

LA ESENCIAL INTERCAMBIABILIDAD DEL MÉTODO
PONDERATIVO-SUBSUNTIVO
Y EL INTERPRETATIVO-SUBSUNTIVO
Y LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA UNO
(AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL,
SALA CIVIL, DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2010)

Juan Antonio GARCÍA AMADO

Comencemos con una precisión. Es común en la doctrina contraponer los métodos¹ ponderativo y subsuntivo, los de ponderación y subsunción. Los defensores de la ponderación siempre señalan que ese proceder tiene dos pasos. En el primero se pondera propiamente, para establecer, a la luz de las circunstancias del caso que se enjuicia, si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios² que se enfrentan. De esa ponderación resulta una

¹ Hablaré de “métodos” sin entrar en detalles sobre si propiamente merecen ese nombre o si solo por aproximación o en sentido débil se puede llamar así a esos dos procedimientos de razonamiento judicial y/o de justificación de las decisiones judiciales.

² Si leemos a los autores emblemáticos en esta materia, empezando por Robert Alexy, vemos que ni todos los derechos son aptos para la ponderación ni solo se ponderan principios contra principios. Lo primero, porque existirían derechos (iusfundamentales, al menos) respaldados por normas (iusfundamentales) que no son principios, es decir, mandatos de optimización, sino “reglas de validez estricta”, en la terminología de Alexy. Las reglas de validez estricta vencen frente a otras normas que sean reglas ordinarias o que sean principios, resultan inderrotables. Por consiguiente, los derechos que esas reglas de validez estricta respalden son derechos absolutos, derechos que nunca pueden

regla, cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias de ese caso concreto y cuya consecuencia jurídica es la contenida en o derivada del principio vencedor. En un segundo paso, el caso se resuelve *subsumiendo* los hechos que se juzgan, los de tal caso, bajo la regla así resultante en el paso anterior. Por consiguiente, en el proceso de la ponderación hay una primera etapa de pesaje de principios y una segunda de subsunción bajo la regla así surgida.

Muchas veces la literatura al uso presenta el método o proceder razonador contrapuesto, el llamado subsuntivo, como consistente nada más que en esa simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente “mecánico” o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva.

Si ese sencillo esquema de la aplicación del derecho como elemental subsunción pudo alguna vez ser defendido, fue, si acaso, nada más que en el siglo XIX y en algunos autores extremos de la Escuela de la Exégesis o de la Jurisprudencia de Conceptos,

ceder ante otros derechos o intereses amparados en principios o reglas ordinarias. Lo que Alexy ciertamente no cuenta es qué pasaría cuando compitieran dos reglas de validez estricta; es decir, dos derechos o intereses protegidos, respectivamente, por dos reglas de validez estricta. En otras palabras, quién gana cuando pelean dos normas inderrotables o dos derechos absolutos. Pero, al fin y al cabo, tampoco nos explica Alexy cómo saber cuándo estamos ante una regla de validez estricta, con lo que hay que suponer que el resultado queda siempre al albur de cómo quiera el juez calificar la norma en cuestión: si como regla de validez estricta, para que gane de todas, todas, o como principio o regla ordinaria, para que pueda perder cuando se tercie.

Por otro lado, también en los mismos autores comprobamos que no solamente cabe ponderar principios contra principios, sino también principios contra reglas, si bien en esa tesitura la ponderación se hace comparando el peso de un principio en el caso con el peso que para ese caso cobra el principio subyacente a la regla más el principio de deferencia hacia el legislador o de prioridad del legislador.

Por último, no se debe perder de vista que no todas las normas constitucionales que serían principios (mandatos de optimización) acogen derechos, sino que hay también principios constitucionales que defienden cosas tales como intereses colectivos y las correspondientes facultades del Estado.

pero ahí se quedó, y nunca más se ha propugnado así, y menos por iuspositivistas de todo el siglo XX y hasta nuestros días, todos los cuales resaltan el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión.

Para seguir una convención habitual y sin entrar ahora en pormenores ni en la justeza de la calificación, llamemos iuspositivistas a los autores que critican el uso del método ponderativo o lo ven con considerable escepticismo.³ Ninguno dirá en estos tiempos que, al menos en un caso mínimamente difícil, como los que suelen llegar a los tribunales, quepa sin más resolver con solo subsumir los hechos bajo la norma general y abstracta. También aquí habría dos fases. En la primera, la norma debe ser interpretada para resolver lo que de su indeterminación significativa (vagueza, ambigüedad...) pueda afectar a la solución del caso. Esa interpretación operativa o práctica de la norma se hace en aquel “ir y venir de la mirada”, de que hablaba Engisch, entre los hechos del caso y los enunciados normativos pertinentes. Solo una vez que se ha precisado el significado del enunciado normativo que viene al caso (determinando también con ello si finalmente viene al caso o no), solo una vez que se ha pasado de lo que los autores de la escuela genovesa de Tarello llaman la proposición normativa a la norma, tendremos un enunciado suficientemente preciso como para que bajo su supuesto puedan subsumirse los hechos del asunto que se juzga. Por tanto, hay una primera fase de interpretación y una última de subsunción.

En resumidas cuentas, tanto para positivistas como para ponderativos la subsunción es fase segunda o terminal del razonamiento decisorio. La diferencia importante se halla en que, para los primeros, en la primera etapa la operación esencial consiste en una interpretación de la o las normas generales y abstractas que puedan venir al caso, mientras que para los segundos, en ese paso primero lo más importante que se hace es sopesar o ponderar las

³ Sin con esto indicar que sean positivistas los únicos que plantean críticas a la ponderación.

circunstancias del caso a fin establecer cuál de las normas que se enfrentan merece ganar en esa ocasión. Las razones dirimentes para los primeros son razones interpretativas, razones que miran al enunciado general y abstracto de las normas preestablecidas y que justifican la creación de una norma igualmente general y abstracta, concreción de la anterior en lo que ésta tuviera de indeterminada, con la que resolver este caso y los futuros que tengan sus notas esenciales. Por su parte, para los ponderativos, en la etapa esencial se atiende antes que nada a las circunstancias precisas del caso, y sobre su importancia se razona para ver si el caso, con esas circunstancias definitorias, merece ser resuelto con prioridad del contenido valorativo de una u otra de las normas que para su resolución en principio concurren con consecuencias jurídicas contrapuestas. Mientras los positivistas quieren precisar la norma, a los ponderativos les importa más precisar los hechos, pesándolos para que de ese pesaje nazca una norma nueva, una norma del caso, que desarrolla el principio que vence en el pesaje, pero que no se identifica con él ni puede verse como desarrollo del mismo por vía interpretativa.

Esa diferencia crucial lleva a que sea diferente también, y en correspondencia, el énfasis en uno u otro tipo de argumentos justificadores de la decisión. Mientras que el positivista da prioridad a los argumentos interpretativos, esto es, a las razones para dar a la norma o las normas una u otra de las interpretaciones posibles, el ponderativo otorga prevalencia a los argumentos sobre los hechos y sobre el trato que merecen; es decir, a los argumentos sobre la justa solución para un caso con esas circunstancias concretas, en la idea de que las normas en juego son principios, y de que el sustrato de los principios es valorativo antes que lingüístico, de que son mandatos que en última instancia protegen valores entre los que en cada oportunidad hay que encontrar el debido equilibrio, y no formulaciones lingüísticas, enunciados, cuyo concreto significado, siempre más o menos indeterminado, haya que precisar para que de ellos pueda extraerse una solución.

Era pertinente la aclaración anterior como punto de partida para la tesis que aquí voy a (volver a) sostener: que método interpretativo-subsuntivo y método ponderativo-subsuntivo son intercambiables, y que lo que acontece cuando se usa uno u otro es una elección de método, pues cada juez (o profesor) escogerá entre ellos según más le convenga, según le parezca en esa oportunidad más fácil justificar el fallo argumentando sobre interpretaciones de las normas al hilo del caso o sobre “pesos” de los hechos del caso.

Lo primero que, por tanto, pongo en solfa es que según el tipo de normas que para un caso concurren se deba emplear este o aquel de esos métodos. Es decir, que cuando aparecen en liza un principio, por un lado, y otro principio o una regla (ordinaria), por otro, el método correcto y debido sea siempre el de la ponderación, el ponderativo-subsuntivo; y que si el conflicto para el caso se da entre dos reglas, haya de usarse el método de la subsunción, el interpretativo-subsuntivo.

Creo que lo anterior es la explicación de un llamativo desajuste en la jurisprudencia constitucional de muchos países, empezando por España. Muy a menudo anula el Tribunal Constitucional decisiones del Tribunal Supremo porque este no ponderó o no acertó al ponderar, cuando el caso presentaba un conflicto entre derechos fundamentales; pero en otras ocasiones el propio Tribunal Constitucional resuelve casos con idéntica estructura y prescindiendo alegremente de todo esquema ponderativo.

Sostendré la tesis mencionada de la mano del análisis de un caso, el resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia del 10 de diciembre de 2010 (ponente Juan Antonio Xiol Ríos).

Los hechos, resumidos, son los siguientes: un pequeño camino o callejón, que constituye una serventía, separa dos casas. El propietario de una de ellas, John,⁴ ha colocado un sistema de

⁴ En realidad, Leonora y John, la pareja propietaria de la casa. Pero aquí simplificamos la exposición y nos referiremos nada más que a John.

seguridad que incluye una pequeña cámara que graba esa vía de acceso, y, con ello, una pared de la otra casa, una verja de acceso al huerto y las dos puertas de entrada a dicha vivienda, perteneciente a Ernesto.

Ernesto presentó demanda por vulneración del derecho a la intimidad. La situación normativa es la siguiente. El artículo 18.1 de la Constitución española dice que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. La Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen dispone en su artículo 2.1 que “La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. El artículo 7 de dicha Ley Orgánica establece lo que sigue:

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

(...)

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Puede también tenerse en cuenta que la finalidad de esa Ley Orgánica es la de desarrollar los derechos contenidos en el artículo 18.1 de la Constitución, tal como se afirma en su propia exposición de motivos.

Una vía para enfocar la resolución del litigio sería la que denominamos interpretativo-subsumtiva. Puesto que el demandante alega que con las grabaciones por las cámaras de seguridad ins-

taladas por John se vulnera su derecho a la intimidad, habrá que interpretar primeramente cuáles son los alcances de tal derecho y ver si en el concreto caso resulta el mismo ilegítimamente interferido. En consecuencia, necesitaremos examinar qué contenidos forman parte de esa “intimidad” a la que, según la Constitución, todo el mundo tiene derecho, o a qué se refiere la ley señalada cuando, al concretar la norma constitucional, dice que es intromisión ilegítima la grabación de la “vida íntima de las personas” o la captación de “la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada”. Nos preguntamos qué cae dentro de “intimidad”, “vida íntima” o “vida privada”. Igual que cuando, por ejemplo, el Código Penal habla de “ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” como circunstancia determinante de que el homicidio se convierta en asesinato (artículo 140.3^a) nos planteamos qué comportamientos homicidas son así clasificables y cuáles no.

Esos problemas pueden resolverse por vía de una definición que precise lo que significa el término o expresión “x” (“intimidad”, “vida íntima”, “ensañamiento”..) o por vía de directamente clasificar los hechos del caso como referidos o no por la correspondiente expresión normativa “x”. En ocasiones se hace una sola de esas dos operaciones y otras veces se realiza una combinación de ambas.

Denominemos esas operaciones, respectivamente, “interpretación-definición” e “interpretación clasificación”.

La *interpretación-definición* es reconducible a la siguiente estructura:

“X” se refiere a las acciones/objetos/estados de cosas que tienen las propiedades a, b...n.

La *interpretación-clasificación* se atiene al siguiente esquema:

Dado que los hechos del caso tienen las propiedades a, b...n, encajan (son clasificables, son subsumibles) bajo “X”.

Cuando se hace una sola de esas operaciones suele haber una deficiencia argumentativa. Si se recurre solamente a la interpretación-definición, pueden faltar las razones por las que los

hechos del caso sí se subsumen bajo la expresión “X”, que es la que contiene la norma interpretada.

Cuando se pasa directamente a la interpretación-clasificación puede fundadamente echarse en falta la interpretación-definición de “X” que da pie a esa subsunción de los hechos bajo “X”. Por tanto, el esquema argumentativo más completo exige, por lo común, que se expliciten los dos pasos.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado de Primera Instancia no. 2 de Icod de los Vinos, en su sentencia del 27 de abril de 2007, siguió clarísimamente un esquema interpretativo-subsuntivo. Las fases de su razonamiento fueron las siguientes:⁵

(i) La parte actora ejercita su acción con base en el artículo 18 CE y en el artículo 7 LPDH, cuyos apartados 1 y 5 son los únicos que pudieran encajar en el supuesto.

(ii) Las cámaras que graban, sin sonido, lo que sucede en el camino y en la propiedad de Ernesto solo captan parte de una pared, las dos puertas verdes que acceden a su casa y una reja al final por la que se accede a un huerto.

(iii) El único acto de la vida del actor y de su familia que queda reflejado en las cámaras son las entradas y salidas de su domicilio por las tres puertas referidas.

(iv) Una interpretación conjunta de los artículos 2 y 7. 1 y 5 LPDH implica que los actos del artículo 7 deben referirse a actos que mantenga cada persona reservados para sí misma o su familia (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 28 de mayo de 1998).

(v) Las grabaciones no afectan al ámbito de la vida privada del actor, que no desarrolla en el callejón ninguna actividad que pueda considerarse integrada en el ámbito de su vida personal y familiar. Lo único que se graba son las entradas y salidas de su vivienda y el paso por la serventía.

⁵ Los reproducimos por el orden en que son expuestos en la sentencia posterior del Tribunal Supremo. En aras de menor complejidad del análisis, dejamos de lado el asunto referido a las posibles molestias para Ernesto por causa de que cuando las cámaras detectan movimiento nocturno se encienden unos focos que permiten la grabación.

(vi) La imagen que ofrecen las cámaras no es nítida, hasta el punto de que en la reproducción realizada en el juicio, el actor se identifica, pero aun teniéndolo enfrente la juzgadora fue incapaz de identificarlo en las imágenes.

(vii) No se ha presentado ninguna prueba ni indicio que evidencie que la intención de los demandados con la instalación de las cámaras es grabar aspectos de la vida de su vecino y de su familia.

(viii) Haya o no habido robos como se discute, no es ilógico, por el aumento de la delincuencia, que los demandados adopten medios para la vigilancia de su patrimonio.

Vemos, pues, que el juzgador ha combinado la interpretación-definición y la interpretación-clasificación. En (iv) ha dado su interpretación de “intimidad”, “vida íntima” o “vida privada”, en estos términos: forman parte de la referencia de esas expresiones aquellos “actos que mantenga cada persona reservados para sí misma o su familia”. Esta interpretación se respalda con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Por supuesto, cabría cuestionar si la opción por esa interpretación-definición aparece o no suficientemente justificada en esta sentencia de primera instancia, pero ese asunto, en sí muy relevante en términos de racionalidad argumentativa, afecta poco a lo que aquí estamos tratando, sobre todo debido a que lo que, en las dos instancias posteriores, van a hacer la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y el Tribunal Supremo no es tanto discutir la interpretación y la correspondiente subsunción como optar por un método distinto: el de la ponderación.

Una vez que se ha interpretado así “vida íntima” o “vida privada”, a los efectos de aplicar el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (y, por extensión, el artículo 18.1 de la Constitución que esa Ley desarrolla), se desgranán los hechos, para mostrar que en el caso no se ha visto afectada la “vida privada” o “íntima” de Ernesto y su familia, pues lo grabado por las cámaras de seguridad instaladas por John no sería parte de los actos que Ernesto

y su familia mantienen reservados para sí mismos. Resumidamente y en síntesis de lo que ya hemos visto: solo quedan grabadas las entradas y salidas de la propiedad de Ernesto; no puede considerarse parte de la vida privada (definida como antes se ha dicho) el paso por el callejón común a las dos propiedades, las grabaciones no son nítidas y no se ha probado una intención vulneradora de la intimidad de Ernesto y su familia, sino que es razonable el propósito de seguridad que mueve a John a colocar las cámaras para defender su vivienda. La conclusión es que los hechos *no resultan subsumibles bajo la norma protectora del derecho a la intimidad, tal como ha sido interpretada.*

Si quisiéramos cuestionar esa resolución sin salirnos del planteamiento interpretativo-subsuntivo, tendríamos que hacerlo atacando alguno de sus dos pasos, o los dos. O bien discutiendo la interpretación-definición que el juez ha dado y proponiendo una interpretación alternativa de “vida íntima”, o bien argumentando que los hechos probados sí pueden subsumirse bajo esa noción resultante de “vida íntima”. O ambas cosas.

Mas a partir de la segunda instancia las consideraciones irán principalmente por otros derroteros, como pasamos a ver. Ernesto recurrió aquella sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife⁶ declara “la existencia de violación del derecho fundamental a la intimidad del actor por cámaras de grabación instaladas por los demandados”. ¿Con qué fundamentos?

El recurrente, Ernesto, alega que la sentencia recurrida va “en contra del principio de proporcionalidad que debe regir en la confrontación entre los derechos a la seguridad personal, familiar y patrimonial, por una parte, y el derecho a la intimidad, por otra, ya que no se ha acreditado que exista una situación de inseguridad que justifique la colocación de las cámaras pudiendo establecerse otros medios menos invasivos para garantizar esa seguridad”.

⁶ Sentencia del 12 de diciembre de 2007, sección tercera.

Aquí vemos cómo el asunto ya se sitúa en términos de apertura a la ponderación entre derechos contrapuestos. Este dato es de suma importancia en clave de estrategia resolutoria y argumentativa. Expliquemos por qué. Con el enfoque interpretativo-substantivo de la sentencia de primera instancia, tenemos que existe una norma legal (o varias, la constitucional y la legal) que confiere un derecho a la intimidad. Este derecho podrá resultar vulnerado o no. Si, a la luz de las interpretaciones correspondientes de la norma y de las calificaciones de los hechos probados, resulta que hay vulneración de ese derecho, intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, no hace falta tomar en consideración si a la otra parte, a la vulneradora del derecho, la amparaba a su vez algún derecho, en este caso el derecho a la seguridad. Si resulta que no hay vulneración, tampoco se presenta el caso como de victoria del derecho a la seguridad frente al derecho a la intimidad, sino que basta con mencionar que no ha habido intromisión ilegítima en este último, violación del mismo. En otros términos, con este planteamiento da igual que a John, para poner sus cámaras, lo respalde el derecho a la seguridad o que simplemente se parta de la idea de que lo no prohibido está permitido. Si John no ha violentado ningún derecho de Ernesto, no necesita ninguna especial justificación para su acción, más allá de esa cláusula de cierre de libertad para hacer lo no prohibido. Ahí, así, no entra en juego el principio de proporcionalidad. O hay intromisión ilegítima en el derecho que se discute o no la hay, y esa ilegitimidad de la intromisión en tal derecho no depende de ponderaciones entre derechos.

La Audiencia Provincial va a combinar dos estrategias para dar la vuelta a la decisión de primera instancia. Por un lado, después de dar por buena la interpretación-definición del Juzgado de Primera Instancia, rebate la subsunción subsiguiente. Así:

[L]as entradas y salidas del hogar familiar afectan, aún [sic] cuando sólo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor, pues la grabación de esas imágenes

suponen [sic] un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo no siendo óbice para ello que esa captación (y grabación) de imágenes no esté específicamente dirigida a una finalidad intrusiva ni que las imágenes obtenidas no sean enteramente nítidas.

Se acepta que de la vida íntima forma parte nada más que lo que cada persona “reserva para sí misma o su círculo íntimo”, pero se discrepa en cuanto a que en esa zona reservada no se integren el paso por el camino que lleva a la casa y la entrada y salida por sus puertas.

Puestas así las cosas, el debate parece sobre si son galgos o son podencos. Que no porque no o que sí porque sí. Es nada más que una diferencia de juicio u opinión. Pero la Audiencia Provincial va a reforzar su opción mediante un elemental uso del esquema ponderativo:

La intromisión no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho conculcado, pues no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto.

Primero han tenido que afirmar que hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, aunque sea leve. *Porque si no hay tal intromisión ilegítima, no ha lugar a la ponderación.* Esto es fundamental. Aquí encontramos una clave del razonamiento ponderativo. No se pondera para ver si existe la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino que se pondera una vez que se afirma que sí hay, en principio, esa intromisión, por lo que,

en el paso siguiente, hay que sopesar contra otro derecho para ver si la intromisión, ilegítima *en principio*, acaba siendo legítima porque el derecho que el invasor tiene de su parte es en el caso más fuerte que este otro que ha sido afectado.

Encontramos, así, un elemento decisivo en la estrategia metodológica de la ponderación y una explicación de por qué unas veces los tribunales (incluidos los constitucionales) ponderan y otras no. Si se quiere evitar la ponderación, se resuelve el caso en términos de que ningún derecho ha sido negativamente afectado, y eso se hace con un razonamiento de tipo interpretativo-subsuntivo. Es decir, el derecho del que se está tratando no se pone a competir con ningún otro, ya que se estima que ningún otro sufre daño. Porque para que quepa ponderar hay que *construir el caso como de conflicto entre derechos* (o, más ampliamente, entre principios). Por tanto, *cuando no hay conflicto* (o no se procura que lo haya) *entre normas que son principios, esas normas no funcionan como principios, sino como reglas*. De lo que se desprende que *las tales normas no son en sí una cosa o la otra, reglas o principios, sino que son configuradas de una u otra manera por el aplicador según el tipo de juego que quiera darles*.

¿Y si se quiere ponderar? Entonces hay que partir de que en principio están en juego dos derechos contrapuestos y llamados recíprocamente a limitarse. Por eso, en el asunto que examinamos, la Audiencia Provincial tiene que hacer dos cosas: primero, dictaminar que sí se da intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, lo cual hace enfrentándose con la subsunción del juzgado de primera instancia. Y, luego, en lugar de atacar la interpretación de base con una interpretación alternativa de “vida íntima” o “vida privada”, llevar la justificación de su fallo al terreno de la ponderación, para que el derecho a la intimidad gane porque pesa más que el derecho a la seguridad que se ha sacado a colación, a fin de poner la argumentación en el terreno de la valoración de los hechos probados, de las circunstancias del caso. Al hacerlo así, las circunstancias del caso se apartan de la subsunción bajo la norma preexistente, el artículo 7.1 de

la Ley Orgánica 1/1982, y se subsumirán, más adelante, bajo la regla resultante de la ponderación: la regla del caso.

En el párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial últimamente citado se comprueba cómo ocurre el desplazamiento de la perspectiva que da pie a la justificación del ponderar. En la instancia previa, el demandante, Ernesto, había alegado vulneración de su derecho a la intimidad, y tanto la interpretación de la norma como la apreciación de los hechos estaban al servicio nada más de ver si había existido o no vulneración. Ahora se invierte el punto de vista y se trata de examinar si en el derecho a la seguridad de John hay base para justificar la limitación del derecho a la intimidad que se da por sentada en el punto de partida del razonamiento. Y se afirma que la intromisión en la intimidad de Ernesto “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo”, como es el de la protección de la seguridad personal, familiar y patrimonial, pues habría medios alternativos para conseguir la misma seguridad pretendida de modo menos limitativo de la intimidad y, en consecuencia, es desproporcionada la intromisión en la intimidad. ¿Y por qué todo ello? ¿Con base en qué razones? En estas:

no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto.

No olvidemos que la demanda la presentó Ernesto. Lo que ahora se dice es que, sin embargo, John debió haber acreditado “datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras”. ¿Se invierte, acaso, la carga de la prueba o, al menos, de la argumentación, cuando la demanda puede dar lugar a una resolución basada en la ponderación de derechos? ¿Ya no es el demandante el que debe acreditar que la

intromisión es ilegítima, sino que debe el demandado aportar los hechos y argumentos que la hagan legítima? ¿Debe el demandado probar o acreditar que no existen otros medios menos dañosos para la intimidad que le brinden a él el mismo grado de seguridad? Y, sea como sea, ¿qué medios alternativos serían esos que el Tribunal sostiene que habría, pero que no menciona en modo alguno? ¿Realiza bien la ponderación el tribunal que se limita a afirmaciones de ese tipo, sin más, sin ulterior concreción ni ejemplificación? ¿Basta que sostenga, como aquí sucede, que el demandado no ha probado lo que, ley procesal en mano, no le correspondía probar en realidad?⁷

Cuenta la doctrina más autorizada que los pasos de la ponderación son tres juicios o comprobaciones: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Las tres palabras se mencionan en el reseñado párrafo de la sentencia de la Audiencia. Pero, ¿acaso basta y ha de darse por bien ponderado cuando, como aquí, el tribunal se limita a decir que la medida juzgada no es ni idónea ni necesaria ni proporcionada, sin explicitar con un mínimo detalle el porqué de cada una de tales asertos? ¿Se puede motivar peor una decisión judicial?

⁷ Surge un interesante problema sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos que se abocan a la ponderación. El artículo 217, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sienta que “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”. Aquí el demandante era Ernesto, quien, por tanto, debía probar los hechos de los que se desprenda o en los que se manifieste que se dio intromisión ilegítima en su derecho. Pero, por su parte, ¿qué debe probar John? ¿Qué no se dieron tales hechos o con ese efecto? Si es eso, para nada necesitará probar qué causas empíricas concurren para su preocupación por su seguridad personal, familiar y patrimonial. ¿O debe probar sobre esto último? En tal caso, se le asigna una carga probatoria que tal vez no está en la ley, pues en vez de probar que no hay base fáctica para la demanda (y téngase en cuenta que si el demandado no prueba, el reconviniendo no necesitaría probar), pasa a tener que probar que hay base fáctica para el derecho suyo que él opone al del demandado. ¿No se está alterando la distribución de las cargas probatorias por esta vía?

Como interesante problema teórico cabría plantear si el principio de proporcionalidad debe respetarse también en las sentencias. Esto es, si los propios tribunales han de inclinarse por la solución que reporte el mayor bien al derecho que protegen, pero al coste más leve de los posibles para el derecho que restringen. Veámoslo en el caso y a propósito del fallo de la Audiencia Provincial.

El conflicto proviene, recordemos, de que John ha instalado unas cámaras de seguridad que, además de la entrada de su casa, graban el callejón que es acceso común para su propiedad y la de Ernesto, y graban también las puertas de acceso a la casa de este y una pared de la misma. Sentado por la Audiencia, como hemos visto, que hay así intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de Ernesto, nos podemos preguntar: ¿cuál sería la solución que dejaría incólume tal derecho a la intimidad de Ernesto, dañando, al tiempo, lo menos posible el derecho de John a la seguridad? En su fallo, la Audiencia Provincial condena a los demandados a que cesen en la vulneración del derecho del otro, “para lo cual deberán retirar las cámaras de filmación y desmantelar todos sus dispositivos e instalaciones”. ¿No habría bastado, en nombre de la ponderación y la proporcionalidad, ya puestos, con que se les hubiera condenado a orientar de otra forma las cámaras o a alterar de alguna forma su modo de colocación?⁸

Pasemos ahora a la decisión del Tribunal Supremo, ante el cual John recurre la decisión de la Audiencia Provincial, que le manda retirar las cámaras de seguridad.⁹

⁸ Así lo señala el demandante ante el Tribunal Supremo: “La sentencia al fijar la esfera protegible del derecho a la intimidad del apelante no obliga al recurrente a modificar la orientación de las cámaras para evitar la visión parcial sino a retirar las cámaras de seguridad vulnerando los artículos 15, 17.1, 18.1 y 33.1 CE que protegen los derechos asimismo fundamentales del recurrente a la seguridad de su persona y bienes”.

⁹ Y a indemnizar a Ernesto, aunque de ese aspecto no nos estamos ocupando aquí.

Para comenzar, es interesante observar las estrategias argumentativas o “metodológicas” de las partes. Cada una va a hacer razonamientos de tipo interpretativo-subsuntivo o de tipo ponderativo-subsuntivo según más le convenga, y el Tribunal dispondrá de la consiguiente posibilidad de elegir también el método que le sea más práctico para la justificación del fallo.

La defensa del demandante, de John, usa una triple estrategia. Por una parte, redescrive los hechos, poniendo, naturalmente, el acento en las dimensiones de los mismos que más favorezcan su postura. Un proceso judicial es también una competición de narraciones alternativas de unos mismos hechos, al igual que también el juez, en su motivación, va a hacer aquella exposición sintética de los hechos del caso que mejor se avenga con el cariz de su fallo. Contemplemos algunos fragmentos de lo que sobre el particular expone ante el Tribunal Supremo el recurrente, tal como se sintetiza en la propia sentencia:

- a) Se trata de la colocación de las cámaras de seguridad que recogen el “tránsito de una persona por un paso de acceso público, no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas”.
- b) “Es un hecho acreditado que las cámaras colocadas son para vigilar el acceso principal y único directo a la vivienda del recurrente”.
- c) “[S]olo de modo tangencial pueden apreciarse los accesos de un lateral de la edificación vecina que no es además su entrada principal”.
- d) “[S]in posibilidad incluso de determinar si entran o salen o quiénes son esas personas, pues son cámaras fijas que no graban con nitidez, no son direccionales y están dirigidas a grabar lo que ocurre en el acceso a la propiedad del recurrente.
- e) “Además, se graba sobre una cinta de cuatro horas que graba y borra continuamente”.

- f) “Las cámaras fueron colocadas por una empresa dedicada profesionalmente a su instalación para controlar los accesos a la fachada principal de la edificación del recurrente”.
- g) “Además, la zona carece de iluminación pública”.
- h) “[L]a propiedad es una edificación lujosa en una zona relativamente aislada, contiene mobiliario valioso y es lógico que se quieran asegurar sus bienes mediante la colocación de cámaras y focos que se encienden en horario nocturno cuando se accede al camino”.
- i) “Con la retirada de las cámaras la propiedad queda desprotegida por motivos de enemistad vecinal”.

En segundo lugar, el recurrente despliega una estrategia interpretativo-subsuntiva, consistente en resaltar que el alcance de las normas protectoras del derecho a la intimidad no puede ser tan extenso como para que el derecho se entienda vulnerado en un supuesto de estas características. Repasemos algunos fragmentos significativos a este propósito:

“La cuestión que se plantea es si la percepción ocasional por unas cámaras de seguridad del tránsito [sic] de una persona por un paso de acceso público [sic], no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas, entre ellas el recurrente y su familia, puede afectar a la esfera íntima o a la vida privada del vecino demandante”.

“La sentencia recurrida infringe las normas aplicables, al realizar una ampliación injustificada del ámbito protegible del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen constitucionalmente reconocida en el artículo 18 CE y en lo dispuesto en el artículo 7.1 y 5 en relación con el artículo 8.2 LPDH”.

Con el enfoque interpretativo-subsuntivo el esquema es “o...o”; o esto o lo otro. O los hechos son subsumibles bajo la norma que otorga a una parte un derecho, en cuyo caso no existe violación del derecho de la otra parte porque no enca-

jan bajo la norma que lo ampara, o a la inversa.¹⁰ Es decir, o hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, en cuyo caso no cuenta la afectación negativa del derecho a la seguridad, o hay afectación negativa de este último, y entonces no se podrá plantear que exista aquella improcedente intromisión en la intimidad. Cuando el recurrente aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial ha concedido una extensión desmedida al derecho a la intimidad, está descartando que las normas que lo resguardan sean aplicables al caso, que los hechos del caso sean positivamente subsumibles bajo ellas. Pero va a usar igualmente una estrategia complementaria o de subsunción positiva de los hechos bajo una norma que los justifica: las normas constitucionales que respaldan el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial:

A la vista de lo alegado en el fundamento anterior, la estimación del recurso de apelación interpuesto por el actor supone la vulneración del derecho a la integridad física y moral del recurrente, a su libertad y seguridad y al derecho a la propiedad, derechos constitucionalmente reconocidos en los artículos 15, 17.1 y 33.1 CE, derechos vulnerados por la aplicación desmedida que se hace del derecho a la intimidad al ampliarse su esfera protegible contrariando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto de que [sic] debe entenderse como esfera privada protegible al amparo del artículo 18.1 CE.

Y todavía se precave el recurrente ante la posibilidad de ponderación. Si, pese a todo, el tribunal prefiere ponderar, y una vez que ya han sido traídos a escena los dos derechos contrapuestos que habría que poner en la balanza, tendríamos que “En la

¹⁰ Igual que los hechos de un caso penal de homicidio o asesinato o son calificados como homicidio simple y subsumibles bajo el artículo 138 del Código Penal, o son calificados de asesinato y subsumibles bajo el artículo 139 del Código Penal, sin que a nadie se le ocurra sostener que tienen un poco de cada cosa y que se debe ponderar para ver qué norma de esas dos pesa más en el caso.

presunta confrontación de los derechos en conflicto, dados los antecedentes del caso debe primar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la seguridad y a la propiedad frente al hipotético ataque a la intimidad del recurrido”.

A la defensa de la otra parte, de Ernesto, parece que claramente le conviene más que el caso se resuelva ponderando, y así lo propone: “En orden a la seguridad según la doctrina será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos, así, toda instalación de sistemas de cámaras o videocámaras ha de respetar el principio de proporcionalidad (STC 207/1996), es decir, que siempre que sea posible se deben adoptar medios menos invasivos para la intimidad de las personas”.

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental es o no proporcional se deben cumplir 3 requisitos: 1. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). 2. Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para obtener el fin perseguido con la misma eficacia (juicio de necesidad). 3. Si tal medida es ponderada o equilibrada, esto es, si se derivan de ella más ventajas o beneficios que perjuicios sobre otros derechos o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido estricto).

Vayamos al fin con el fallo del Tribunal Supremo y con los argumentos de su motivación. La sentencia ratifica la de la Audiencia Provincial y da la razón a Ernesto, quien alegaba intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. Analicemos la motivación en sus mismos pasos.

1. Para empezar, se cita la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho a la intimidad “en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»”.

Acéptese sin el más mínimo cuestionamiento esa doctrina del TC. ¿Nos resuelve, por sí, algo para el caso presente? No, pues todo dependerá de qué entendamos incluido dentro de la referencia de la expresión “espacio propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”. ¿El camino o callejón por el que se accede a la casa lo es? ¿Lo es la vista exterior de puertas de entrada y salida de una casa? Nada sustancial se aporta al recordar que la intimidad es “espacio reservado”, si no se explica por qué el espacio X forma parte de esa reserva de espacios.

2. Se recuerda que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y que está limitado por otros derechos o intereses, ante los que puede ceder:

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho».

¿Qué quiere decir que un derecho no es absoluto y que, por consiguiente, topa con limitaciones provenientes de otros derechos? Esa limitación puede contemplarse de dos maneras. Una, entendiendo que cada derecho tiene un ámbito propio, delimitado por la norma que lo acoge, de modo que donde acaba el espacio de un derecho comienza el de otro, razón por la que extender un derecho significa penetrar o invadir el ámbito propio de otro. El espacio X o pertenece al campo o ámbito del derecho D¹ o al del derecho D.² Otra forma de verlo es entendiendo que los D¹ y D² poseen un espacio que en principio es común y que en cada caso hay que asignar la concreta “propiedad” o uso de ese espacio común a uno u otro de ellos, lo cual se hace ponderando las circunstancias concretas del caso. Si se sigue el primer punto de vista, se requieren antes que nada argumentos interpretativos generales que justifiquen las respectivas

asignaciones de sus espacios a D¹ y D². Si se opta por el otro camino, no importan tanto los argumentos sobre las normas generales y sus interpretaciones como los que versen sobre el “peso” de los hechos del caso.

Pero repárese en que, si en lugar de decidir mediante la consideración nada más que del derecho a la intimidad y su alcance, para ver si los hechos se subsumen bajo su norma con un efecto u otro, determinando si hay o no intromisión ilegítima, se trae al campo de juego un segundo derecho, aquí el derecho a la seguridad de la otra parte en el proceso, podemos preguntarnos por qué no hacer un razonamiento simétrico para los dos. O sea, por qué no afirmar igualmente que el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial “no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Se responderá, con mucha razón, que el caso estaba planteado a partir de la demanda de Ernesto en defensa de su derecho a la intimidad, y no de la de John en pro de su derecho a la seguridad.¹¹ Pero la cuestión nos sirve, al menos en vía de hipótesis, para pedir que las propias sentencias judiciales apliquen a sus mismos fallos los parámetros de proporcionalidad, si son los que importan. ¿Tenía el Tribunal Supremo la posibilidad de limitar el derecho a la seguridad de John de manera que su recorte sea solamente el “necesario” para lograr el “fin legítimo” de proteger la intimidad de Ernesto?

3. Igual que al principio se cita doctrina jurisprudencial que por sí no resuelve el asunto de que tratamos en el caso, ahora se hace lo mismo con las normas vigentes sobre el particular:

¹¹ Pero el recurso de casación de John ante el Tribunal Supremo sí puede verse como basado en la defensa de su derecho a la seguridad.

Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el artículo 7.1 y 5 LPDH, en relación con el artículo 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2».

Esas son las normas que vienen al caso, en efecto, pero sabemos ya que nada nos solucionan mientras no interpretemos, mientras no concretemos el significado de “vida íntima” y “vida privada”.

4. No será el significado o alcance de “vida íntima” o “vida privada” lo que ocupe al Tribunal, pues a partir de ese momento, de la mera cita de la normativa vigente con la que parecía que había que resolver, su argumentación da un giro y va por otros cauces: ponderar para ver si en el caso merece ganar este o aquel derecho.

Primero, la exposición general del principio de proporcionalidad y de los pasos de la ponderación:

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186)), la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995, 66), FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998, 37), FJ 8) para comprobar si una medida

restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Aceptemos esa vía y tratemos nosotros mismos de ejecutar lo mejor posible los tres pasos.

a) Juicio de *idoneidad*. Hay que ver “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”. ¿Cuál era la medida de marras? La colocación por John de cámaras de seguridad del modo que ya sabemos y para el fin de aumentar su seguridad, a la que tiene un derecho que en sí no se discute. ¿Son idóneas en general las cámaras de seguridad para ese propósito? Parece difícil negarlo. ¿Son idóneas en el caso concreto? Para restarles esa aptitud o idoneidad en el caso habría que argumentar algún defecto en la disposición de las mismas que las convierta en inútiles para dar seguridad a la vivienda de John. Si no disponemos de tales argumentos basados en hechos, difícil parece que la idoneidad pueda ponerse en tela de juicio. No olvidemos que en este paso del examen de idoneidad todavía no entra en consideración nada que se refiera a la afectación o no del derecho a la intimidad de Ernesto.

b) Juicio de *necesidad*. Ahora corresponde mirar si la medida de instalar las cámaras “es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”. ¿Habría otras medidas, alternativas a las cámaras o a su modo de disponerlas, igual de eficaz para la seguridad y menos negativa para la intimidad de Ernesto? En términos de exigencia argumentativa, no puede bastar decir que sí o que no. Si mantenemos que sí habría tales medidas

alternativas, debemos explicitar cuáles lo serían en este asunto concreto. Si sostenemos que no las hay, habremos de repasar las que en teoría razonablemente cupieran y acreditar por qué en el caso no encajan. Por poner un ejemplo, seguramente forzado: ¿cabe que valoremos si en lugar de las cámaras sobre la finca y el camino de acceso, podría, con el mismo efecto asegurador, tener John uno o varios perros guardianes en su propiedad? Ahí está la dificultad mayor del juicio de necesidad, en la elaboración y consideración expresa de toda la lista de alternativas razonablemente posibles. Lo que se suele hacer, sin embargo, es acortar artificiosamente esa lista para considerar únicamente las alternativas que avalen el juicio negativo o positivo que se pretende.

c) Juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*. Para empezar, el fundamento de este juicio es presentado en la sentencia de un modo peculiar, un tanto extraño: se debe examinar “si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. ¿Cuál interés general? En casos como el presente, planteados como conflicto entre intereses individuales, ¿por qué meter en liza el interés general?

Reconduzcamos a sus términos habituales el juicio de proporcionalidad cuando, como aquí, se dirimen conflictos de derechos. Hay que ver el grado de afectación positiva de uno de ellos, en esta ocasión el de seguridad, y el grado de afectación negativa del otro, el de intimidad. Si es más lo que pierde o se daña del derecho a la intimidad de Ernesto que lo que gana o se beneficia el derecho a la seguridad de John, entonces la medida de instalar las cámaras del modo que se ha hecho es desproporcionada y decae o es derrotado el derecho de John. Si es más lo que gana el derecho a la seguridad de John que lo que merma el suyo a la intimidad de Ernesto, la medida es proporcionada e impera el derecho del primero.

Ahora, con los presupuestos claros, veamos cuál es el grado de afectación de cada derecho. Es decir, establezcamos el peso negativo de la afectación (negativa) del derecho a la intimidad

del uno y el peso positivo de la afectación (positiva) del derecho a la seguridad del otro. Las circunstancias del caso las conocemos de sobra ya y, por tanto, se supone que estamos en condiciones para ponderar, para otorgar esos “pesos” respectivos, aunque sea, como Alexy propone, en términos de “mucho” (afectación grande), “poco” (afectación leve) o “regular” (afectación de grado medio). Pues bien, haga el amable lector el ejercicio, pondere, y piense cada cual si la medida que aquí se analiza, la de poner las cámaras como se ha dicho, pasa o no la prueba del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es prácticamente seguro que los ponderadores no coincidan en sus pesajes y resulta probable que se dividan al cincuenta por ciento.

La ponderación de derechos no es un método que aporte objetividad y, además, sus defensores suelen responder que tampoco lo pretende. Por tanto, el “peso” que en la ponderación se establece no es propiamente un peso, sino un valor que el juzgador atribuye discrecionalmente, en uso de una discrecionalidad tan legítima como inevitable. Si así es en efecto y así se admite, tendríamos que la presencia de discrecionalidad no sería muy diferente de la que comparece en el método interpretativo-subsumitivo al optar entre interpretaciones posibles de las normas y valoraciones posibles de las pruebas. La única diferencia a considerar podría estar, en suma, en cuál de los dos métodos resulta más apto como esquema de justificación del uso que los jueces hacen de esos ineliminables márgenes de discrecionalidad. O, expuesto de otra forma, la clave del debate se reconduciría a cuál de los dos esquemas argumentativos es más “honesto” porque no disimula el elemento valorativo dirimente, y cuál se ciñe mejor a la justificación de los pasos valorativos que conducen a la decisión final, al fallo.

5. Nos falta examinar la ponderación del Tribunal Supremo, ya que al ponderar condujo la base de su decisión.

El Tribunal Supremo, como ya vimos, se propone revisar si es correcta la ponderación que la Audiencia Provincial ha ejecutado en la sentencia que ante él se recurre en casación:

Esta Sala debe enjuiciar sí [sic], como exige la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional expuesta en el fundamento jurídico anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial ha ponderado adecuadamente sí [sic] la instalación y empleo de medios de grabación de imágenes por el recurrente ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del recurrido y de su familia de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Se debería sobreentender que, colocado el asunto en clave ponderativa, la determinación de que existe o no intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad dependerá del resultado de la ponderación, con sus tres juicios o pasos. Sin embargo, no queda nada claro, en la presentación que se hace en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, si esa constatación de la existencia de intromisión ilegítima antecede a la ponderación, al juicio de proporcionalidad, o si, como debemos esperar, es la consecuencia de aplicar dicho juicio. Si es lo primero, nada hay que ponderar una vez sentada la intromisión ilegítima, el fallo ya está predeterminado por esa afirmación. Pero ¿cómo se ha razonado realmente?

Ya al inicio de este decisivo fundamento quinto se dice que “La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado conduce a la conclusión de que la fundamentación de ambos motivos de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, al existir intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad del recurrido y de su familia (artículo 18 CE)”. Concedamos que no se quiere sentar así una premisa del razonamiento, sino que se adelanta la exposición de su conclusión. Pero poco después se repite que la instalación de las cámaras “no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino”. Volvemos a la duda: ¿no supera el juicio de proporcionalidad porque es ilegítima la

intromisión o es ilegítima la intromisión porque no supera el juicio de proporcionalidad?

Sea como sea, podemos fiar a la calidad de la ponderación y de sus pasos y argumentos el fundamento de ese juicio negativo. Así que apreciemos en detalle cómo ha ponderado el Tribunal Supremo, o cómo se revisa la ponderación de la instancia previa. Convendrá que leamos enteros y juntos estos dos párrafos cruciales de la sentencia:

Según la sentencia de la Audiencia Provincial la grabación de las entradas y salidas del domicilio afectan, aun cuando solo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor y suponen un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo. Por tanto, si bien en un principio se puede considerar que la instalación de las cámaras respondía a motivos de seguridad al situarse la vivienda en una zona aislada y sin iluminación, sin embargo, no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino. El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas de su domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido.

En suma, esta Sala considera que la intromisión que supone la grabación de las entradas y salidas del domicilio del recurrido no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad. Además, la instalación adicional de los focos de luz que permiten la grabación de imágenes nocturnas con sucesivos episodios de encender y apagar es una molestia adicional para el recurrido.

Ahora analicemos.

i) Lo primero que confirmamos es que, *pese a la vestimenta ponderativa, la clave decisoria es antes que nada interpretativa*. Y ello es así porque se da por bueno sin discusión que de la “intimidad” o “vida privada” o “vida íntima” de una persona o de su familia forman parte las entradas y salidas de su domicilio y que, por tanto, la grabación, aunque sea por otras razones o con otra intención, como efecto colateral de otra medida, de tales entradas y salidas, “supone un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo”. Se están dando los tres pasos del razonamiento interpretativo-substantivo: a) se ha asumido esa interpretación de que la intimidad está compuesta por las facetas que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo; b) así delimitado el “territorio” de la intimidad, se mantiene que la entrada y salida del domicilio pertenece a dicho “territorio reservado”: se han subsumido los hechos bajo la norma previa de esa manera interpretada; c) sale la conclusión: existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

ii) ¿Para qué se ha de ponderar, entonces? Parece que para comprobar si esa intromisión ilegítima puede ser contrapesada por el beneficio para el derecho a la seguridad. Nos vemos así conducidos a un curioso dilema teórico: si resulta que la intromisión ilegítima supera la prueba de la ponderación, el examen de proporcionalidad, ¿se convierte en legítima tal intromisión ilegítima? ¿Puede sanarse la ilegalidad o inconstitucionalidad, sentadas en el punto de arranque, de un atentado contra un derecho fundamental mediante la ponderación? ¿Cómo lo explicaríamos? ¿Diríamos que la intromisión en un derecho es ilegítima —inconstitucional e ilegal—, pero que se compensa por lo muy legítima que resulta la protección del derecho contrapuesto? ¿Mantendríamos que hay intromisión ilegítima, pero proporcionada y, por tanto, no antijurídica? Se explique como se explique la situación en clave teórica, lo que resulta bastante evidente, en definitiva, es que la ilegitimidad del atentado contra la intimi-

dad no resulta de la ponderación favorable a ese derecho, sino que antecede a la ponderación misma.

(iii) Como quiera que se vea lo anterior, el Tribunal pondera. El resultado es favorable al derecho a la intimidad de Ernesto y contrario al derecho a la seguridad de John. ¿Podría haber sido de otro modo, con ese punto de partida? Dejemos esa duda, a la que no se nos da respuesta, y examinemos cómo se aplican los tres juicios en que se descompone operativamente el principio de proporcionalidad.

a) Juicio de *idoneidad*. No estará de más que repitamos que se aplica observando si la medida en disputa rinde algún beneficio para el derecho a la seguridad de John y su familia. La sentencia dice que no hay tal idoneidad. ¿Acaso no contribuyen a la seguridad las cámaras de seguridad? Respuesta de la sentencia:

El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente [de John] por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas de su domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido.

Ese, sencillamente, no es el juicio de idoneidad. Del juicio de idoneidad en la sentencia no hay ni rastro, aunque se emplee el término “idóneo”. Pero asumamos, quizá, que se da por tácitamente admitido que ese juicio sí se supera por la obviedad de que las cámaras de seguridad benefician la seguridad. Así que vayamos a los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

b) Juicio de *necesidad*. Teoría general del mismo: para que la medida sea constitucionalmente legítima, no debería haber existido una medida alternativa que, favoreciendo igual el derecho a la seguridad de John, dañara menos el derecho a la intimidad de Ernesto. También aquí parece negativa la opinión que vierte el Tribunal en la sentencia, pues se concluye que la medida

analizada “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo” y no se ha llevado a cabo “utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad”.

¿Cuáles podrían haber sido esas medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la intimidad? Solo una pista se nos da a este propósito: “como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido”. Parece un buen argumento. Pero, en ese caso, ¿no se incurre en incongruencia en el fallo que condena a “retirar las cámaras de filmación y dismantelar todos sus dispositivos e instalaciones”? ¿No bastaría, precisamente en aras de la maximización correlativa de los derechos, haber condenado a modificar la colocación u orientación de las cámaras?

c) Si el test de necesidad no da positivo, ya no haría falta practicar el de *proporcionalidad en sentido estricto*, salvo que se quiera hacer a mayor abundamiento. ¿Lo aplica el Tribunal aquí? Diríase que no, pero no queda del todo claro, pues dice también que “la intromisión (...) no se revela como (...) proporcionada” para alcanzar “un fin constitucionalmente legítimo”. ¿Por qué no? No lo sabemos, pues no nos lo cuentan: su balanza es privada.

Llega el momento del balance y la síntesis final:

i) La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan. Pero es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia. A los teóricos de la ponderación y defensores más estrictos del método ponderativo-subsumtivo debería corresponder la crítica de tan común mal uso, pues si no se depuran esas tergiversaciones acabará convirtiéndose la pon-

deración en el más lamentable pretexto para un casuismo vacuo y totalmente ajeno a las más mínimas exigencias de racionalidad argumentativa en la decisión judicial.

ii) Insisto en la tesis de la esencial intercambiabilidad práctica o estratégica de los métodos interpretativo-subsuntivo y ponderativo-subsuntivo. Unas veces se elige sin más el que parece dar mejor resultado para motivar el fallo que se busca. Otras veces, como acabamos de comprobar, se entremezclan en una misma sentencia sin una mínima claridad sobre la utilidad posible de cada uno y, sobre todo, sin que el empleo de cada uno quede argumentado con una mínima racionalidad argumentativa. Se hacen interpretaciones decisivas sin asumir que se está poniendo la base de la decisión en la interpretación de una norma y, por consiguiente, sin dar razón de por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra de las interpretaciones posibles, de las interpretaciones que podrían brindarse como alternativas en tal oportunidad. Y se pondera simplemente diciendo que se ponderó, pero sin enseñar la imaginaria balanza (el “ponderómetro”) ni explicitar con claridad por qué en ella se ponen unos hechos u otros y con qué concretos resultados. Se afirma que la medida es o no es idónea sin entrar en ningún pormenor sobre por qué hay o no beneficio para el derecho fundamental de referencia en ese juicio de idoneidad. Se proclama que cabían o no medidas alternativas menos perjudiciales para el otro derecho que se considera en este juicio, pero no se explicitan cuáles serían o no se agota la lista de las que razonablemente se deberían tomar en cuenta, limitándose los tribunales a seleccionar, de esa lista posible, la que mejor soporte la conclusión positiva o negativa que se busca.

Y se mantiene que la ponderación en sentido más propio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el “pesaje” propiamente dicho, se ha realizado con tal o cual resultado. Pero como lo que se pesa son los hechos del caso (en combinación a veces con el peso abstracto de los derechos o principios en juego) y como en puridad los hechos no tienen más peso que

el que el “pesador” les asigne,¹² ponderar contrapuestamente dos derechos no es más que *valorar* en conciencia cuál debe tener preferencia. Ahora bien, cuando se justifican argumentalmente valoraciones, el sujeto correspondiente debe entenderse como respondiendo a las siguientes preguntas: ¿por qué yo preferiré aquí el bien (derecho, interés...) X al bien Y, ¿qué razones me lo hacen preferible? y ¿cómo puedo tratar de convencer a un observador imparcial para que comparta mi preferencia o, al menos, la acepte como no irrazonable?. En este punto es donde el lenguaje del “peso” puede invitar a o ser disculpa para omitir ese tipo de argumentaciones exigibles. Si peso no valoro, sino que constato, me muevo en el marco de algún tipo de cuasievidencia, sea empírica o de razón práctica. Si peso, yo compruebo lo que pesa el objeto en cuestión, mientras que si valoro, yo atribuyo ese peso. Si yo afirmo que el aceite pesa menos que el agua, no tengo muchas cuentas que dar del fundamento de mi afirmación; si yo mantengo que, en nuestro caso, el derecho a la intimidad de Ernesto es más importante que el derecho a la seguridad de John y, en consecuencia, debe prevalecer, es grande el esfuerzo argumentativo que se me tiene que exigir para alejar la posible sospecha de arbitrariedad o exceso de subjetivismo en mi juicio.

iii) Si a la “filosofía” del principio de proporcionalidad y la ponderación subyacen tesis de ética y filosofía práctica de corte objetivista y cognitivista; es decir, algo parecido a un verdadero sistema objetivo de pesos y medidas, deben explicitarse esos presupuestos para mostrar que no se trata meramente de un método más o menos útil para la simple argumentación de valoraciones discrecionales del juez, pero sin pretensiones fuertes de corrección objetiva de los resultados. Hay que fundamentar el objetivismo y el cognitivismo de base, lo primero, y después hacer una correspondiente teoría “material” de la Constitución, para que se entienda qué se quiere decir cuando se habla de que las Constitu-

¹² Y los principios, igualmente.

ciones tienen su esencia en una trama de valores y principios en los que el contenido axiológico se impone a cualquier indeterminación semántica o a cualquier apertura a los consensos políticos y a las preferencias mayoritarias que en las leyes se expresan, dentro de ese marco y en lo que semánticamente tenga de abierto.

Si quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable y en sí no reprochable práctica de la discrecionalidad judicial, al menos en ciertos casos difíciles por razón de la indeterminación de las normas o de la duda sobre la prueba o relevancia de los hechos. El juicio, entonces, ya es de pura conveniencia, y versará sobre cuál esquema argumentativo es más útil para forzar al juez a explicitar más y mejor sus propias valoraciones y las razones en que las apoya, si el esquema ponderativo-subsuntivo o el esquema interpretativo-subsuntivo o una combinación de los dos no permita presentar como evidencias objetivas lo que son preferencias discrecionales. Y, desde luego, si estamos en esto último, debería rechazarse con toda rotundidad que los tribunales constitucionales anulen sentencias de las instancias judiciales porque en éstas no se ponderó. Pues haber ponderado o no pasaría a ser asunto muy secundario, y lo relevante será nada más que comprobar si las valoraciones que condujeron al fallo aparecían o no suficientemente argumentadas, sea con unos términos o con otros y sea siguiendo unos pasos del razonar u otros distintos, pero igualmente eficaces para lo que importa: el descarte de la arbitrariedad o el capricho, en lo posible.