

LUIS ORTEGA Y SUSANA DE LA SIERRA
(coordinadores)

**PONDERACIÓN Y DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| PRESENTACIÓN, por Luis Ortega y Susana de la Sierra | 7 |
| INTRODUCCIÓN. LA PONDERACIÓN EN EL MARCO DEL PLURALISMO, por Luis Ortega | 9 |
| I. EL UNIVERSO A PONDERAR | 9 |
| II. EL UNIVERSO DE LOS AGENTES DE LA PONDERACIÓN | 11 |
| III. PLURALISMO Y ESCALAS DE LA PONDERACIÓN | 12 |
| IV. PLURALISMO Y TÉCNICA DE PONDERACIÓN | 17 |
| PONDERACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO, por Luis Arroyo Jiménez | 19 |
| I. INTRODUCCIÓN | 19 |
| II. PONDERACIÓN Y PRINCIPIOS | 22 |
| III. EL CONCEPTO DE PONDERACIÓN | 23 |
| IV. LA CORRECCIÓN DE LA PONDERACIÓN | 28 |
| V. PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD | 32 |
| VI. LA EXTENSIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD | 34 |
| VII. PONDERACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO | 42 |
| DIEZ ARGUMENTOS SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, JUICIO DE PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES, por Luis Prieto Sanchís | 51 |
| EL CONTEXTO | 51 |
| I. LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS | 52 |
| II. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO. | 54 |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| III. LA OMNIPRESENCIA CONSTITUCIONAL Y LA COEXISTENCIA DE PRINCIPIOS | 56 |
| IV. UN MODELO ARGUMENTATIVO | 57 |
| V. LAS TEORÍAS INTERNA Y EXTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES | 59 |
| VI. ALGUNAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS TEORÍAS INTERNA Y EXTERNA | 62 |
| VII. UN CASO EJEMPLAR: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA | 64 |
| VIII. EL JUICIO DE PONDERACIÓN | 67 |
| IX. PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN | 68 |
| X. PONDERACIÓN Y DISCRECIONALIDAD | 70 |
| | |
| NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN, por Alfonso García Figuera | 73 |
| I. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS | 76 |
| II. NEOCONSTITUCIONALISMO. UN EPÍGONO AMBIGUO DEL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS | 78 |
| III. LA INVIABILIDAD DE LAS REGLAS (Y, POR TANTO, DE LOS PRINCIPIOS) A CAUSA DE LA IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL | 81 |
| IV. FUNDAMENTALISMO JUSFUNDAMENTAL. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REGLAS | 88 |
| V. ALGUNAS OBJECIONES PARA EL FUNDAMENTALISMO JUSFUNDAMENTAL | 91 |
| VI. A MODO DE CONCLUSIÓN | 97 |
| | |
| LA PONDERACIÓN Y SU CONTEXTO. UNA REFLEXIÓN A TÍTULO INTRODUCTORIO, por Susana de la Sierra | 99 |
| I. INTRODUCCIÓN | 99 |
| II. EL DESPERTAR DE UNA TÉCNICA | 100 |
| III. DEBATES PARALELOS, DEBATES COINCIDENTES, DEBATES GLOBALES | 106 |
| IV. LO VIEJO Y LO NUEVO DE LA PONDERACIÓN | 111 |
| V. CONCLUSIONES | 113 |

| | Pág. |
|---|------|
| PONDERACIÓN Y ACTIVIDAD PLANIFICADORA DE LA ADMINISTRACIÓN, por José María Rodríguez de Santiago | 115 |
| I. LA PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LA EXIGENCIA DE LA PONDERACIÓN COMO PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD CONFORMADORA Y LA SUJECCIÓN A LA LEY . | 115 |
| 1) General: una exigencia todavía no suficientemente incorporada a nuestro Derecho | 115 |
| 2) Planificación administrativa, libertad conformadora y sujeción a la ley.. | 118 |
| II. UN EJEMPLO SENCILLO DE LA LEGISLACIÓN DE CARRETERAS. LAS TRES FASES DE LA PONDERACIÓN | 119 |
| 1) Identificación de los intereses en juego | 119 |
| 2) Atribución de peso o importancia a cada uno de los intereses en juego en atención a las circunstancias del caso..... | 120 |
| 3) Decisión de prevalencia conforme a la «ley de la ponderación»; simultánea formulación de la regla de prevalencia condicionada | 121 |
| III. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO Y LA PONDERACIÓN COMO RESULTADO | 122 |
| IV. ELEMENTOS PARA UNA DOGMÁTICA COMÚN DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO JURÍDICO | 125 |
| V. UNA PROPUESTA (NO CERRADA) PARA EL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL RELATIVA AL CONTROL JUDICIAL DEL PLANEAMIENTO: LA REDUCCIÓN DE LA ASIMETRÍA ENTRE «NORMA DE CONDUCTA» Y «NORMA DE CONTROL»; DEL CONTROL NEGATIVO DE LA IRRACIONALIDAD AL CONTROL POSITIVO DE LA PONDERACIÓN | 128 |
| 1) «Normas de conducta» y «normas de control»..... | 128 |
| 2) La norma de control (fundamentalmente negativa) vigente en nuestra jurisprudencia: ilegalidad, desviación de poder, control de los hechos determinantes e irracionalidad | 130 |
| 3) La sustitución de esa norma de control por otra (algo más densa) que tenga en cuenta el mandato de ponderación impuesto a la Administración | 132 |
| MÉTODO DE LA PONDERACIÓN Y SISTEMA COMPETENCIAL, por Francisco Velasco Caballero | 135 |
| I. PLANTEAMIENTO | 135 |
| II. POSIBLES FENÓMENOS DE «PONDERACIÓN COMPETENCIAL»..... | 136 |
| III. ¿QUÉ ES PONDERACIÓN? | 140 |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| IV. APLICABILIDAD DEL «TIPO» METODOLÓGICO DE LA PONDERACIÓN AL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE ORGANIZACIONES JURÍDICO-PUBLICAS..... | 144 |
| 1) Supuestos de «ponderación competencial» | 144 |
| 2) Determinaciones competenciales ajenas al método de la ponderación.... | 147 |
| V. UTILIDAD PRÁCTICA DEL «MÉTODO PONDERATIVO» EN EL SISTEMA COMPETENCIAL | 150 |
| VI. ¿PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD? | 155 |
| PRINCIPIOS JURÍDICOS, PROPORCIONALIDAD Y ANÁLISIS ECONÓMICO, por Gabriel Doménech Pascual | 159 |
| I. INTRODUCCIÓN. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS CONFORME A LA MÁXIMA DE LA PROPORCIONALIDAD CONSTITUYE UN PROBLEMA ECONÓMICO..... | 159 |
| II. EL EMPLEO DE MÉTODOS EMPÍRICOS EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS..... | 162 |
| 1) Concepto y tipos de métodos empíricos | 162 |
| 2) Posibles objeciones | 164 |
| a) Los métodos empíricos no ofrecen resultados concluyentes. | 164 |
| b) Los métodos empíricos son demasiado costosos | 165 |
| 3) Utilidad de los métodos empíricos..... | 168 |
| 4) Un ejemplo ilustrativo | 170 |
| III. EL USO DE LAS MATEMÁTICAS EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS | 173 |
| 1) Matemáticas y economía | 173 |
| 2) <i>Iudex non calculat</i> . Posibles objeciones a la matematización del proceso de aplicación de los principios jurídicos | 173 |
| a) El argumento de la incommensurabilidad..... | 174 |
| b) La matematización tiene sus costes | 176 |
| 3) Utilidad de la matematización: coherencia, precisión, transparencia y disminución del riesgo de arbitrariedad | 178 |
| 4) Relación beneficio-coste de la matematización | 180 |
| 5) Un ejemplo ilustrativo | 182 |

PRESENTACIÓN

El presente libro colectivo recoge las contribuciones de los ponentes en el seminario «Métodos y técnicas en el Derecho administrativo (I). La ponderación de intereses», celebrado en mayo de 2008 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Este seminario, tal y como se pone de manifiesto con mayor extensión en algunas de las contribuciones, tenía por objetivo reunir a filósofos del Derecho y a administrativistas con el fin de debatir en torno a una técnica jurídica de creciente protagonismo: la ponderación. La discusión fue muy enriquecedora y la experiencia nos animó hace unas semanas a continuar la estela de dicho seminario con una segunda edición, en la que nos hemos preguntado por la existencia de un método en el Derecho administrativo, invitando, asimismo, a otras disciplinas a intercambiar perspectivas y aproximaciones.

La estructura de la obra obedece al orden en que tuvieron lugar las intervenciones, que se articularon en dos bloques. En la sesión de la mañana, los filósofos abordaron la teoría general de la ponderación y el neoconstitucionalismo. Sus ponencias fueron precedidas de una introducción general al seminario (L. ORTEGA) y de una presentación de la teoría de la ponderación desde el Derecho administrativo (L. ARROYO). En la sesión de la tarde se debatieron algunas aplicaciones concretas de la ponderación en el Derecho administrativo, mediante asimismo una presentación previa (S. DE LA SIERRA) que contextualizó el objeto del seminario en un marco temporal, doctrinal y generacional concreto.

El capítulo de agradecimientos es, por fortuna, amplio. Agradecemos, en primer lugar, a los ponentes su excelente disposición y la entrega de sus trabajos en un plazo más que razonable. En segundo lugar, quisiéramos agradecer a la Universidad de Castilla-La Mancha su apoyo para que el seminario fuera viable, agradecimiento que hacemos extensivo a todos los miembros del Área de Derecho administrativo de esta Universidad por su siempre entusiasta y valiosa partici-

pación. Y, en fin, gracias muy sinceras a la editorial Marcial Pons (y a nuestro «mediador», Francisco Velasco) por asumir la publicación de este libro universitario, alejado de las preocupaciones comerciales más inmediatas y gestado en un refrescante espacio de reflexión, discusión y crítica.

Toledo, junio de 2009.

Luis ORTEGA
Susana DE LA SIERRA

INTRODUCCIÓN

LA PONDERACIÓN EN EL MARCO DEL PLURALISMO

Luis ORTEGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Catedrático Jean Monnet
de Derecho de la Unión Europea
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. EL UNIVERSO A PONDERAR.—II. EL UNIVERSO DE LOS AGENTES DE LA PONDERACIÓN.—III. PLURALISMO Y ESCALAS DE LA PONDERACIÓN.—IV. PLURALISMO Y TÉCNICA DE PONDERACIÓN.

I. EL UNIVERSO A PONDERAR

Tal y como se pone de manifiesto en todos los trabajos que se comprenden en este libro, la ponderación, como técnica jurídica, podrá aparecer discutida en cuanto a su uso incorrecto, en cuanto al abuso de la técnica en sí o en cuanto a las consecuencias que arrastra en relación a otras instituciones, principios, valores o reglas jurídicas, pero lo que no se pone en discusión es que es una técnica necesaria, tras su correcta configuración, para el operador jurídico de nuestros días.

En muchas ocasiones, para combatir la situación de complejidad que se produce en el orden social actual se pretende reaccionar operando desde una determinada formalización jurídica, o lo que es lo mismo, pretendiendo hacer una definición unilateral de la complejidad, sintetizando una determinada respuesta que se pretende que dé solución a un conjunto de premisas fácticas.

Sin embargo, quizás no se es consciente del hecho de que esa definición unilateral, y que se reputa a sí misma completa, sólo sería posible en un espacio constitucional de monopolio del poder, tal cual lo pre-

dicaban los revolucionarios franceses: un pueblo = una Nación = una asamblea = una Ley.

Hoy día la realidad es otra, y salvo los procesos constituyentes en los que un determinado pueblo recupera la plenitud de la soberanía, ésta aparece fraccionada, tanto por el propio dato constitucional operado en la realidad de la limitación de poderes, como en su propio ejercicio.

En efecto, desde el punto de vista interno, los poderes constituidos ejercen sólo una parte del poder constituyente, poder parcial y relativo a una soberanía constituida que está sometido, para su legítima operatividad, al propio control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional a demanda del resto de los poderes constituidos con legitimación directa y de los tribunales ordinarios mediante la cuestión de constitucionalidad.

Igualmente, el propio desarrollo constitucional, mediante la aprobación de Tratados Internacionales, limita a los poderes constituidos, especialmente en la extensa área material atribuida a los Tratados de la Unión Europea, que preconizan su supremacía sobre la totalidad del ordenamiento español, con un juez *ad hoc*, el TJUE, que interpreta la acomodación del ordenamiento español al comunitario, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que cuenta, como es sabido, con un tribunal especializado en la interpretación de dicho convenio y cuyas decisiones obligan al Estado español.

También desde una perspectiva mundial, las resoluciones de muchos organismos internacionales condicionan la validez y la eficacia de las normas internas, especialmente las de Naciones Unidas y más aún las de su Consejo de Seguridad, las de la Organización Mundial del Comercio, las de la Organización Internacional del Trabajo y las de la Organización Mundial de la Salud, entre otras.

Esta situación tan compleja y plural hace que, tanto el aplicador inicial de la norma, sea agente público o privado, como el instituto encargado de dilucidar los conflictos jurídicos, se encuentren con una gran dificultad a la hora de elegir la norma o el conjunto de normas que deben ser de aplicación al caso y en el momento de articular el correcto orden interno en su interpretación.

Por ello, la ponderación puede ser definida, en palabras de uno de los autores de este libro, como la «forma de decidir de un órgano público prestando atención simultánea a dos o mas principios, bienes, intereses, derechos o valores contrapuestos»¹.

No cabe duda que el panorama de pluralismo de instituciones que compiten en la creación y aplicación del Derecho constituye un escena-

¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 9.

rio donde la aplicación de la técnica de la ponderación debe ser considerada como un elemento habitual del paisaje, no como una técnica excepcional ante una situación excepcional.

En definitiva, la ponderación parte del hecho de una construcción de las normas y las instituciones que han dejado de estar ligadas por estructuras piramidales y han pasado a estar configuradas de una forma poliédrica y caleidoscópica, normas e instituciones «archipiélago» donde para un correcto transitar es necesario la elaboración de un mapa.

II. EL UNIVERSO DE LOS AGENTES DE LA PONDERACIÓN

A lo anterior debe añadirse la presencia de la pluralidad de los actores principales en el orden institucional decisorio. De una parte, encontramos los agentes derivados de la regla democrática: partidos políticos y cargos de elección y designación política. De otra, los agentes derivados del Estado de Derecho: jueces y empleados públicos. Finalmente, los agentes derivados del Estado Social: agentes sociales, con especial relevancia de las organizaciones y cargos sindicales.

Cada uno de estos agentes opera con reglas de legitimación diversa: la representación política; la imparcialidad, el mérito y la capacidad, y la representación social. A su vez, cada uno actúa con principios operativos también diferentes: la oportunidad o conveniencia política, la técnica del derecho y la organizacional, y la de la mayor influencia en defensa de los intereses de grupo.

Una gran parte de estas circunstancias fueron puestas en evidencia por la obra de GIANNINI ², que acude siempre a la base sociológica del Derecho para realizar una cabal comprensión de su dimensión institucional.

De aquí que su formulación de la «heterogeneidad de los intereses públicos» implicaba una reformulación de la teoría de la organización, de la del sistema de toma de decisiones y del procedimiento administrativo, siendo esencial en esta reformulación la teorización de un sistema de articulación de intereses contrapuestos y/o complementarios, todos ellos predicables como intereses públicos y arropados por una norma.

Posiblemente sería posible ordenar estos intereses en el marco de los valores constitucionales: intereses ligados al ejercicio de derechos fundamentales, intereses ligados al ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos e intereses ligados a principios rectores.

De esta forma, cuando un interés público se plasma en un derecho o una regla jurídica no pueden contemplarse de forma aislada como un

² GIANNINI, *Los poderes públicos*, Madrid, Monografías Civitas.

puro condicionante de la legalidad. La operatividad de ese interés no depende en gran medida de su mero respeto legal, sino de su encuadramiento en la organización administrativa, en el sistema de toma de decisiones y en el procedimiento a través del cual se lleva a efecto.

Lo mismo sucede con la consideración que hace dicho autor de la necesidad de la integración de los partidos políticos, y en menor medida de los sindicatos y las organizaciones empresariales, en la lógica del funcionamiento de las Administraciones públicas y en el sistema de toma de decisiones, desde el momento en que se debe conjugar en estas Administraciones la lógica democrática de la dirección política mediante el nombramiento de los cargos administrativos de designación política, que en nuestro ordenamiento llegan hasta la figura del director general.

También debe ser reconsiderada la lógica de la participación administrativa de los ciudadanos, por los efectos que implica en la legitimación de la decisión administrativa, en detrimento de la decisión normativo-parlamentaria. Pese a planteamientos demagógicos que describen una dicotomía entre lo «real» y lo «oficial» o «la calle» y los «despachos», los Gobiernos, a través de sus Administraciones públicas, están en permanente contacto con todos los agentes sociales sectoriales. Es más, hoy día lo que debe articularse, en beneficio del principio de transparencia, es la clarificación de esta presencia social participativa y su relación de dependencia o independencia respecto del sector de la Administración donde participan.

En todo caso, lo que se quiere destacar en esta descripción de la pluralidad de los agentes de la ponderación es que las decisiones sobre el caso concreto que se realizan desde las Administraciones públicas conjugan ya una valoración política derivada del principio democrático, una valoración técnica derivada del Estado de Derecho y una valoración de influencia social derivada del Estado Social.

Lo mismo puede decirse de las decisiones adoptadas por el legislador, en el cual concurre la opción política, la opción técnica de la administración gubernativa y la opción de influencia social de los grupos afectados.

III. PLURALISMO Y ESCALAS DE LA PONDERACIÓN

Lo anterior tiene una importancia notable en función del modelo de escalas de ponderación que pretenda construirse. En efecto, en orden a la ponderación creo que conviene diferenciar dos órdenes de debate distintos. De una parte tendríamos la exigencia de que determinadas decisiones se adoptasen amparándose en la técnica de la ponderación y las

reflexiones acerca de cuáles deben ser los elementos que deben ser tenidos en cuenta para aplicar adecuadamente esta técnica.

Sin embargo, me interesa destacar más otro debate, que es el que se refiere a si la ponderación debe extenderse en toda la cadena de toma de decisiones y en toda la cadena de controles, de forma que cada operador posterior incorpore «su» ponderación. De este modo, no estaríamos hablando únicamente de que el caso sea resuelto mediante la técnica de la ponderación, sino que todos los operadores de la cadena descrita tendrían el deber de encontrar y propugnar la «mejor» ponderación. De este modo la última palabra la tendría quien pudiese realizar la última ponderación, desplazando las anteriores.

Sucede igual que la diferencia entre el test de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, donde en el primer caso basta una explicación razonable, aunque puedan existir otras, mientras que en el segundo se puede imponer siempre, frente al test de la proporcionalidad efectuado por un operador, el propio test como manifestación de una «mejor» proporcionalidad.

Por ello, lo primero que debe revisarse es si en el constitucionalismo democrático, el orden constitucional, al dividir el poder constituyente entre los poderes constituidos de los diferentes órganos constitucionales, establece una suerte de «reserva» de ponderación a cada uno de dichos órganos, que debe ser respetada en cuanto a su contenido, salvo que se pueda alegar vicios formales en la adopción de la decisión ponderada.

Debe establecerse así una relación entre los poderes constitucionales, de forma que las decisiones adoptadas dentro del marco competencial propio no puedan ser subvertidas por una revisión completa de esta decisión adoptada desde otro poder.

Es decir, si las funciones de ponderación pueden entenderse entroncadas dentro de la propia división de poderes significaría que hay una función propia de ponderación de cada poder público que sólo podría ser revisada en términos de exceso o carencia de procedimiento, pero no de contenidos, cuando dicho contenido, o lo que es lo mismo, cuando el resultado de la ponderación encaja dentro de límites de decisión no cuestionables en su ejercicio. Es decir, o la ponderación la puede hacer un órgano constitucional, porque corresponde a su función, o no la puede hacer, pero si la puede hacer, debe respetarse el contenido de la misma salvo que se produzca una confrontación con el propio mandato constitucional³.

³ DU BOIS, *Rights trumped? Balancing in constitutional adjudication* (HeinOnline-2004, Acta Jurídica), p. 155. Para este autor, dada la existencia de derechos e intereses en conflicto que pueden ser conciliados en función de las circunstancias, «parece apropiado que en democracias la elección debe ser dejada en manos del legislador y del gobierno, que es controlado por el pri-

El primer elemento que deberíamos tener en cuenta es la posible ponderación realizada por el constituyente a la hora de plasmar el conjunto de derechos e intereses presentes en la Constitución y el respeto a dicha ponderación que se incluiría dentro del ejercicio del poder constituyente.

Así, aplicando las tesis de DWORKIN⁴, cuando el constituyente ha definido un derecho fundamental como derecho individual, lo ha hecho ya ponderando otros valores o derechos que podrían estar en conflicto con el uso de este derecho individual. Por ello, si se realiza a posteriori un juicio de ponderación entre el derecho declarado y los valores en conflicto que fueron desechados o no tenidos en cuenta por el constituyente, dicho juicio acaba ocupando la propia posición del constituyente.

Así, cuando la Constitución afirma los derechos de las minorías no cabe que el operador jurídico en ejercicio de poderes constituidos los pondere con los intereses de la mayoría, pues ello supondría la revisión de la decisión misma del constituyente.

Lo anterior implica asumir un límite a la libertad de la ponderación y distinguir entre aquellos derechos en los que su formulación conflictiva con otros derechos no implica su desaparición, sino su modulación, y aquellos otros en los que la ponderación conduciría a la propia revisión del derecho, que ya se habría formulado teniendo en cuenta un previo y aceptado sacrificio de otros valores.

Por ejemplo, si tomamos una norma de defensa ambiental, debe partirse de considerar si en su formulación ya se han tenido en cuenta valores de desarrollo económico o urbanístico, que se han dejado aparte de forma subordinada, precisamente para valorizar y resaltar la operatividad del bien ambiental. En este caso, no sería legítimo acudir a la ponderación posterior del bien ambiental con los valores del desarrollo económico y urbanístico y extrañar del concepto de defensa ambiental su contenido protector último.

Lo mismo debemos aplicar ahora al legislador.

Partiendo de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar una decisión legislativa, la posibilidad de satisfacer todos los principios enunciados en los mismos es imposible.

Por ello, hay un primer elemento en la ponderación que consiste en la elección de los principios que se pretende optimizar, es decir, llevarlos a su grado de cumplimiento máximo. Esta elección es una elección

mero, mientras que los tribunales aseguran que la elección realizada permanece dentro del amplio marco de la carta de derechos».

⁴ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977.

política que puede tener límites jurídicos ⁵, pero lo que no cabría es que en la vía de control de la decisión política de optimizar un principio, el ente de control, ya sea el juez constitucional o el juez ordinario, sustituya dicha prioridad por otra.

Precisamente en el constitucionalismo democrático y en la pura expresión de la libertad política está ínsito el hecho en que la mayoría, dentro del orden constitucional, pueda priorizar unos valores y atenuar otros, de forma independiente, o hacerlo de forma que una priorización signifique una atenuación correlativa. Y que la mayoría siguiente realice otras opciones diferentes.

¿Debería el constitucionalismo democrático empezar por aceptar la ponderación de principios ofertada por los partidos políticos en los programas y las campañas electorales, y ratificada por el cuerpo electoral en elecciones democráticamente celebradas?

¿Hay una primacía del mandato de las urnas en la ponderación de valores que, dentro del marco de la Constitución, debe ser respetada por el resto de los poderes públicos, especialmente por el poder judicial?

Las transformaciones sociales sólo son posibles mediante una evolución en la valoración de las normas de convivencia, de las reglas establecidas, de la transformación de los límites que operan en determinados sectores o sobre determinadas personas, y al contrario, mediante la imposición de nuevos límites que operen como garantía de las nuevas propuestas.

El sujeto constitucional encargado de realizar estas transformaciones en democracia es el propio cuerpo electoral en las urnas, y estas decisiones de reconfiguración de los valores, los principios, los derechos, dotándolos de nuevos espacios o de nuevos límites, no pueden ser vaciadas por un órgano constitucional que no está llamado a adoptar este tipo de decisiones como es el poder judicial.

Un ejemplo clamoroso lo constituye la demolición de edificios contrarios a la legislación urbanística.

¿Es que el partido político que propugna esta propuesta electoral, la mayoría electoral que la revalida y el parlamento que la formaliza en Ley, no son conscientes de los valores, principios o derechos que entran en juego cuando formulan esta norma?

¿Es que no se han tenido ya en cuenta los intereses y derechos de los constructores y los eventuales dueños?

⁵ Así, la Constitución puede establecer límites a dicho intento de optimización máxima de un principio y de atenuación correlativa del opuesto al declarar determinados principios como prevalentes en el orden constitucional.

¿Es que no tienen un valor superior los intereses ya incorporados a la ley y articulados desde la actuación de los diferentes operadores políticos jurídicos y sociales?

Es cierto que en la Constitución y en el resto del ordenamiento constituido podemos encontrar una pluralidad de principios que permitirían al legislador haber optado por otra correlación de derechos e intereses y, por definición, la ley que preconiza las demoliciones de obras ilegales no los optimiza, pero ello, esta elección o selección de priorización de principios, es la función constitucional del legislador, que no puede ser sustituida.

No cabe así que el juez, por el hecho de que tales principios no optimizados se encuentren en el ordenamiento jurídico, acuda a ellos para cuestionar la efectividad de la priorización hecha por el legislador.

El campo del juez en la ponderación está, en cambio, a mi juicio, en todo el amplio panorama en el cual el legislador ha priorizado dos principios incompatibles entre sí y que en su aplicación al caso concreto requieren el sacrificio de uno de ellos.

Cabría una distinción, todavía, que limitaría el campo del juez en la ponderación, diferenciando cuando el legislador, al tiempo de priorizar dos principios o bienes contradictorios, reenvía al juicio de la Administración pública la realización de la ponderación.

En estos casos, la ponderación realizada por la Administración, si acaba siendo sustituida por la que realice el juez, debe haber pasado por una serie de tamices que la hagan legítima.

En primer lugar, el juez puede entender que los hechos sobre los que ha recaído la decisión administrativa no son correctos, bien por exceso, bien por defecto. En función de ello, puede que determinadas priorizaciones de valores, derechos, bienes o intereses a las que acude la Administración basadas en unos hechos inexistentes no puedan tenerse en cuenta.

Igualmente, determinados hechos no contemplados por la Administración pueden dar lugar a su conexión con priorizaciones de valores, derechos, bienes o intereses que deben entrar en el juego de la ponderación. Ante ello cabría una resolución judicial de reenvío de nuevo a la Administración para que ponderase de acuerdo con la realidad fáctica determinada judicialmente.

Si no hay discusión sobre los hechos, sí puede haber discusión acerca de si sobre los hechos determinados concurren unas priorizaciones u otras, unas valoraciones de mayor o menor intensidad realizadas por el legislador con relación a esos hechos, pero no cabría que el juez acudiese a priorizaciones relativas a hechos no probados, o que incorporase prioriza-

ciones no realizadas por el legislador, aun cuando pudiesen referirse a valores, derechos, bienes o intereses existentes en el ordenamiento jurídico.

Ante una correcta identificación de las priorizaciones, si la norma ha atribuido a la Administración la potestad de decidir qué priorización en conflicto debe ser sacrificada, el juez sólo puede comprobar que el sacrificio es objeto de una motivación razonada, al ser un requisito inherente al ejercicio de toda potestad pública.

Finalmente cabría un último control, judicial, si comprueba que el valor, el derecho, el bien o el interés elegido por la Administración no se ha llevado a la práctica, con la consiguiente inutilidad del sacrificio de los otros valores, bienes o intereses preteridos. Nótese, sin embargo, que para un correcto ejercicio de esta técnica de control se debería reabrir un plazo de impugnación, a partir de la constatación de la no puesta en práctica del valor, derecho, bien o interés previamente elegido.

No es, pues, estrecho el terreno del juez en el ámbito de la ponderación, pero tampoco es ilimitado.

Estas «escalas» de la ponderación me parecen consustanciales al constitucionalismo democrático, en respeto de la pluralidad de poderes y los ámbitos respectivos de cada poder, dada la función constitucional que cada uno de ellos debe llevar a cabo.

La conversión de toda la realidad en Derecho o la pretensión de que hay una directa interpretación de la realidad por el juez, sin que medie el intérprete político y, en su caso, la interpretación de la Administración, significaría la transformación de la democracia de los ciudadanos en la sofocracia de los jueces.

IV. PLURALISMO Y TÉCNICA DE PONDERACIÓN

Finalmente, cabría realizar algunas consideraciones acerca de la influencia que el pluralismo de los agentes que intervienen en los procesos decisionales pueden tener en la correcta realización de la técnica de la ponderación.

Debemos comenzar por estudiar si el valor, derecho, bien o interés ha sido o no identificado por el legislador de una forma prioritaria a otros intereses. Pero desde la óptica del pluralismo, existen diversos legisladores que deben ser identificados como sujetos relevantes a efectos de la declaración de dichas prioridades.

Posteriormente, debe analizarse si el valor, derecho, bien o interés priorizado ha encontrado una adecuada plasmación en la organización administrativa en función de la relevancia dada por el legislador. Este

aspecto es todavía más relevante si nos situamos en sistemas de descentralización política, en los cuales las declaraciones legislativas corresponden a un nivel de gobierno y las decisiones organizativas y presupuestarias a otro.

Lo mismo cabe decir de la coherencia entre legisladores a la hora de articular los valores, derechos, bienes o intereses declarados en los respectivos procedimientos administrativos que les afectan.

Partiendo de las dificultades inherentes a lo anteriormente dicho, debemos trasladarnos al terreno mismo de la técnica ponderativa.

En primer lugar, el pluralismo afecta a la determinación de los hechos objeto del conflicto, en la medida que en el proceso de decisión están presentes más o menos agentes institucionales y sociales que pueden aportar su propia visión de los hechos y de la relación de tales hechos con valores, derechos, bienes e intereses que entren en conflicto. La importancia de las reglas de legitimación en el acceso al procedimiento cobra aquí todo su sentido.

Esta misma presencia plural puede afectar a una mayor coincidencia o disparidad de todos ellos en la determinación de la importancia o el significado que debe darse a los valores, derechos, bienes o intereses en conflicto. Lo anterior determina establecer reglas acerca de la importancia que cobra el hecho de que una mayoría de las diferentes posiciones jurídicas coincidan en el señalamiento del mayor peso de unos sobre otros y si las apreciaciones de la Administración pública, como depositaria de la defensa y actualización del interés general, tienen una significación diferente de las del resto de los actores en el procedimiento de adopción de la decisión.

Finalmente, esta pluralidad de actores puede hacer más intenso y operativo el control judicial sobre la utilidad o inutilidad del sacrificio de los valores, derechos, bienes o intereses preteridos por la decisión finalmente adoptada.