materia o el campo que sea, su ejercicio debe cohererarse ponderadamente con el principio de respeto al poder originario de los Estados miembros, deducible de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.

También es campo abonado para la “ponderación competencial” el de la fijación de las competencias de ciertas organizaciones administrativas que tienen una esfera de autonomía constitucionalmente reconocida: las universidades y las entidades locales. Que la Constitución consagre la autonomía local sin delimitar las competencias de los entes de dicha naturaleza, significa que los legisladores estatal y autonómico, deben ponderar teniendo en cuenta el principio de garantía de la autonomía local para optimizar al máximo posible el nivel competencial de las entidades locales, método que de hecho ha seguido el TC en numerosas ocasiones. En cuanto a las universidades, se alude a algún pronunciamiento en el que el TC ha usado la ponderación para resolver la tensión entre homogeneidad de títulos oficiales y autonomía académica en relación con los planes de estudio.

Velasco Caballero atribuye a la ponderación una gran utilidad en este ámbito por cuanto que racionaliza el proceso de determinación competencial.

La tarea de delimitación competencial no es libre, sino que está guiada por normas principiales. Todo ello exige una justificación suficiente, apoyada sobre un juicio prospectivo “coste-beneficio”. Se permite, así, superar la argumentación tautológica tantas veces utilizada por el TC, según la cual –por ejemplo– lo “básico” es el común denominador normativo aplicable en todo el territorio nacional. Y es que con ello, en efecto, se dice lo que “es”, no lo que “debe ser”, que es el objeto propio del control jurídico.

VI. En especial, la ponderación en la actividad planificadora de la Administración

En cuanto a la ponderación en la actividad administrativa planificadora, comienza señalando Rodríguez de Santiago que el salto de la ponderación del ámbito de los derechos fundamentales al de la actividad planificadora (sobre todo urbanística) de la Administración, se produjo en Alemania muy pronto. Ello contrasta con la situación española, donde la ponderación como método de control de los planes administrativos se encuentra en un estadio incipiente en la jurisprudencia, a diferencia de lo que sucede en materia de derechos fundamentales, en la que el uso de la ponderación ha sido objeto de una plena y más o menos satisfactoria recepción, tal y como evidencian de antiguo las sentencias de nuestro TC.

Más concretamente, en materia de planificación se padece en España lo que muchos autores han denominado una “asimetría” entre la norma de conducta de la Administración y la norma de control judicial. Las normas que regulan la conducta de la Administración atribuyen a ésta muchas veces el poder de “decir la última palabra”, sobre todo cuando tiene que ponderar diversos principios en la realización de planes de tipo condicional, es decir, objetivos y directrices señalados por la ley y que la planificación administrativa debe cumplir en la “mayor medida posible”. En cambio, la actividad de control desarrollada por los jueces no puede proyectarse sobre dicha decisión, sino a lo sumo sobre aspectos periféricos o adjetivos de la misma, como –por ejemplo– el procedimiento seguido para su adopción. Las normas de control usadas son, en estos supuestos, de carácter negativo y se reducen a comprobar que la decisión no sea ilegal, no haya habido desviación de poder, responda a los hechos determinantes y no haya incurrido en irracionalidad. El canon del control judicial es, así, muy estrecho, uniforme, muy poco eficaz y de carácter fundamentalmente negativo. De este modo, la decisión sobre el planeamiento aparece blindada por la coraza de la discrecionalidad y el órgano judicial no revisa nada, salvo que el recurrente demuestre una ilegalidad, una desviación de poder (muy difícil de probar, como es sabido) o una conducta claramente irracional o arbitraria.

Rodríguez de Santiago postula una reducción de dicha “asimetría” dirigiendo la atención precisamente a la ponderación realizada por la Administración entre los diversos fines que la norma quiere que el plan satisfaga “en la medida de lo posible” y a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso. La exigencia –controlable por los tribunales– de que el plan sea el resultado de una adecuada ponderación deriva, según ya es tópico afirmar en Alemania, de la misma esencia de la planificación propia de un Estado de Derecho. Por ello, dicha exigencia rige allí con independencia de que lo exija o no expresamente la ley.

Pero, ¿en qué consiste la ponderación administrativa en el seno de la planificación? Rodríguez de Santiago lo ilustra con un sencillo ejemplo extraído de la legislación de carreteras. Imaginemos que la Administración competente debe decidir el trazado de una nueva carretera. Lo primero que ha de hacer es *identificar los intereses en juego*, es decir, los intereses, bienes o principios que en el caso concreto han de satisfacerse y que eventualmente pueden encontrarse en situación de conflicto o contradicción. Si de los dos posibles trazados de la carretera, uno de ellos pasa por un terreno con valor ecológico y otro por un terreno montañoso, los valores o intereses en juego no sólo son la protección del medio ambiente y la seguridad vial, sino que ambos principios se encuentran potencialmente enfrentados. En efecto, si se decide la construcción de la carretera a través de las montañas, el valor medio ambiente queda máximamente protegido, pero las obligadas curvas que deberá seguir el trazado de la carretera en tal supuesto contradicen la exigencia de seguridad vial. Por el contrario, si la construcción de la carretera se acomete finalmente por el terreno con valor ecológico, la satisfacción de la seguridad vial será tan intensa como lo permiten las circunstancias, pero la lesión al medio ambiente es palmaria. ¿Qué hacer entonces? Sin más datos en el expediente administrativo, la perplejidad de la Administración conduciría a la inacción, porque de entrada los dos principios están en el mismo plano, ya que la norma de conducta de la Administración planificadora exige de ésta la satisfacción de los dos principios “en la mayor medida posible”, sin jerarquizarlos entre sí ni establecer entre ellos una relación *a priori* de prevalencia. Por ello, el segundo paso que debe dar la Administración es –por decirlo de alguna manera– hacer lo que no ha hecho ni podía hacer el legislador: *atribuir peso o importancia* a cada uno de los intereses en juego en atención a las *circunstancias concretas del caso*. Si después de los estudios e informes pertinentes se obtiene la información de que en el espacio con valor ecológico pervive una especie vegetal única en España que, según estudios periciales, correría peligro de extinguirse, y que –por otro lado– es previsible que la carretera proyectada, por determinadas circunstancias socioeconómicas, sea una de las menos transitadas de la región, ya puede

llegarse a algún resultado. Puede afirmarse, por lo pronto, que a la luz de las circunstancias concretas del caso, al principio protección del medio ambiente le corresponde una importancia o peso elevado, mientras que la seguridad vial, sin ser despreciable, es poco relevante en esta situación. En este punto, finalmente, la Administración ya puede tomar una *decisión de prevalencia*, que sería la tercera fase de la ponderación: la solución ponderada sería la de trazar la carretera por la zona montañosa, aun a costa del perjuicio que eso puede suponer para la seguridad vial, porque el daño que la solución contraria causaría al principio protección del medio ambiente sería mayor. Se dice que el resultado de la ponderación es una “regla de prevalencia condicionada” porque enuncia las *condiciones* en las cuales el valor medio ambiente prevalece sobre el de la seguridad vial. En otras *condiciones*, en otras *circunstancias*, evidentemente la relación de prevalencia podría ser incluso la inversa.

Sin embargo, en materia de planificación administrativa, enfatiza Rodríguez de Santiago, la ponderación no hace referencia sólo a una manera de argumentar o de motivar la decisión, que es el significado habitualmente atribuido a la ponderación como procedimiento. En el ámbito de las decisiones administrativas planificadoras la ponderación exige la puesta en marcha de un procedimiento formalizado, de un procedimiento administrativo en sentido estricto, a través del cual se realicen los trámites necesarios para recabar toda la información requerida —principios o intereses en juego y circunstancias que los rodean en el caso concreto— para que la ponderación sea correcta: es decir, identificar todos los intereses en juego, cuál es el grado de importancia de cada uno en el caso, y cuál debe ser la regla de prevalencia condicionada entre ellos. Por estas razones, y así lo ha apuntado la jurisprudencia del TS muchas veces, las normas urbanísticas exigen que en el procedimiento de elaboración de los planes se realicen trámites que permitan la formulación de sugerencias y observaciones, información pública, audiencia a otras Administraciones, etc. Es decir, todo aquello que permita identificar los diversos intereses públicos y privados en juego.

Pero la reducción de la asimetría entre normas de conducta y normas de control exige que este último no se limite sólo a la ponderación como procedimiento. Rodríguez de Santiago defiende que la labor de control judicial se extienda también a la ponderación como resultado, es decir, la norma de control debe ensancharse para abarcar la constatación positiva de que la decisión sobre planeamiento es fruto de una ponderación justificada. Por lo tanto, el órgano judicial ante el que se impugna un plan debe verificar que en el expediente quede constancia de que se han identificado suficientemente todos los intereses relevantes en juego, se les ha atribuido el peso o la importancia que les corresponde en atención a las circunstancias concurrentes en el caso y se han

adoptado justificadas decisiones de prevalencia. Si ese procedimiento de ponderación no queda reflejado en el expediente, la decisión debe considerarse inválida y debe ser devuelta al órgano administrativo para que aquella vuelva a adoptarse correctamente. Con ello se superaría una concepción puramente negativa del control judicial, para adoptar un tipo de control positivo, al menos hasta los límites de lo razonable. A juicio de Rodríguez de Santiago, el que la Administración no siga decidiendo al margen de un riguroso procedimiento de ponderación racional no es sólo una exigencia de la confianza de los ciudadanos en las decisiones que les afectan, sino que se trata también de una cuestión de ética pública.

VII. Un complemento necesario: la utilización de métodos empíricos y de las matemáticas en el proceso de aplicación de los principios jurídicos

Si, como se ha señalado hasta ahora, la ponderación es un método para aplicar principios jurídicos de modo que la decisión que se adopte no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, sino que maximice su satisfacción global, habrá que tratar de averiguar en qué medida se realizarán cada uno de los principios implicados según el curso de acción que se siga, para escoger aquel que maximice dicha realización. La intervención de Gabriel Doménech se centra, precisamente, en dos de los métodos posibles y más comúnmente utilizados –al menos en otros ordenamientos diferentes del nuestro– para realizar esas “medidas” de realización de los principios: el uso de los métodos empíricos y de las matemáticas en los procesos de toma de decisiones presididos por la ponderación.

Para empezar, el autor comienza estableciendo una especie de paralelismo entre la ciencia económica y la jurídica cuando de aplicar principios se trata. Al fin y al cabo, no sólo la economía pretende maximizar el aprovechamiento de unos recursos que son escasos; también el Derecho se enfrenta en muchas ocasiones a la aplicación de principios jurídicos cuyas exigencias “*prima facie*” es imposible atender ilimitada y simultáneamente, de modo que debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria y excesivamente la realización de cada uno de ellos, una decisión –en suma– que maximice la satisfacción del conjunto de los mismos. De entre los métodos usados por la economía para solucionar los problemas que le son propios, Gabriel Doménech se centra en primer lugar en los métodos empíricos.

Los métodos empíricos son los modos de obtener datos o informaciones del mundo real mediante la experiencia. Existen básicamente dos métodos

empíricos: la observación (examen y análisis de la realidad sin manipularla) y la experimentación (provocar cambios en la realidad para observar e interpretar su resultado). Ambos métodos son utilizables para el estudio del Derecho. Si el Derecho trata de que los individuos se comporten de la forma más conveniente para la comunidad, es fundamental verificar si las decisiones jurídicas producen en el terreno de los hechos los resultados apetecidos. Para evaluar una decisión es necesario conocer sus efectos. La información sobre el impacto del Derecho en la realidad social puede ser fragmentaria, imperfecta y limitada, pero no por ello menos valiosa: en cualquier caso, algo es preferible a nada. Es razonable pensar que las investigaciones empíricas, aun sin garantizar una certeza absoluta de infalibilidad, disminuyen el riesgo de los errores. Y si de lo que se trata es de asegurar que el beneficio global para los principios es mayor que su coste, el riesgo de error en el proceso de ponderación se reducirá cuanto más rigurosos sean los estudios utilizados ajustándose a los cánones de la ciencia empírica (excelencia e imparcialidad de los investigadores, transparencia, falsabilidad, etc.). A este respecto, Gabriel Doménech cita una sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Reino Unido porque las autoridades nacionales no habían realizado los estudios empíricos necesarios que justificasen la decisión finalmente adoptada de incrementar el tráfico aéreo sobre una población, vulnerándose así el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de sus habitantes.

El segundo instrumento auxiliar utilizado por la economía para la optimización de recursos escasos es la ciencia matemática, aplicable acaso también a la decisión resultado de la ponderación entre principios jurídicos. Las ventajas de utilizar las matemáticas en este ámbito son diversas. En primer lugar, las escalas de conceptos comparativos como “leve”, “grave” o “muy grave”, frecuentemente utilizadas en las normas jurídicas, son intolerablemente imprecisas en muchas ocasiones, y es mejor acudir a una estimación numérica en la que se reflejen informaciones de las que no se puede prescindir. Por ejemplo, una vacunación puede ser aceptable si la probabilidad de que salve una vida es del 0,01 por 100 y el riesgo de que ocasione una muerte es del 0,005 por 100. En estos casos, el uso de una escala triádica de conceptos comparativos como la citada (leve, grave, muy grave) no permite efectuar más que una evaluación muy tosca de los riesgos y beneficios esperados de las alternativas en cuestión. En segundo lugar, el lenguaje matemático es unívoco, frente al lenguaje natural, que puede difuminar mediante conceptos jurídicos indeterminados (“escaso”, “leve”, “relevante”, “significativo”...) el proceso valorativo que conduce a una decisión. Las matemáticas favorecen la transparencia, en la medida en que quedan a la vista los datos y criterios que se han tenido en cuenta para calcular la relación coste-beneficio, dejando así tales elementos

expuestos a la crítica, la impugnación, la revisión, el contraste, la corrección o incluso su sustitución por otros que se estimen más relevantes. Para ilustrar la matematización de los procesos decisionales en los que hay que realizar una ponderación, ofrece el caso del procedimiento de adjudicación de contratos del sector público, cuyas normas ordenan el empleo de métodos cuantitativos a fin de valorar bienes paradigmáticamente considerados por algunos como incommensurables. El legislador, en orden a que el órgano de contratación determine la oferta “económicamente más ventajosa” para proceder a la adjudicación del contrato, contempla dos posibilidades: atender a un solo criterio, en cuyo caso será el del precio más bajo, o emplear varios, tales como –además del precio– la calidad, las características medioambientales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, etc. En este segundo caso, el legislador, ante el incremento de la discrecionalidad del órgano de contratación, establece como regla general la utilización de conceptos métricos y métodos cuantitativos. Así, por ejemplo, si de lo que se trata es de adjudicar un contrato en el que los criterios a tener en cuenta son el precio, la comodidad de los usuarios del servicio, su adaptación a minusvalías, las características medioambientales y las cualidades estéticas, el órgano de contratación puede matematizar la aplicación de dichos criterios indicando en el anuncio del concurso el porcentaje asignado a cada criterio en la evaluación de las ofertas, e indicando asimismo –por ejemplo– que las ofertas se puntuarán de 0 a 10, otorgándose 10 puntos a la mejor y una puntuación proporcional a las restantes. Si no se elimina por completo la «discrecionalidad técnica» –pues valorar los criterios y asignar a cada uno el porcentaje correspondiente a la oferta entraña importante dosis de subjetividad–, una vez asignadas las puntuaciones, las matemáticas hacen que al menos la valoración global sea totalmente congruente con las estimaciones efectuadas por el órgano de contratación. La agregación de las estimaciones es transparente y perfectamente controlable por los tribunales.

Manuel Rodríguez Portugués
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Córdoba