

InDret

El asunto Preysler y la teoría de juegos

Fernando Gómez
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, Enero 2002

www.indret.com

El TS y el TC españoles han protagonizado recientemente uno de los enfrentamientos más sonados de la reciente historia judicial europea. El propósito que anima estas líneas es el de mostrar cómo la aplicación de la teoría de juegos puede ayudar a explicar y predecir de forma algo más organizada los comportamientos de los órganos judiciales y también sus consecuencias tanto por lo que respecta a la interpretación de ciertos derechos fundamentales como por lo que toca a la primacía sobre los mecanismos de protección de los mismos.

La tesis del trabajo es la de que con el auxilio de sendos sencillos modelos de teoría de juegos se puede ilustrar provechosamente el doble conflicto hecho explícito por las sentencias del Asunto Isabel Preysler (Isabel Preysler c. Hymssa y otros: STS, 1ª, 31.12.1996; STC, 2ª, 115/2000, de 5 de mayo; STS, 1ª, 20.7.2000; STC, 2ª, 186/2001, de 17 de septiembre) y su secuela (STS, 1ª, 5.11.2001, Alberto Cortina c. “Hachette Filipacchi” y otros):

1. De un lado, la cuestión de fondo acerca del cálculo de la indemnización procedente por la intromisión en la intimidad personal y familiar de la Sra. Isabel Preysler (recurrente en amparo en las SSTC de 5.5.2000 y 17.9.2001) y, por extensión, con carácter general, de las indemnizaciones consecuencia de la vulneración de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.
2. De otro, el conflicto institucional desatado entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional acerca de cuál de ambos tribunales tiene la exclusiva o, al menos, la preeminencia en la determinación de los remedios en derecho frente a la violación de derechos fundamentales en general y de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen en particular¹.

Comenzaré por la cuestión más sencilla desde el punto de vista analítico y, probablemente por ello, también la más conocida en la literatura del análisis económico del Derecho: la opción entre indemnización del daño sufrido por la víctima y expropiación del beneficio obtenido por el infractor, en particular en casos de intromisión voluntaria en un derecho ajeno (como es el caso de divulgación de hechos relativos a la intimidad de otra persona). Los trabajos más destacados sobre el particular son los de Wittman (1984), Landes y Posner (1987), Haddock, McChesney y Spiegel (1990) y Polinsky y Shavell (1993).

1. Indemnización del daño frente a expropiación del beneficio por invasión del honor, intimidad y propia imagen

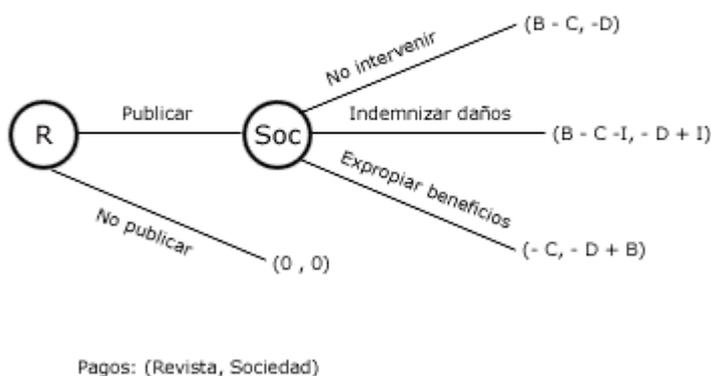
Supongamos que un medio de comunicación (una revista del corazón, pongamos por caso), está en condiciones de adquirir una información relativa a la intimidad de una persona famosa. El coste de la adquisición es **C**. Si la información no se adquiere, ahí acaba la

¹ Creo que es innegable que el verdadero trasfondo del conflicto institucional abierto es el monopolio sobre la potestad material de decidir los casos susceptibles de amparo, y va más allá del ámbito de los asuntos Preysler y Cortina. Por otra parte, el conflicto no es nuevo. Conviene recordar a estos efectos que la equiparación retributiva con los magistrados del TC fue objeto de una sonada (y fructífera) reclamación por parte de los magistrados del TS, así como la existencia de otras esferas y motivos de fricción en el pasado (Gimeno (2001)).

historia, con resultado **0** tanto para la revista como para la sociedad (tanto el personaje famoso como el resto). Si se adquiere la información personal y se publica, el aludido padecerá un daño **D** (suponemos que no hay daño para otras personas resultante de la información, o bien que tal daño, de haberlo, se canaliza a través de la reclamación judicial del afectado directo) y, como reacción, demandará (suponemos que en todo caso) al medio de comunicación ante los Tribunales de Justicia para conseguir una reparación de su intimidad presuntamente invadida.

La sociedad (a través de los Tribunales de Justicia) tiene abiertas tres opciones de conducta. La primera es considerar que la publicación está amparada por la libertad de información o de opinión y que, por tanto, no debe recaer consecuencia jurídica negativa alguna sobre la revista. La segunda, condenar al medio a pagar una indemnización (**I**, que idealmente coincide, de no haber problemas de determinación de la cuantía indemnizatoria, con el daño de la víctima, **D**) a la víctima como consecuencia de la invasión de su intimidad. Y la tercera, despojar a la revista del beneficio extra (**B**)² obtenido mediante la publicación de la información y entregárselo a la víctima. Los pagos para revista y para la sociedad de las 3 opciones anteriores son, respectivamente: **(B-C, -D)**; **(B-C-D, -D+I)**; **(-C, -D+B)**³. Esta interacción se presenta como juego en forma extensa en la Figura 1.

Figura 1



Supongamos que es posible determinar con carácter general que la publicación de la información constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del

² El beneficio contemplado puede ser tanto el beneficio bruto (en este caso, **B**) como el neto (en este caso, **B-C**). Teóricamente, al menos, ambas constituyen alternativas posibles. En la exposición que sigue hemos optado por el beneficio bruto. Con carácter general, y por razones que se harán evidentes en el subapartado 1.b), de ordinario no merece la pena incurrir en las complicaciones adicionales de evitar un remedio jurídico excesivamente contundente tratando de averiguar el beneficio neto (el Tribunal tendría que poder observar **C**, y éste puede ser difícilmente apreciable desde fuera: la función de costes suele ser información confidencial de las empresas) y ajustando la consecuencia jurídica al mismo.

³ Recuérdese lo indicado en la nota anterior.

famoso. De hecho, esto es lo que resolvió el TC en la Sentencia de 5.5.2000, y no fue objetado, al menos formalmente (hubiera sido muy costosa una discrepancia abierta del TS, por otra parte: el TC es el máximo intérprete de la CE y es el órgano competente para resolver los recursos de amparo dirigidos a proteger los derechos del art. 18 CE) por el TS en sus Sentencias de 20.7.2000 y 5.11.2001. Presupuesto el carácter ineficiente (o ilegítimo, a gusto del lector) de la intromisión, el objetivo de los remedios jurídicos frente a la intromisión en el honor, intimidad personal y familiar y propia imagen debería ser, pues, el de generar los incentivos necesarios y suficientes para que la revista se abstenga de adquirir y publicar informaciones relativas a la intimidad de personajes famosos.

Supongamos que es posible determinar que la publicación de la información reduce el bienestar social (lo cual debería comportar, desde luego, que la intromisión en la intimidad del personaje famoso se reputara como ilegítima desde el punto de vista jurídico). Entonces, por razones que se expondrán a continuación, se cumple necesariamente que **D** es mayor que **B-C**.

La determinación óptima para el bienestar social del carácter ilegítimo o no de la intromisión debería fundarse en una comparación entre el beneficio social neto de la publicación (el incremento de utilidad para la sociedad que la publicación trae consigo, menos el coste social de adquirir la información) con el daño para la sociedad derivado de la comunicación de la información personal. **B** no se corresponde exactamente con el incremento de utilidad resultante de la publicación: las empresas generalmente no son capaces de apropiarse de todo el excedente que para los consumidores se deriva del consumo del bien o servicio que ofrecen⁴. **C**, por su parte, es el coste privado para la revista de adquirir la información, que puede o no coincidir con el verdadero coste social de la adquisición: la revista puede verse obligada a pagar un precio por obtener la información a pesar de que quien la vende no tuvo que incurrir en coste alguno para recabarla inicialmente. Esto parece ser una buena descripción del asunto Preysler: una empleada obtuvo originariamente la información, sin coste adicional, como subproducto de otra actividad, en concreto la de su propio trabajo doméstico en el domicilio del personaje famoso que le había dado empleo.

En definitiva, si se determina de forma óptima que la divulgación de la información constituye una intromisión ilegítima en un derecho ajeno (Beneficio social – Coste social < Daño), con mayor razón se podrá decir que **B-C < D**).

¿Y esto qué nos indica? Pues que, en principio, tanto la indemnización del daño causado a la víctima como la expropiación del beneficio obtenido por el infractor son capaces de inducir el comportamiento deseado en el medio de comunicación, esto es, que se abstenga

⁴ Cabría hipotéticamente imaginar que **B** pueda ser en realidad superior al beneficio para la sociedad si la publicación no sólo incrementa la utilidad de los lectores de la revista, sino que reduce la utilidad de los lectores cuyos sentimientos de respeto hacia la intimidad ajena se ven heridos por el mero conocimiento de que se ha producido una intromisión no deseada. Parece más oportuno, en su caso, desde el punto de vista teórico, incluir estos “daños difusos” o externalidades psicológicas como un aumento de **D** más que como una disminución del bienestar derivado de la publicación.

de realizar la intromisión ilegítima. El primer remedio, la indemnización, porque sitúa a la revista en una situación, **B-C-I** (que, recuérdese, idealmente coincide con **D**), que es menor que **0**; el segundo, la expropiación de beneficios, porque al privar a la revista del beneficio la deja simplemente con **-C**, que también es menor que **0**. Anticipando ambas posibilidades, la revista prefiere no comprar la información en primer término. A pesar de esta aptitud teórica de ambos remedios para evitar la vulneración del derecho a la intimidad, lo cierto es que, en estos casos, hay buenas razones para preferir la expropiación del beneficio obtenido por el transgresor. Veámoslas:

1. a) Es más sencillo –menos costoso– cuantificar el beneficio obtenido por la revista que el daño moral de la víctima.

Generalmente, el componente más importante de **D** (necesario para calcular **I** de forma que se aproxime al impacto negativo de la conducta sobre el bienestar de los afectados por ella) en los casos de afectación negativa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen es el daño moral o no patrimonial. Y el daño moral es esencial y notoriamente resistente a su traducción en una cantidad de dinero que sirva como indemnización de daños y perjuicios (véase, entre otros, Gómez (1999)). Si estas dificultades de cuantificación se traducen en un riesgo importante de minusvaloración apreciable del daño realmente sufrido por la víctima, puede ocurrir que la indemnización a que sea condenado el infractor no exceda de **B-C**, con lo cual éste preferirá invadir el derecho al honor, intimidad o imagen y pagar luego la indemnización, en lugar de abstenerse de la intromisión ilegítima. Es decir, el riesgo de subestimación del daño moral puede poner en serio peligro la eficacia del remedio indemnizatorio como mecanismo jurídico para prevenir tales vulneraciones de derechos.

Este riesgo de subestimación no es en este sector de los derechos al honor, intimidad e imagen, al menos con carácter general, tan grave por lo que respecta a la determinación del beneficio obtenido por el infractor. La estimación de los aumentos de tirada de la revista, aunque no sea tarea elemental en todos los casos, no se enfrenta a los obstáculos intrínsecos de cuantificación que aquejan al daño moral. Es cierto que el TS en su sentencia de 20.7.2000 señaló que, a la vista del dictamen pericial de la Oficina de Justificación de la Difusión, no cabía cuantificar económicamente ni la difusión de la noticia ni las ventajas reportadas al infractor por el artículo en cuestión. Pero no creemos que esta apreciación sea generalizable a los efectos de extraer una regla de amplio alcance. El daño moral es intrínsecamente más complejo de traducir en dinero que el aumento, probado o estimado, de ingresos de un medio de comunicación. Es incluso discutible que en el propio asunto Preysler, por inconcluyente que fuera el dictamen pericial sobre aumento de tirada de la revista, resultara más arduo darle un valor en pesetas al probable beneficio extra de la revista que al daño moral de la afectada.

Si la cuantificación del beneficio obtenido es más fácil, el riesgo de subestimación y, por tanto, de falta de eficacia disuasoria (o protectora de derechos, si se prefiere) es más reducido para la expropiación del beneficio del transgresor que para la indemnización del daño de la víctima. Esto es, aunque la indemnización fuera inferior a **B-C**, si el Tribunal opta por la privación del beneficio al infractor, éste preferirá no adquirir ni publicar la información (porque quedaría con **-C**, y le resulta más atractivo no hacer nada y quedarse a **0**). Esta ventaja hace a la expropiación del beneficio más atractiva en términos relativos como medio de reacción frente a las interferencias en derechos como los de honor, intimidad y propia imagen. Lo cual no quita para que pueda serlo igualmente en otros ámbitos.

De hecho, la duda que de inmediato se suscita es: ¿por qué entonces no se emplea con más profusión (además de la que se contempla en textos legales como la Ley Orgánica de protección civil al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley de Patentes, la Ley de Marcas y la Ley de competencia desleal) el mecanismo de la expropiación de beneficios como subrogado de la indemnización de daños y perjuicios?

Fundamentalmente por dos razones. Primera (y principal, creo), porque la ventaja en términos de facilidad de determinación o cuantificación no es universal, ni mucho menos. Depende en buena medida de que exista o no una fuerte componente de perjuicio no patrimonial en las consecuencias negativas del comportamiento del demandado. Cuando tal componente de daño moral está ausente, las dificultades a las que se enfrenta la valoración de los daños y la valoración de los beneficios son típicamente semejantes, al menos con carácter general. Y en muchos casos la ventaja lisa y llanamente cambia de sentido: resulta más sencillo cuantificar el daño sufrido por la víctima que otorgar un valor monetario medianamente preciso al beneficio del infractor: por arduo que pueda ser, resulta con mucho preferible tener que valorar los ingresos dejados de percibir por quien resulta lesionado en un accidente de tráfico, antes que medir el beneficio que para el conductor ha supuesto el superar en unos km./h la velocidad máxima permitida.

La segunda razón es algo más compleja teóricamente. Se sustenta en las diferentes consecuencias que tiene el riesgo de subestimación en un remedio y en otro.

Cuando se aplica la privación de beneficios (piénsese, por simplificar, que se habla de beneficio neto), el efecto de la subestimación es necesariamente letal para la eficiencia del resultado: si al infractor no se le priva de todo el beneficio neto de su transgresión, con toda seguridad cometerá la infracción (ya que le queda una parte del beneficio que podrá seguir disfrutando y, en cambio, si se abstiene de cometer la infracción, por hipótesis su resultado será de 0). La subestimación del daño, por el contrario, no suele tener consecuencias tan graves. Aunque el perjuicio realmente producido se minusvalore de cara a su traducción en una cierta indemnización, su

cuantía puede seguir siendo superior al beneficio obtenido por el infractor. Y ello implica que la amenaza de la indemnización será suficiente para disuadirle de actuar. Por ejemplo, si el daño es de 10 y el beneficio de 8 (lo que hace que la conducta sea ineficiente y deba ser desincentivada), si se produce una subestimación del 10%, la indemnización de 9, al ser mayor que el beneficio de 8, sigue siendo apta para disuadir el comportamiento dañoso ineficiente. Un error del 10% en el cálculo del beneficio, cuando la expropiación de éste es el remedio procedente acarrea irremisiblemente el fracaso de su eficacia disuasoria: el agente puede retener, merced a la subestimación, 0,8 como beneficio de su acción.

De hecho, esta ventaja de la indemnización de daños sobre la expropiación de beneficios en presencia del riesgo de subestimación es tanto mayor y más probable cuanto más gravemente indeseable o ineficiente sea la conducta infractora: cuanto mayor es la diferencia entre daño y beneficio resultantes tanto más indeseable es la conducta y, al tiempo, más fácilmente superará la indemnización al beneficio obtenido para cualquier nivel dado de error en la cuantificación.

1.b) La voluntariedad de la invasión del derecho ajeno y el rodeo al mercado⁵

La gran mayoría de las intromisiones en los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen son de carácter voluntario. Se producen, pues, en circunstancias en las que es posible una transacción de mercado que tenga por objeto la utilización del honor, la imagen o la intimidad ajenas a cambio de un precio, y de forma mutuamente satisfactoria para ambas partes⁶. En definitiva, los costes de transacción no son, en principio, demasiado elevados, y como enseñó Coase (1960), confiar las cosas al mercado resulta aquí recomendable. Además, como se sabe, cuando menos, desde la famosa tripartición de Calabresi y Melamed (1972) de las modalidades de protección jurídica de los derechos y situaciones subjetivas, en presencia de costes de transacción relativamente bajos, las reglas de responsabilidad por daños acaso no constituyen la alternativa más aconsejable. La solución óptima sería más bien la de diseñar un instrumento jurídico que permita canalizar, de la mejor manera posible, tales interacciones hacia el mercado, hacia el intercambio mutuamente consentido⁷. Esto requiere por lo menos privar a todo aquel que se inmiscuya voluntariamente en el derecho ajeno, eludiendo el mercado,

⁵ La idea de que una intromisión como la del asunto Preysler es una forma de rodear el mercado y que la expropiación de beneficios sirve como medio de re canalizar la conducta hacia la transacción mutuamente consentida me fue sugerida por un trabajo en marcha de Jesús Alfaro sobre este mismo asunto.

⁶ No sin razón (en cuanto a la constatación empírica, no en cuanto al tono apocalíptico) muchos de los críticos moralistas de la sociedad actual mencionan como uno de sus rasgos más destacados y negativos la mercantilización del honor y la vida privada de las personas.

⁷ En definitiva, se trata de emplear reglas de propiedad y no reglas de responsabilidad. La ventaja de las primeras frente a las segundas, sin embargo, es menor en el caso del honor, la intimidad o la imagen que en el caso de bienes patrimoniales: penalizar el hurto o el robo es más urgente que hacer de la injuria y la calumnia un delito. Véase Kaplow y Shavell, (1996).

del beneficio que espera obtener con su acción. Con ello se le trata de inducir a contratar y conseguir el consentimiento ajeno. Puede muy bien ocurrir que ese beneficio del que se verá despojado a favor del titular del derecho sea incluso superior al daño sufrido por este último (esto es, que la interferencia fuera eficiente en el sentido de Kaldor-Hicks), pero el posible desincentivo de transacciones beneficiosas tiene fácil arreglo en estas situaciones de costes de transacción relativamente bajos: el contrato.

Por otro lado, el riesgo de pecar por exceso (de protección) es muy inferior para las intromisiones voluntarias en comparación el que se da para las meramente negligentes. En estas últimas, un remedio demasiado contundente podría inducir un exceso (ineficiente) de precauciones en el causante potencial de daños: éste aumentará las medidas de cuidado más allá de lo socialmente deseable a fin de evitar causar el daño y quedar sometido a sus desmesuradas consecuencias jurídicas. En el mundo de los daños negligentes, evitar el daño es costoso (también en términos sociales). En cambio, en el caso de acciones dañosas voluntarias, el coste de precaución es con mucha frecuencia negativo⁸, de manera que no producir voluntariamente el daño lo que hace es reducir costes de cuidado en lugar de aumentarlos. Un incremento en la magnitud de las consecuencias jurídicas no va a provocar un ineficiente exceso de precaución tendente a evitar daños intencionados⁹

2. El conflicto institucional

Las recientes tensiones entre el TS el TC como consecuencia del asunto Preysler ya han sido analizadas por uno de nosotros (Salvador (2001)), utilizando un modelo espacial de conflicto entre interpretaciones de la Constitución. Ahora trataremos de explicar la reacción última y más virulenta del TS.

La STS, 1ª, de 5.11.2001, contiene algunos de los pronunciamientos acerca de la Sentencia de otro Tribunal del mismo sistema jurídico más duros que hayan podido leerse en mucho tiempo. Lo más sorprendente, con todo, es el destinatario de los dictámenes del TS. Se trata del TC, el cual, al menos por lo que al recurso de amparo se refiere, está situado por encima del primero y puede anular sus Sentencias. La experiencia cotidiana y la introspección nos muestran bien a las claras que solemos reservar las expresiones públicas hirientes más para los subordinados que para los superiores.

Podría parecer, pues, que nos hallaríamos ante una reacción visceral de los Magistrados de la sala 1ª del TS ante un revolcón propinado por el TC y, además, por partida doble, en un

⁸ Recuérdese, adquirir la información muchas veces (no así en el asunto Preysler, no obstante) implica un coste, aunque sólo sea el de descubrirla.

⁹ En el argumento anterior se ignoran los costes de *enforcement* de las reglas de propiedad. Cuando éstos se tienen en cuenta, surgen también límites máximos, en términos de eficiencia, a la magnitud de las sanciones penales o de expropiación del beneficio. Véase la literatura sobre *optimal Law enforcement*

asunto, por añadidura, de cierta repercusión social. Nosotros, sin embargo, creemos que es posible ofrecer una explicación positiva de la conducta del TS en términos de comportamiento racional. Si entendemos que el supuesto de comportamiento racional (que no es mucho más que ajustar medios a fines o preferencias, dicho sea de paso), nos permite entender los comportamientos de contratantes, dañadores, víctimas, litigantes, delincuentes potenciales, reguladores públicos y -por qué no- también de los legisladores, no se ve razón alguna para que este modelo de comportamiento racional no pueda ser aplicado con igual provecho para analizar, explicar y predecir la conducta de los jueces y Tribunales y, más específicamente, de los Magistrados del TS¹⁰. Trataremos entonces de mostrar cómo la reacción virulenta y pública del TS puede explicarse de forma sencilla como una forma de compromiso previo (*precommitment*) que le permite alcanzar una nueva situación de equilibrio más favorable a sus intereses que la precedente y en su interacción con el TC.

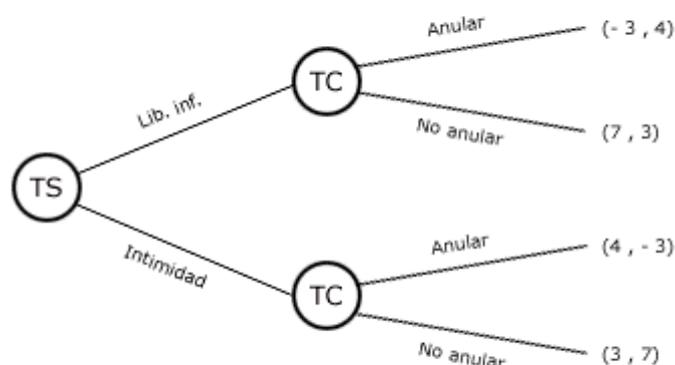
Pensemos la interacción entre el TS y el TC como en un juego dinámico en el que ambos Tribunales deben elegir una estrategia en función de sus opciones y de los pagos (en reputación, o en convicciones satisfechas) que resultan de las mismas. Los resultados para cada uno de los jugadores según la estrategia escogida aparecen al final entre paréntesis con la primera cantidad para el TS y la segunda para el TC. Inicialmente, supongamos que el juego es como el de la figura 2. El TS puede actuar primero en su sentencia dando prioridad al derecho a la intimidad (opción preferida por el TC) o a la libertad de información (opción preferida por el propio TS). A continuación, el TC mueve pieza decidiendo si anula o no la sentencia del TS. El pago de la opción de fondo preferida es de 4, pero en caso de anulación, el conflicto resultante detrae 3 de este pago¹¹.

(Polinsky y Shavell (1999); Garoupa (1998)).

¹⁰ Lo cual no significa que la racionalidad de los jueces sea un calco del comportamiento maximizador, pongamos por caso, de las empresas, o de los partidos políticos. Pero esto no invalida la relevancia de la visión racionalista de la conducta judicial: Posner, *What Do Judges and Justices Maximize?* (1994); Shepsle y Bonchek, *Analyzing Politics* (1997).

¹¹ En otras palabras, salirse con la suya es más importante que estar juntos. Si fuera al revés (coordinación es más importante que satisfacción individual), TS y TC estarían protagonizando el famoso juego de la "batalla de los sexos": véase Rasmusen (2001). Las cuantías específicas elegidas para los pagos son, en sí mismas, arbitrarias. Las que sí son significativas, y reflejan la idea de una preferencia más intensa por la opción interpretativa o de fondo elegida que por el deseo de no enfrentarse al otro Tribunal, son las diferencias entre dichas cuantías.

Figura 2



Pagos: (TS , TC)

En este juego, las estrategias que constituyen un equilibrio de Nash en todos los subjuegos¹² son para el TS escoger derecho a la intimidad y para el TC no anular, si el TS escoge derecho a la intimidad; y anular, si el TS escoge libertad de información. Esta predicción del comportamiento de equilibrio, sin embargo, no parece corresponder con la observada realmente. ¿Acaso ha habido un lapsus de irracionalidad en la actuación del TS?

Aunque la irracionalidad es siempre una explicación posible para un comportamiento en apariencia sorprendente, no creo que sea la más provechosa desde el punto de vista de la reflexión sobre el sistema jurídico. Creemos que cabe explicar el movimiento del TS sin renunciar al supuesto del comportamiento racional de nuestro más alto Tribunal.

El juego que aparece en la figura 2 no es sino un subjuego dentro del más amplio que permite analizar globalmente la interacción entre TS y TC. El TS, en realidad, esconde tras su reacción aparentemente visceral una forma de compromiso previo (*precommitment*) en anticipación de la ronda subsiguiente en su interacción con el TC. Antes de dictar sentencia optando por el derecho a la intimidad o la libertad de información¹³ el TS puede optar también por airear ante los medios de comunicación sus discrepancias con el TC. Con ello pretende lograr un compromiso creíble de que mantendrá en el futuro sus opciones de fondo preferidas. Sin duda esta dimensión pública del conflicto genera costes para el TS, pero abre un subjuego que altera las estrategias de equilibrio en un sentido favorable a sus

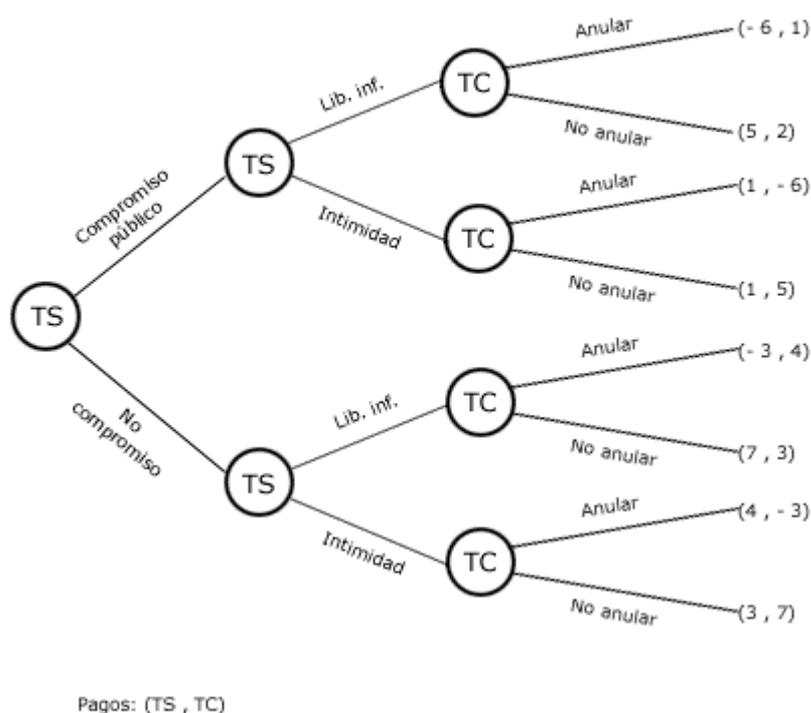
¹² Éste del *subgame perfect Nash equilibrium* es el tipo de equilibrio más comúnmente aceptado como solución a un juego. Véanse Gibbons (1992), Rasmusen (2001).

¹³ En realidad, las futuras rondas del juego no se limitan a los problemas de límites al derecho a la intimidad, sino que comprenden el conjunto de discrepancias en materias susceptibles de recurso de amparo. Por simplicidad, acotaremos la exposición al ámbito específico en el que ha surgido el reciente conflicto.

intereses. Como dice Thomas Schelling, “*The commitment is a strategic move, a move that induces the other player to choose in one’s favor*”¹⁴.

En el juego que se representa en la figura 3, se aprecia cómo el compromiso público previo del TS es costoso (reduce todos sus pagos en el subjuego correspondiente) pero consigue un resultado muy importante: en el subjuego que se abre tras el compromiso público del TS, no anular se convierte en estrategia dominante para el TC¹⁵. Y dada la ventaja que el juego concede a quien mueve primero, el resultado esperable es precisamente el deseado por el TS: éste decidirá en la siguiente ocasión a favor de la libertad de información y el TC no anulará la sentencia del TS.

Figura 3



¹⁴ Schelling, (1960), p. 123. La obra de Schelling constituye una aportación pionera a la formalización de la estrategia en los juegos no cooperativos y, en particular, al valor de los compromisos creíbles. La idea, sin embargo, había sido llevada a la práctica con antelación: piénsese en Jenofonte o en Hernán Cortés.

¹⁵ Como se ha comentado en la nota 9 anterior, las cantidades específicas asignadas como pagos no son en sí relevantes. Lo importante es que el compromiso previo del TS no sólo reduce sus propios pagos, sino que reduce los del TC con más intensidad si éste opta por anular la sentencia del TS que si se aquietta con ella, aunque no le guste. Creo que esta hipótesis es justificable razonablemente como aproximación abstracta a lo ocurrido: si el TC se enfrenta al TS tras el conflicto público y la sentencia del primero, la opinión general va a atribuir su decisión no a una mayor preocupación por la intimidad de las personas, sino a la represalia, lo que sin duda reduce el atractivo de la opción de anular la sentencia del TS.

Desde luego, la anterior es una explicación preliminar e incompleta. El modelo podría complicarse (enormemente, por cierto), si se introdujera también la posibilidad de compromisos creíbles del TC, o cuestiones de reputación para futuras rondas de la interacción, o asimetrías de información (por ejemplo, que el magistrado mediano del TS o del TC sea un “duro” o un “blando”, algo que cada Tribunal conoce de sí mismo, pero no del otro). Todas ellas son cuestiones que merecen atención pero que exceden con mucho de los propósitos de un trabajo como el presente. En todo caso, parece justificado suponer, aunque sea en esta primera aproximación intentada en estas páginas, que el afán de asegurar resultados favorables en rondas subsiguientes del juego es superior en los magistrados del TS que en los del TC, dado el carácter más profesionalizado de los primeros y la mayor duración de sus mandatos (vitalicios, frente a los 9 años de los del TC).

Bibliografía

- CALABRESI, Guido & MELAMED, A. Douglas, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, (1972), *Harvard Law Review*, 85, 1089-1128 (existe versión española: "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: una perspectiva de la catedral", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo I, enero-marzo 1997, págs. 187 - 235).
- COASE, Ronald H., “The problem of social cost”, (1960), *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44 (reimpreso en Coase, Ronald H., *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, 95-156).
- GAROUPA, Nuno, “The Theory of Optimal Law Enforcement”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 11, 1997, págs. 267 - 295.
- GIBBONS, Robert, *A Primer in game theory*, Harvester Wheatsheaf, cop., 1992, New York (existe versión española: *Un Primer curso de teoría de juegos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993).
- GIMENO Sendra, Vicente, “De nuevo el conflicto entre Tribunal supremo y Tribunal Constitucional”, *Revista La Ley*, N° 5415, 9.11.2001.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, “Daño moral”, InDret 1/2000 (www.indret.com)
- HADDOCK, David; MCCHESENEY, Fred; SPIEGEL, Menahem, “An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions”, 78 *California Law Review*, 1990
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven, “Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis”, 109, *Harvard Law Review*, 1996, págs. 715-790.
- LANDES, William M. & POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987.

- POLINSKY A. Mitchell & SHAVELL Steven, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Stanford Law School and Harvard Law School, 2000.

- POLINSKY A. Mitchell & SHAVELL Steven, "Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10 N° 2, 1994.

- POSNER, Richard A, "What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, 3, 1993, 1 - 41

- RASMUSEN, Eric, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, Blackwell Pub., 3rd edition, 2001, (existe traducción al español: *Juegos e información: Una introducción a la teoría de juegos*, Fondo de Cultura Económica, 1996, México).

- SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, LUNA YERGA, Álvaro y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, "Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales", *InDret 4/2001* (www.indret.com)

- SCHELLING, Thomas C., *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1960

- SHEPSLE K. & BONCHEK M., *Analyzing Politics: Rationality Behavior and Institutions*, WW Norton and Company, New York, 1997

- WITTMAN, Donald A., "Liability for Harm or Restitution for Benefit?", *Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1984, 57 - 80.