

# TRAS EL RASTRO DE LA PONDERACIÓN (\*)

PABLO DE LORA

El título de este libro de José María Rodríguez de Santiago no hace honor a su contenido. La cuestión que centra el esfuerzo del autor, la ponderación como método de decisión jurídica, penetra sin duda en la praxis aplicadora del derecho administrativo y constitucional (focos de referencia escogidos por Rodríguez de Santiago), pero habita como sustrato de perplejidades en la propia teoría del derecho contemporánea y reclama por ello del cotejo de las aportaciones hechas por la teoría del razonamiento jurídico. De ella hace el autor un uso desenvuelto (1), infrecuente en los pagos de la dogmática, en un intento honesto y riguroso de abordar sin circunloquios un haz de problemas teóricos de gran calado, en un estilo librado de retórica, incisivos, adverbios y subordinadas, con el que consigue la complicidad del lector a las primeras de cambio. Estamos pues ante un libro que, estoy seguro, será a partir de ahora referencia ineludible para el estudioso del derecho, cualquiera sea la especialidad que profese.

---

(\*) Comentario al libro de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

(1) Si bien es cierto que se echan en falta algunos nombres (acaso la más clamorosa sea la ausencia de NEIL MACCORMICK, vid., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978), mientras que otros tienen una presencia excesivamente testimonial. Es el caso de la obra de Atienza y Ruiz Manero y Prieto Sanchís. Concretamente del primero de ellos, llama la atención que no sea mencionada su aportación en una encendida polémica acerca del control de la discrecionalidad administrativa que tuvo como protagonistas a los profesores Tomás Ramón-Fernández, Miguel Sánchez Morón y Luciano Parejo. Para muchas de las cuestiones tratadas en la obra, el artículo de Atienza («Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero-marzo, 1995, págs. 5-26) habría sido muy clarificador.

Rodríguez de Santiago considera que ha llegado el momento de la ponderación para el Derecho administrativo; concretamente para el ejercicio de la actividad planificadora de la administración y su control por parte de los tribunales. Hasta ahora, nos dice, y a diferencia de lo que viene ocurriendo desde hace tiempo en Alemania, los jueces españoles han fiscalizado aquella actividad sólo por la vía de la interdicción de la arbitrariedad, lo cual es, en términos depurativos, muy escaso para una sociedad crecientemente plural y conflictiva en cuanto a los objetivos que anhela (2). Se trata, afirma, de recorrer el trecho que va de la exigencia de que no se adopten decisiones irracionales por parte de la Administración, al mandato de que se identifiquen los intereses en juego, se asigne la importancia que merecen y se decida sobre las prioridades entre unos y otros (3). Eso es ponderar: «[u]na eficaz manera —nos dice el autor— de *limitar el ejercicio del poder, mediante la imposición de un riguroso deber de motivar las decisiones conforme a reglas racionales* (4).

Haciendo suyo el lema de Prieto Sanchís (5) con el que éste sintetiza la actual coyuntura jurídica («más Constitución que ley, más principios que reglas, más jueces que legisladores, más ponderación que subsunción»), Rodríguez de Santiago explica porqué no hay marcha atrás posible en esa senda ya iniciada (6), para lo cual traza el campo de juego en el que la ponderación resultaría ineludible, el modo en que ésta se practica y cómo debería serlo, quién es su protagonista y los que deberían dejar de ser convidados de piedra.

Responder a todas estas preguntas exige, por ello, que se dé cuenta del resto de los binomios que integran la fórmula de Prieto, es decir, una toma de posición sobre la división de poderes y la distinción entre principios y reglas. Y sobre ambos asuntos la postura de Rodríguez de Santiago es, por decirlo así, el fruto de la ponderación, pues por un lado se es consciente del riesgo de judicialismo (7), y en ese sentido no se atribuye la exclusiva de la ponderación a los jueces (8), y con respecto a la diferenciación entre principios y reglas, se considera que no hay una dicotomía nítida (9). Incluso llega a afirmar que tam-

---

(2) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 31-34, 163. En adelante me limitaré a indicar la página, entendiéndose que la referencia es a esta obra.

(3) Págs. 35 y 48.

(4) Pág. 69 (cursivas del autor; vid., la misma idea en pág. 77).

(5) Pág. 161.

(6) Págs. 144-145.

(7) Págs. 102-103, 143, 154, 161.

(8) Pág. 58.

(9) Pág. 47. En último extremo, Rodríguez de Santiago hace suya la tesis de Alexy de entender que los principios son mandatos de optimización (pág. 40). El problema entonces, como

poco habría una escisión categorial entre los métodos de la subsunción y la ponderación (10).

Ese ejercicio de equilibrio tiene sin embargo un coste, del que estoy seguro es consciente el autor: la presencia constante de algunas tensiones irreductibles, cuando no de inconsistencias. Unas y otras se agruparían, a mi juicio, en los siguientes epígrafes, a los que en ese orden dedicaré el resto de este comentario: (1) la corrección de la ponderación; (2) la identificación de la necesidad de ponderar y el ámbito de la misma y (3) el alcance de la obligación de ponderar por parte del legislador.

(1) La tesis de fondo que permea toda la obra de Rodríguez de Santiago es que hay ciertas decisiones jurídicas para cuya reconstrucción se hace necesario que nos adentremos en la antesala del razonamiento deductivo; en lo que se conoce como justificación externa. Sabemos que una decisión es deductivamente válida si, siendo sus premisas verdaderas, necesariamente su conclusión lo es también. El juez que concede un permiso de armas a un ciudadano, frente a la decisión denegatoria de la administración, ha utilizado sin duda una estructura lógica conocida como *modus ponens* cuando concluye «se debe otorgar permiso de armas a X» a partir de «se concederá permiso de armas a todo aquel ciudadano cuya conducta y antecedentes no supongan un riesgo para la seguridad pública» y «los antecedentes de X y su conducta no suponen un riesgo para la seguridad pública».

El problema es que, en muchos casos (en los llamados «casos difíciles»), esto es sólo una parte de la historia. Previamente a formular la regla que, junto con la constatación de los hechos del caso, le permite al juez derivar deductivamente la conclusión, ha habido que ponderar, a la luz de ciertos principios, los intereses en conflicto. Dar o no el permiso de armas no supone pues una actividad «mecánica», como sería, por ejemplo, la mera constatación de que los antecedentes penales del ciudadano han sido cancelados, sino la determinación de un riesgo no aceptable, de cuya existencia es un indicio la pervivencia de antecedentes penales del interesado, pero no el único, ni, tal vez, el más crucial.

De acuerdo con el autor, se precisa la ponderación cuando hay actividad discrecional de la Administración. Y ésta se da, bien porque el concepto utili-

---

han puesto de manifiesto Atienza y Ruiz Manero, es que tanto el artículo 14 de la Constitución española (que parece encarnar el principio de igualdad) como el 43.3 (cuyo perfil de norma programática parece indiscutible: «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio»), compartirían el rasgo de tener una consecuencia jurídica abierta, cuando parece que en el caso del artículo 14 la misma es cerrada: la prohibición de la discriminación.

(10) Págs. 47-48, 63, 68.

zado en el supuesto de hecho de la norma es jurídicamente indeterminado, bien porque la consecuencia jurídica anudada es abierta. La utilización de un concepto jurídicamente indeterminado sería, según Rodríguez de Santiago, la señal de que el legislador ha ponderado con carácter previo entre principios (11). Al aplicador le correspondería, en el supuesto concreto, una interpretación de tal concepto a la luz de los principios en juego (12). Habría, por así decirlo, una suerte de delegación, que no sólo supone la obligación de motivar la decisión para el caso, esto es, de aportar las razones que han inclinado la balanza en favor de uno u otro de los bienes o intereses en conflicto (ponderación como procedimiento), sino de dar con la solución *ponderada* (ponderación como resultado). Y es ponderada aquella solución «correctamente argumentada» (13). Esto último es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa también mediante un juicio de ponderación, que no es control de oportunidad sino de legalidad (14). Así, al decir del autor, y refiriéndose al caso de la desclasificación de ciertos documentos del CESID (15), «En una impugnación el Tribunal puede dar relevancia en el juicio ponderativo a circunstancias que el Gobierno no había considerado» (16), y más adelante, «Si el órgano judicial llega a la conclusión de que la decisión adoptada por el ejecutivo no es ponderada debe declarar su invalidez. En este caso, si en el proceso se hubiera podido llegar a la conclusión de que sólo hay una decisión conforme con las exigencias de la ponderación, en principio, el juez *puede* imponer esa única solución ponderada» (17). Esto mismo es lo que ocurre cuando el Tribunal Constitucional revisa la decisión de órganos jurisdiccionales inferiores, que han podido cumplir con la obligación formal de ponderar, y entonces «[a]l Tribunal Constitucional ya sólo le compete la corrección del resultado de la ponderación, *con independencia de la fundamentación contenida en la sentencia recurrida*» (18).

---

(11) Págs. 47-48.

(12) Págs. 68, 70-72.

(13) Pág. 48.

(14) Pág. 104.

(15) STS de 4 abril 1997.

(16) Pág. 103. Y ello porque, como el propio autor indica: «Para decidir si en caso de conflicto entre la seguridad del Estado y la tutela judicial efectiva, en un expediente de desclasificación de documentos, el Gobierno debe dar prevalencia a uno o a otro principio, este órgano estatal tiene que atender a una *relación de circunstancias potencialmente ilimitada...*» (pág. 103, cursivas del autor).

(17) Pág. 104 (cursivas más). Uno pensaría que, en puridad, ante esas circunstancias el juez tiene una obligación de imponer la solución ponderada, y no tanto un permiso para hacerlo como parece que se sigue del empleo del término «puede».

(18) Pág. 52 (cursivas más).

Y, claro, la pregunta que asalta a cualquiera es: ¿de acuerdo a qué criterios o reglas la solución es o no es ponderada? Es obvio que, como el propio autor reconoce, nadie ha de «[l]levarse a engaño sobre las dificultades que estas reglas teóricas pueden plantear en su aplicación práctica» (19), y ello porque resulta que no hay posibilidad de formular un método matemático de la ponderación, ni uno que permita llegar a soluciones únicas a través de cadenas argumentativas conectadas con la necesidad deductiva (20).

Pero entre la balanza de precisión (o la lógica deductiva) y el intuicionismo que destila el Tribunal Constitucional en las sentencias con las que Rodríguez de Santiago ilustra sus conclusiones (21), debe haber algún terreno más firme. En estas resoluciones, las indicaciones que despliega el TC en la segunda fase del ejercicio ponderativo (en la que se trata de adscribir los pesos o importancia a los principios o derechos en conflicto) no pasan de la petición de principio: «[e]l peso del derecho a la imagen *es notorio*, el de la dirección empresarial *no lo es tanto...*»; «Frente a esto —la intimidad corporal del preso violentada por la orden de que se desnude y haga flexiones— la importancia que corresponde a la necesidad de seguridad en la cárcel *no parece ser especialmente notoria*».

Esa tercera vía por la que Rodríguez Santiago apuesta (22), a la que designa como «ley de la ponderación», es la regla formulada por Alexy, según la cual cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio contrario (23). Y lo cierto es que esta ley, vista con un poco de detalle, no tiene mucho más alcance que el de una fórmula hueca. Se trata, simplemente, de una de las consecuencias de pesar; de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares. Tanto vale decir que A pesa 100 y B 30, que decir que si se quiere valorar en 30 a B (grado de su perjuicio), A tiene que pesar 100 (medida de la importancia de su cumplimiento) o 120 habría de ser la trascendencia de su realización, si el perjuicio por el sacrificio de B es valorado en 50. El problema es, obviamente, saber por qué la diferencia en la magnitud es 70, y no 30 o 0, o por qué B no pesa más que A.

Curiosamente, la ley de Alexy tiene un aire de paradoja muy parecido al que

(19) Pág. 105.

(20) Pág. 117.

(21) STC 99/1994, de 11 de abril, en la que se resuelve el conflicto entre el derecho a la propia imagen de un trabajador al que la empresa requería que fuese filmado cortando jamón, y el «ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva de aquella», y STC 57/1994, de 28 de febrero, en la que se juzga la negativa de un preso a desnudarse y realizar flexiones para un cacheco (se trata de ponderar, por tanto, entre la intimidad corporal y la seguridad del centro).

(22) Págs. 135-136.

(23) Pág. 38, n. 33.

rezuma la llamada «doctrina del efecto recíproco» para la aplicación de las normas limitadoras de los derechos fundamentales, y que Rodríguez de Santiago apunta con gran tino: si los límites que las leyes imponen a los derechos fundamentales han de limitarse, a su vez, por el derecho mismo mediante una ponderación, para, casuísticamente, determinar si el fin al que sirve el límite legal justifica una restricción determinada del derecho fundamental, resulta que el límite ha de ser limitado en virtud de aquello que se limita (24). En nuestro caso, si a mayor perjuicio de uno de los bienes en conflicto, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del otro, resulta que el cumplimiento de uno de los principios es lo que, *ex post*, asigna el peso del perjuicio que supone la frustración del otro, o bien, el incumplimiento de éste, el valor de la importancia de alcanzar el otro.

(2) No siempre cabe la ponderación. En general no procede cuando lo que se encuentra potencialmente afectado es un derecho fundamental (25). Rodríguez de Santiago parece así hacerse partícipe de la noción dworkiniana de derechos como triunfos, es decir, de una idea según la cual los derechos individuales, como derechos subjetivos, bloquean las consideraciones agregativas para ser sacrificados. En ello hay una denuncia de la práctica jurisprudencial alemana (26) que, tendiendo a ver la Constitución (y los derechos en ella incluidos) como un orden objetivo de valores, abusa del método de la ponderación cuando resulta que el juego del derecho individual frente a la deseabilidad del logro de ciertos fines colectivos valiosos es, precisamente, impedir que se «saque la balanza» (27).

---

(24) Pág. 26.

(25) Otro coto vedado de la ponderación es el juicio sobre los hechos; para Rodríguez de Santiago, la constatación de la concurrencia de determinada situación fáctica por parte de la Administración (por ejemplo, la determinación de las razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público para prohibir una manifestación), no exige ponderación sino subsunción (pág. 86). En todo caso, sí habría un sentido distinto de ponderación en la descripción de los hechos del caso que se muestra como sumamente relevante. Un sentido de ponderación como obligación de describir los hechos de la manera más neutral posible, porque tal descripción va a prefigurar de forma muy importante la subsiguiente asignación de pesos y la preferencia entre los bienes, principios o intereses en conflicto. Así, en el caso del jamonero (*vid., supra*, n. 21) describir el supuesto como «... un trabajador de una empresa dedicada a la elaboración de jamones se niega a cumplir la orden de la dirección de cumplir la tarea a la que se dedica habitualmente un día determinado», prejuzga de forma tal el caso que prácticamente precluye la ponderación para resolver un conflicto, que es genuino, entre su derecho y el interés de la empresa; *vid.*, págs. 139-140.

(26) Una censura que compartiría con HABERMAS; *vid.*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 327-332 (traducción de Manuel Jiménez Redondo).

(27) Si bien, cautelarmente, Rodríguez de Santiago apunta que hay que aceptar un ámbito de aplicación del método de la ponderación también en lo que se refiere a los derechos funda-

Pero también hay ponderaciones vedadas porque el balance ya fue practicado por el constituyente, y por tanto «reabrir la caja de Pandora», por parte del legislador, supone un fraude. Cuando no ha sido así la ponderación legislativa está sujeta a tres condiciones: (1) que la limitación lo sea con respecto a otros bienes, derechos o principios reconocidos constitucionalmente; (2) que sea proporcional o ponderada, es decir, que se cumpla la ley de la ponderación y (3) que se respete el contenido esencial (28).

El autor lo ilustra con el ejemplo de la inviolabilidad del domicilio: esta garantía puede entrar en conflicto con la persecución eficaz del delito, pero sólo cuando hay consentimiento del titular, resolución judicial y delito flagrante, como dispone el artículo 18.2 de la Constitución, aquella puede excepcionarse (29). Ahora bien, ¿qué nos permite asegurar que la regla establecida en ese precepto constitucional sí incorpora, a diferencia de otras, todas sus excepciones? Uno tiene la impresión de que la garantía se cifra en que podamos subsistir un objeto, evento o estado de cosas bajo alguno de los conceptos empleados, y esto no es siempre aparente. El hecho de que se tenga constancia fehaciente de que en un determinado domicilio se vende droga, ¿es un caso de flagrancia? (30). El Diccionario de la Real Academia nos aporta una acepción («Que se está ejecutando actualmente») que entra en conflicto con la convención interpretativa que parecía primar entre los juristas, de acuerdo con la cual se equipara la flagrancia a la «percepción sensorial inmediata» (31). Y ¿bajo qué criterios se dirime esa controversia?

Rodríguez de Santiago hace uso de otro caso para ilustrar la ponderación inadecuada o innecesaria por estarse ante un falso conflicto (32): el de un inquilino que puso un cartel de propaganda electoral en el exterior de la vivienda. Plantear este caso como un supuesto de conflicto entre libertad de opinión y derecho de propiedad es erróneo porque, afirma: «La libertad de opinión no

---

mentales; pág. 24. Típicamente, entiendo, cuando lo que entra en conflicto son dos derechos fundamentales entre sí.

(28) Págs. 60-62.

(29) Pág. 59.

(30) Este era el supuesto pensado en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de acuerdo con el cual no resultaba precisa la resolución judicial autorizando el registro domiciliario cuando se tenga un «conocimiento fundado» que lleve a la «constancia» de la realización de un delito y sea precisa una «intervención urgente».

(31) Así lo entendió también el Tribunal Constitucional, que en Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo de la Ley 1/1992.

(32) Y es que, como el propio autor destaca, «... de la correcta evaluación de esta primera fase depende de manera radical la adecuada solución de un caso de ponderación» (pág. 127).

autoriza a utilizar la propiedad ajena como medio de manifestación de la opinión política personal. Se identificó incorrectamente, a mi juicio, un principio ponderable (la libertad de expresión), cuando la situación de hecho no podía subsumirse bajo el ámbito de protección de dicha libertad, que no está garantizada constitucionalmente para proteger el uso *injustificado* de la propiedad ajena. Una más diligente atención a esta primera fase de la ponderación debiera haber conducido a excluir aquí el conflicto entre dos (o más) principios, que, como es evidente, es el presupuesto de cualquier ponderación. Entre otros fines, esta primera fase debe servir al de evitar falsos problemas de ponderación como éste» (33).

¿Pero no será más bien que hay un uso injustificado de la propiedad ajena, aunque sea un uso de la libertad de expresión, *como resultado de una ponderación, más que como presupuesto de exclusión de ésta*? ¿De qué baremo disponemos para distinguir este falso problema de ponderación de los aparentemente genuinos que se dan en los casos que analiza? Por ejemplo, del que, en opinión de Rodríguez de Santiago, sí que se daba en el conocido como caso Degrelle (34) que fue resuelto sin ponderación alguna (al menos aparentemente) (35).

De nuevo estamos ante un problema de conocimiento sobre el carácter cerrado o abierto, explícito o implícito, del conjunto de excepciones a una regla o principio (36). En el conflicto entre libertad de información y derecho al honor, el carácter veraz de la información, según nos informa el autor, ha jugado ambos roles en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: como rasgo no presente en la expresión, que hace que el derecho al honor triunfe, «de saque», frente a la libertad de información, excluyendo por tanto la ponderación, y como dato que junto con el resto de caracteres del caso ha de añadirse a la balanza para practicar la ponderación (37). Y el problema no es sólo el titubeo de la doctrina del Tribunal Constitucional, sino la suerte de «hacerse trampas al solitario» que se destila cuando se cree que, sin prácticamente mayor razonamiento, la veracidad, o cualquier otra circunstancia, permite decidir sin tener

---

(33) Pág. 122 (cursivas mías).

(34) STC 214/1991, de 11 de noviembre.

(35) Págs. 124-125.

(36) Decir que el legislador de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales no cumplió la ley de la ponderación a la hora de calibrar entre el principio de realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración (que le llevaba a declarar la inembargabilidad de todos los bienes públicos) y la tutela judicial efectiva, equivale a afirmar que dicha regla de inembargabilidad debió haber incluido una excepción: sí deberían ser embargables los bienes no materialmente afectados a un servicio público (este es el sentido de la STC 166/1998; págs. 64-66).

(37) Págs. 123-124.

que ponderar, es decir, resolver obviando un conflicto que sólo *ex post* habrá sido o no aparente.

De nuevo sobre este punto, creo que el autor es consciente de la dificultad. Bajo ese reconocimiento he leído yo, al menos, su insistencia en que no hay fronteras rígidas entre las distintas fases de la ponderación; que hay una suerte de «equilibrio reflexivo» en la identificación de los principios y la consiguiente asignación de la importancia de su cumplimiento y correspondiente disvalor del sacrificio del contrario (38). Así habría ocurrido, igualmente, en los que él tilda de casos de falsa ponderación: también habrían requerido esa mínima ponderación a la que antes aludía para poder así calificarlos.

(3) Ponderar es una forma de «limar» las normas. Mediante la concreción y precisión del concepto jurídico indeterminado, se establece una regla de prevalencia condicionada, pues se expresan las condiciones bajo las que se ha dado preponderancia a un principio frente a otro, que gobernará en el futuro casos similares (39). Hay, por tanto, al decir del autor, una obligación de dibujarla con un grado de generalización y abstracción que facilite «... su aplicación a conflictos futuros planteados en términos semejantes a los del caso que se acaba de resolver» (40).

La cualidad jurídica de la decisión, que es fruto de la ponderación, deviene por el carácter idóneo de la regla de prevalencia encontrada, que no supone sino una concreción del derecho vigente para ese caso y análogos en el futuro, que entonces serán resueltos, mediante aquella, subsuntivamente (41). Así puede entenderse que ha ocurrido con la jurisprudencia constitucional que ha abordado los conflictos entre libertad de información y derecho al honor (42), aunque obviamente dos casos no son nunca iguales en todos sus aspectos, y de ahí que no quepa garantizar que, *pro futuro*, reine ya la subsunción (43).

Y es que esa tarea de los tribunales no dista mucho de la legislación. La única diferencia es que la ponderación, en el caso de la aplicación hecha por los jueces ordinarios y la Administración, está apegada a una específica situación de hecho, y para el legislador o el Tribunal constitucional resulta de un

(38) Págs. 138-139.

(39) Págs. 38, 41, 79.

(40) Págs. 136-137.

(41) Págs. 150-151.

(42) O la regla que emergería en la administración planificadora de carreteras al ponderar entre la protección del medio ambiente y la seguridad vial, cuando para un caso concreto sacrifica el segundo bien porque el tramo viario no va a ser muy transitado, pero sí va a suponer la extinción de una especie vegetal única en España (pág. 152).

(43) Págs. 151-152.

juicio en abstracto (44). Pero, en realidad, ¿pondera, o debe ponderar, el legislador?

Uno tiene la impresión de haber leído a dos Rodríguez de Santiago contestando a este interrogante. El Rodríguez de Santiago que en las páginas 63-64, reserva la ponderación como procedimiento al Tribunal constitucional, y sólo exige al legislador la ponderación de resultado (45), y el Rodríguez de Santiago que, por un lado, observa con preocupación el conflicto posible y real entre las reglas de prevalencia fruto de las decisiones por ponderación del Tribunal constitucional y las reglas paralelas surgidas «... en las ponderaciones abstractas que corresponden, en primer término, al legislador» (46), y por otro lado parece censurar que hayan sido escasas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tomado como punto de partida la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, ley que en definitiva plasma la ponderación entre los principios y derechos hecha por el legislador, para fundamentar sus decisiones en los conflictos que han involucrado la libertad de información y aquellos derechos (47).

El segundo, y último, Rodríguez de Santiago (el de las páginas finales), se inclina en favor del legislador, y en esto cuenta con todas mis simpatías. Cabría decir que también para el máximo representante de la voluntad popular llegó el tiempo de la ponderación, mediante la formulación, por su parte, de prevalencias *prima facie* que, en las circunstancias del caso, pudieran llegar a triunfar frente a las precedencias iniciales consideradas por el aplicador (48). De manera paralela, para el encargado de velar por los derechos fundamentales, parece haber llegado el momento de «tomarse en serio al legislador». En las propias palabras del autor: «Podría decirse que si hubo un momento de tomarse los derechos fundamentales “en serio” y de obtener de su reconocimiento constitu-

---

(44) Pág. 64.

(45) «La ponderación como procedimiento (en el que hay que explicitar los principios en conflicto, atribuir importancia a cada uno de ellos conforme a una correcta argumentación que debe recogerse en el correspondiente acto jurídico-público como fundamentación, etc.) no es predicable del legislador, aunque nada impide que algo de esto se contenga en la exposición de motivos de la ley de que se trate. La argumentación propia de la ponderación como procedimiento, para analizar si el resultado es, en efecto, ponderado, la hará, en su caso, el Tribunal Constitucional en un eventual proceso de examen de la constitucionalidad de la ley» (págs. 63-64).

(46) Pág. 155.

(47) Págs. 155-157. En lo que hace a las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, el autor llama la atención sobre el peligro que supone la creciente autoconfiguración del TC como juez, también, de los hechos (págs. 158-160).

(48) Pág. 165. Así habría ocurrido, según destaca el autor, en la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho de la investigación de la paternidad en la STC 7/1994, de 17 de enero.

cional la máxima eficacia directa, quizás haya llegado ya el momento de tomarse en serio la regulación que el legislador ordinario haga de los derechos fundamentales» (49).

Ponderación, pues, y equilibrio para todos en un intento de hacer justicia aristotélica dando a cada uno lo suyo, o al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. Rasgos del carácter que Rodríguez de Santiago no ha podido evitar se filtren a este fruto, riguroso, y del que se aprende mucho, de su labor académica.

---

(49) Págs. 164-165.



## *RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

