

InDret

L'afar Preysler i la teoria de jocs

Fernando Gómez
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, Gener 2002

www.indret.com

El TS i el TC espanyols han protagonitzat recentment un dels enfrontaments més sonats de la recent història judicial europea. El propòsit que anima aquestes línies és el de mostrar com l'aplicació de la teoria de jocs pot ajudar a explicar i predir de forma una mica més organitzada els comportaments dels òrgans judicials i també les seves conseqüències tant pel que fa a la interpretació de certs drets fonamentals com pel que fa a la primacia sobre els mecanismes de protecció dels mateixos.

La tesi del treball és la de que amb l'auxili de sengles senzills models de teoria de jocs es pot il·lustrar profitosament el doble conflicte fet explícit per les sentències de l'Afer Isabel Preysler (Isabel Preysler c. Hymssa i altres: STS, 1a, 31.12.1996; STC, 2a, 115/2000, de 5 de maig; STS, 1a, 20.7.2000; STC, 2a, 186/2001, de 17 de setembre) i la seva seqüela (STS, 1a, 5.11.2001, Alberto Cortina c. "Hachette Filipacchi" i altres):

1. D'una banda, la qüestió de fons sobre el càlcul de la indemnització procedent per la intromissió en la intimitat personal i familiar de la Sra. Isabel Preysler (recurrent en empara en les SSTC de 5.5.2000 i 17.9.2001) i, per extensió, amb caràcter general, de les indemnitzacions conseqüència de la vulneració dels drets a l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge.
2. De l'altra, el conflicte institucional desfermat entre el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional sobre quin d'ambdós tribunals té l'exclusiva o, si més no, la preeminència en la determinació dels remeis en dret enfront de la violació de drets fonamentals en general i dels drets fonamentals a l'honor, intimitat personal i pròpia imatge en particular.¹

Començaré per la qüestió més senzilla des del punt de vista analític i, probablement per això, també la més coneguda en la literatura de l'anàlisi econòmica del Dret: l'opció entre indemnització del dany patit per la víctima i expropiació del benefici obtingut per l'infractor, en particular en casos d'intromissió voluntària en un dret aliè (com és el cas de divulgació de fets relatius a la intimitat d'una altra persona). Els treballs més destacats sobre el particular són els de Wittman (1984), Landes i Posner (1987), Haddock, McChesney i Spiegel (1990) i Polinsky i Shavell (1993).

1. Indemnització del dany enfront d'expropiació del benefici per invasió de l'honor, intimitat i pròpia imatge

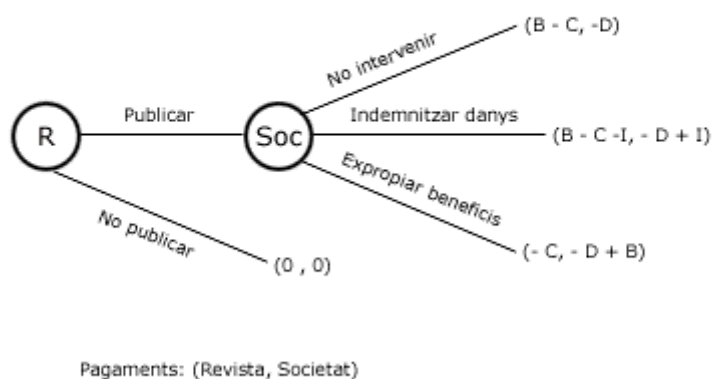
Suposem que un mitjà de comunicació (una revista del cor, posem per cas), està en condicions d'adquirir una informació relativa a la intimitat d'una persona famosa. El cost de l'adquisició és **C**. Si la informació no s'adquireix, aquí acaba la història, amb resultat **0** tant per a la revista com per a la societat (tant el personatge famós com la resta). Si s'adquireix la informació personal i es publica, l'al·ludit patirà un dany **D** (suposem que no hi ha dany per a altres persones resultant de la informació, o bé que tal dany, de ser-hi, es canalitza a través de la reclamació judicial de l'afectat directe) i, com a reacció, demandarà (suposem que en tot cas) al mitjà de comunicació

¹ Crec que és innegable que el vertader rerefons del conflicte institucional obert és el monopoli sobre la potestat material de decidir els casos susceptibles d'empara, i va més enllà de l'àmbit dels afers Preysler i Cortina. D'altra banda, el conflicte no és nou. Convé recordar a aquests efectes que l'equiparació retributiva amb els magistrats del TC va ser objecte d'una sonada (i fructífera) reclamació per part dels magistrats del TS, així com l'existència d'altres esferes i motius de fricció en el passat (Gimeno (2001)).

davant els Tribunals de Justícia per aconseguir una reparació de la seva intimitat presumptament envaïda.

La societat (a través dels Tribunals de Justícia) té obertes tres opcions de conducta. La primera és considerar que la publicació està emparada per la llibertat d'informació o d'opinió i que, per tant, no ha de recaure cap conseqüència jurídica negativa sobre la revista. La segona, condemnar al mitjà a pagar una indemnització (**I**, que idealment coincideix, de no haver-hi problemes de determinació de la quantia indemnitzatòria, amb el dany de la víctima, **D**) a la víctima com a conseqüència de la invasió de la seva intimitat. I la tercera, desposseir a la revista del benefici extra (**B**)² obtingut mitjançant la publicació de la informació i entregar-lo a la víctima. Els pagaments per a la revista i per a la societat de les 3 opcions anteriors són, respectivament: (**B-C**, **-D**); (**B-C-D**, **-D+I**); (**-C**, **-D+B**)³. Aquesta interacció es presenta com a joc en forma extensa a la Figura 1.

Figura 1



Suposem que és possible determinar amb caràcter general que la publicació de la informació constitueix una intromissió il·legítima en el dret a la intimitat personal del famós. De fet, això és el que va resoldre el TC en la Sentència de 5.5.2000, i no va ser objectat, si més no formalment (hagués estat molt costosa una discrepància oberta del TS, d'altra banda: el TC és el màxim intèrpret de la CE i és l'òrgan competent per resoldre els recursos d'empara dirigits a protegir els drets de l'art. 18 CE) pel TS en les seves Sentències de 20.7.2000 i 5.11.2001. Pressuposat el caràcter ineficient (o il·legítim, a gust del lector) de la intromissió, l'objectiu dels remeis jurídics

² El benefici contemplat pot ser tant el benefici brut (en aquest cas, **B**) com el net (en aquest cas, **B-C**). Teòricament, si més no, ambdues constitueixen alternatives possibles. En l'exposició que continua hem optat pel benefici brut. Amb caràcter general, i per raons que es faran evidents en el subapartat 1.b), d'ordinari no val la pena incórrer en les complicacions addicionals d'evitar un remei jurídic excessivament contundent tractant d'esbrinar el benefici net (el Tribunal hauria de poder observar **C**, i aquest pot ser difícilment apreciable des de fora: la funció de costos sol ser informació confidencial de les empreses) i ajustant la conseqüència jurídica a aquest.

³ Recordi's allò que s'ha indicat en la nota anterior.

enfront de la intromissió en l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge hauria de ser, doncs, el de generar els incentius necessaris i suficients perquè la revista s'abstingui d'adquirir i publicar informacions relatives a la intimitat de personatges famosos.

Suposem que és possible determinar que la publicació de la informació redueix el benestar social (la qual cosa hauria de comportar, per descomptat, que la intromissió en la intimitat del personatge famós es reputés com il·legítima des del punt de vista jurídic). Llavors, per raons que s'exposaran a continuació, es compleix necessàriament que **D** és major que **B-C**.

La determinació òptima per al benestar social del caràcter il·legítim o no de la intromissió hauria de fonamentar-se en una comparació entre el benefici social net de la publicació (l'increment d'utilitat per a la societat que la publicació comporta, menys el cost social d'adquirir la informació) amb el dany per a la societat derivat de la comunicació de la informació personal. **B** no es correspon exactament amb l'increment d'utilitat resultant de la publicació: les empreses generalment no són capaces d'apropiar-se de tot l'excedent que per als consumidors es deriva del consum del bé o servei que ofereixen⁴. **C**, per la seva banda, és el cost privat per a la revista d'adquirir la informació, que pot o no coincidir amb el vertader cost social de l'adquisició: la revista pot veure's obligada a pagar un preu per obtenir la informació malgrat que qui la ven no va haver d'incórrer en cap cost per demanar-la inicialment. Això sembla una bona descripció de l'afer Preysler: una assistenta va obtenir originàriament la informació, sense cost addicional, com a subproducte d'una altra activitat, en concret la del seu propi treball domèstic al domicili del personatge famós que li havia donat feina.

En definitiva, si es determina de forma òptima que la divulgació de la informació constitueix una intromissió il·legítima en un dret aliè (Benefici social – Cost social < Dany), amb més raó es podrà dir que **B-C < D**).

I això què ens indica? Doncs que, en principi, tant la indemnització del dany causat a la víctima com l'expropiació del benefici obtingut per l'infractor són capaços d'induir el comportament desitjat en el mitjà de comunicació, això és, que s'abstingui de realitzar la intromissió il·legítima. El primer remei, la indemnització, perquè situa a la revista en una situació, **B-C-I** (que, recordi's, idealment coincideix amb **D**), que és menor que **0**; el segon, l'expropiació de beneficis, perquè en privar a la revista del benefici la deixa simplement amb **-C**, que també és menor que **0**. Anticipant ambdues possibilitats, la revista prefereix no comprar la informació en primer terme. Malgrat aquesta aptitud teòrica d'ambdós remeis per evitar la vulneració del dret a la intimitat, el ben cert és que, en aquests casos, hi ha bones raons per preferir l'expropiació del benefici obtingut pel transgressor. Vegem-les:

⁴ Hipotèticament es podria imaginar que **B** pogués ser en realitat superior al benefici per a la societat si la publicació no sols incrementa la utilitat dels lectors de la revista, sinó que redueix la utilitat dels no lectors que tinguin uns sentiments de respecte cap a la intimitat aliena que es vegin ferits pel mer coneixement que s'ha produït una intromissió no desitjada. Sembla més oportú, si s'escau, des del punt de vista teòric, incloure aquests "danys difusos" o externalitats psicològiques com un augment de **D** més que com una disminució del benestar derivat de la publicació.

1. a) És més senzill –menys costós- quantificar el benefici obtingut per la revista que el dany moral de la víctima.

Generalment, el component més important de **D** (necessari per calcular **I** de forma que s'aproximi a l'impacte negatiu de la conducta sobre el benestar dels afectats per ella) en els casos d'afectació negativa dels drets a l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge és el dany moral o no patrimonial. I el dany moral és essencialment i notòriament resistent a la seva traducció en una quantitat de diners que serveixi com a indemnització de danys i perjudicis (vegi's, entre altres, Gómez (1999)). Si aquestes dificultats de quantificació es tradueixen en un risc important de minusvaloració apreciable del dany realment patit per la víctima, pot succeir que la indemnització a què sigui condemnat l'infractor no excedeixi de **B-C**, amb la qual cosa aquest preferirà envair el dret a l'honor, intimitat o imatge i pagar després la indemnització, en comptes d'abstenir-se de la intromissió il·legítima. És a dir, el risc de subestimació del dany moral pot posar seriosament en perill l'eficàcia del remei indemnitzatori com a mecanisme jurídic per prevenir semblants vulneracions de drets.

Aquest risc de subestimació no és en aquest sector dels drets a l'honor, intimitat i imatge, si més no amb caràcter general, tan greu pel que fa a la determinació del benefici obtingut per l'infractor. L'estimació dels augments de tirada de la revista, encara que no sigui tasca elemental en tots els casos, no s'enfronta als obstacles intrínsecs de quantificació que afligeixen al dany moral. És cert que el TS en la seva sentència de 20.7.2000 va assenyalar que, a la vista del dictamen pericial de l'Oficina de Justificació de la Difusió, no es podia quantificar econòmicament ni la difusió de la notícia ni els avantatges reportats a l'infractor per l'article en qüestió. Però no creiem que aquesta apreciació sigui generalitzable als efectes d'extreure una regla d'ampli abast. El dany moral és intrínsecament més complex de traduir en diners que l'augment, provat o estimat, d'ingressos d'un mitjà de comunicació. És fins i tot discutible que en el propi afer Preysler, per inconcloent que fos el dictamen pericial sobre l'augment de tirada de la revista, resultés més difícil donar-li un valor en pessetes al probable benefici extra de la revista que al dany moral de l'afectada.

Si la quantificació del benefici obtingut és més fàcil, el risc de subestimació i, per tant, de falta d'eficàcia dissuasòria (o protectora de drets, si es prefereix) és més reduït per a l'expropiació del benefici del transgressor que per a la indemnització del dany de la víctima. Això és, encara que la indemnització fos inferior a **B-C**, si el Tribunal opta per la privació del benefici a l'infractor, aquest preferirà no adquirir ni publicar la informació (perquè quedaria amb **-C**, i li resulta més atractiu no fer res i quedar-se a **0**). Aquest avantatge fa a l'expropiació del benefici més atractiva en termes relatius com a mitjà de reacció enfront de les interferències en drets com els d'honor, intimitat i pròpia imatge. La qual cosa no treu que pugui ser-ho igualment en altres àmbits.

De fet, el dubte que immediatament es suscita és: per què llavors no s'empra amb més profusió (a més de la que es contempla en textos legals com la Llei Orgànica de protecció civil a l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge, el text refós de la Llei de Propietat Intel·lectual, la Llei de Patents, la Llei de Marques i la Llei de competència deslleial) el mecanisme de l'expropiació de beneficis com subrogat de la indemnització de danys i perjudicis?

Fonamentalment per dues raons. Primera (i principal, crec), perquè l'avantatge en termes de facilitat de determinació o quantificació no és universal, ni de bon tros. Depèn en bona mesura de que existeixi o no un fort component de perjudici no patrimonial en les conseqüències negatives del comportament del demandat. Quan aquest component del dany moral està absent, les dificultats a què s'enfronten la valoració dels danys i la valoració dels beneficis són típicament semblants, almenys amb caràcter general. I en molts casos l'avantatge senzillament canvia de sentit: resulta més senzill quantificar el dany patit per la víctima que atorgar un valor monetari mitjanament precís al benefici de l'infractor: per difícil que pugui ser, resulta molt més preferible haver de valorar els ingressos deixats de percebre per qui resulta lesionat en un accident de trànsit, que no pas haver de mesurar el benefici que per al conductor ha suposat el superar en uns km./h la velocitat màxima permesa.

La segona raó és una mica més complexa teòricament. Es sustenta en les diferents conseqüències que té el risc de subestimació en un remei i en un altre.

Quan s'aplica la privació de beneficis (pensi's, per simplificar, que es parla de benefici net), l'efecte de la subestimació és necessàriament letal per a l'eficiència del resultat: si a l'infractor no se'l priva de tot el benefici net de la seva transgressió, amb tota seguretat cometrà la infracció (ja que li queda una part del benefici de la què podrà continuar gaudint i, en canvi, si s'absté de cometre la infracció, per hipòtesi el seu resultat serà de 0). La subestimació del dany, al contrari, no sol tenir conseqüències tan greus. Encara que el perjudici realment produït es minusvalori de cara a la seva traducció en una certa indemnització, la seva quantia pot continuar essent superior al benefici obtingut per l'infractor. I això implica que l'amenaça de la indemnització serà suficient per dissuadir-lo d'actuar. Per exemple, si el dany és de 10 i el benefici de 8 (el que fa que la conducta sigui ineficient i hagi de ser desincentivada), si es produeix una subestimació del 10%, la indemnització de 9, en ser major que el benefici de 8, continua essent apta per dissuadir el comportament danyós ineficient. Un error del 10% en el càlcul del benefici, quan l'expropiació d'aquest és el remei procedent ocasiona irremissiblement el fracàs de la seva eficàcia dissuasòria: l'agent pot retenir, gràcies a la subestimació, 0,8 com a benefici de la seva acció.

De fet, aquest avantatge de la indemnització de danys sobre l'expropiació de beneficis en presència del risc de subestimació és tant més gran i més probable com més greument indesitjable o ineficient sigui la conducta infractora: com més gran és la diferència entre

dany i benefici resultants tant més indesitjable és la conducta i, al mateix temps, més fàcilment superarà la indemnització al benefici obtingut per a qualsevol nivell donat d'error en la quantificació.

1.b) La voluntarietat de la invasió del dret aliè i la marrada al mercat⁵

La gran majoria de les intromissions en els drets a l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge són de caràcter voluntari. Es produeixen, doncs, en circumstàncies en què és possible una transacció de mercat que tingui per objecte la utilització de l'honor, la imatge o la intimitat alienes a canvi d'un preu, i de forma mútuament satisfactòria per a ambdues parts⁶. En definitiva, els costos de transacció no són, en principi, massa elevats, i com va ensenyar Coase (1960), confiar les coses al mercat resulta aquí recomanable. A més a més, com se sap, si més no, des de la famosa tripartició de Calabresi i Melamed (1972) de les modalitats de protecció jurídica dels drets i situacions subjectives, en presència de costos de transacció relativament baixos, les regles de responsabilitat per danys potser no constitueixen l'alternativa més aconsellable. La solució òptima seria més aviat la de dissenyar un instrument jurídic que permeti canalitzar, de la millor manera possible, semblants interaccions cap al mercat, cap a l'intercanvi mútuament consentit⁷. Això requereix almenys privar a tot aquell que s'immisceixi voluntàriament en el dret aliè, eludint el mercat, del benefici que espera obtenir amb la seva acció. Amb això se'l tracta d'induir a contractar i aconseguir el consentiment aliè. Pot molt bé passar que aquest benefici de què es veurà desposseït a favor del titular del dret sigui fins i tot superior al dany patit per aquest últim (això és, que la interferència fos eficient en el sentit de Kaldor-Hicks), però el possible desincentiu de transaccions beneficioses té fàcil solució en aquestes situacions de costos de transacció relativament baixos: el contracte.

D'altra banda, el risc de pecar per excés (de protecció) és molt inferior per a les intromissions voluntàries en comparació amb el que es dona per a les merament negligents. En aquestes últimes, un remei massa contundent podria induir un excés (ineficient) de precaucions en el causant potencial de danys: aquest augmentarà les mesures de precaució més enllà del socialment desitjable a fi d'evitar causar el dany i quedar sotmès a les seves desmesurades conseqüències jurídiques. En el món dels danys negligents, evitar el dany és costós (també en termes socials). En canvi, en el cas d'accions

⁵ La idea que una intromissió com la de l'afer Preysler és una forma d'evitar el mercat i que l'expropiació de beneficis serveix com a mitjà per reanalitzar la conducta cap a la transacció mútuament consentida em va ser suggerida per un treball en marxa de Jesús Alfaró sobre aquest mateix afer.

⁶ No sense raó (quant a la constatació empírica, no quant al to apocalíptic) molts dels crítics moralistes de la societat actual esmenten com un dels seus trets més destacats i negatius la mercantilització de l'honor i la vida privada de les persones.

⁷ En definitiva, es tracta d'emprar regles de propietat i no regles de responsabilitat. L'avantatge de les primeres enfront de les segones, no obstant això, és menor en el cas de l'honor, la intimitat o la imatge que en el cas de béns patrimonials: penalitzar el furt o el robatori és més urgent que fer de la injúria i la calúmia un delictes. Vegi's Kaplow i Shavell, (1996).

danyoses voluntàries, el cost de precaució és amb molta freqüència negatiu⁸, de manera que no produir voluntàriament el dany el que fa és reduir costos de precaució en comptes d'augmentar-los. Un increment en la magnitud de les conseqüències jurídiques no provocarà un ineficient excés de precaució tendent a evitar danys intencionats⁹.

2. El conflicte institucional

Les recents tensions entre el TS i el TC com a conseqüència de l'afer Preysler ja han estat analitzades per un de nosaltres (Salvador (2001)), utilitzant un model espacial de conflicte entre interpretacions de la Constitució. Ara tractarem d'explicar la reacció última i més virulenta del TS.

La STS, 1a, de 5.11.2001, conté alguns dels pronunciaments sobre la Sentència d'un altre Tribunal del mateix sistema jurídic més durs que hagin pogut llegir-se en molt de temps. El més sorprenent, amb tot, és el destinatari dels estirabots del TS. Es tracta del TC, el qual, si més no pel que al recurs d'empara es refereix, està situat per sobre del primer i pot anul·lar les seves Sentències. L'experiència quotidiana i la introspecció ens mostren ben a les clares que acostumem a reservar les expressions públiques feridores més per als subordinats que per als superiors.

Podria semblar, doncs, que ens trobaríem davant una reacció visceral dels Magistrats de la Sala 1a del TS davant una rebolcada propinada pel TC i, a més a més, per partida doble, en un afer de certa repercussió social. Nosaltres, no obstant això, creiem que és possible oferir una explicació positiva de la conducta del TS en termes de comportament racional. Si entenem que el supòsit de comportament racional (que no és gaire més que ajustar mitjans a fins o preferències, dit sigui de pas), ens permet entendre els comportaments de contractants, causants de danys, víctimes, litigants, delinqüents potencials, reguladors públics i -per què no- també dels legisladors, no es veu cap raó perquè aquest model de comportament racional no pugui ser aplicat amb el mateix profit per analitzar, explicar i predir la conducta dels jutges i Tribunals i, més específicament, dels Magistrats del TS¹⁰. Tractarem llavors de mostrar com la reacció virulenta i pública del TS pot explicar-se de forma senzilla com una forma de compromís previ (*precommitment*) que li permet aconseguir una nova situació d'equilibri més favorable als seus interessos que la precedent i en la seva interacció amb el TC.

Pensem en la interacció entre el TS i el TC com en un joc dinàmic en què ambdós Tribunals han

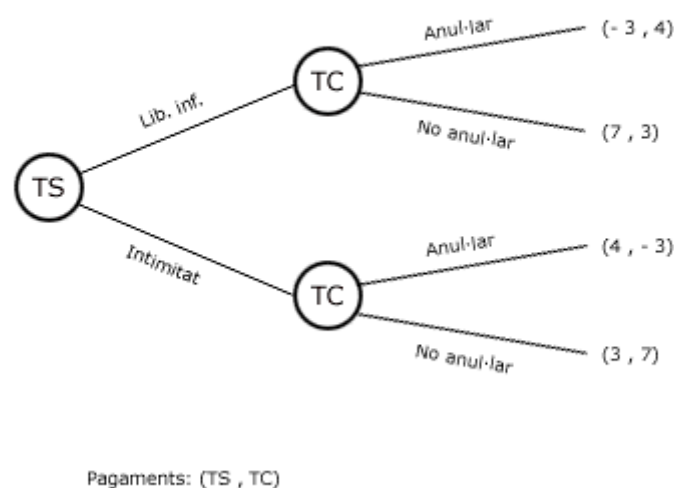
⁸ Recordi's, adquirir la informació molts cops (no així en l'afer Preysler, no obstant això) implica un cost, encara que només sigui el de descobrir-la.

⁹ En l'argument anterior s'ignoren els costos d'*enforcement* de les regles de propietat. Quan aquests es tenen en compte, sorgeixen també límits màxims, en termes d'eficiència, a la magnitud de les sancions penals o d'expropiació del benefici. Vegi's la literatura sobre *optimal Law enforcement* (Polinsky i Shavell (1999); Garoupa (1998)).

¹⁰ La qual cosa no significa que la racionalitat dels jutges sigui un calc del comportament maximitzador, posem per cas, de les empreses, o dels partits polítics. Però això no invalida la rellevància de la visió racionalista de la conducta judicial: Posner, *What Do Judges and Justices Maximize?* (1994); Shepsle i Bonchek, *Analyzing Politics* (1997).

de triar una estratègia en funció de les seves opcions i dels pagaments (en reputació, o en conviccions satisfetes) que resulten d'aquestes. Els resultats per a cadascun dels jugadors segons l'estratègia triada apareixen al final entre parèntesis amb la primera quantitat per al TS i la segona per al TC. Inicialment, suposem que el joc és com el de la figura 2. El TS pot actuar primer en la seva sentència donant prioritat al dret a la intimitat (opció preferida pel TC) o a la llibertat d'informació (opció preferida pel propi TS). A continuació, el TC mou peça decidint si anul·la o no la sentència del TS. El pagament de l'opció de fons preferida és de 4, però en cas d'anul·lació, el conflicte resultant detreu 3 d'aquest pagament¹¹.

Figura 2



En aquest joc, les estratègies que constitueixen un equilibri de Nash en tots els subjocs¹² són per al TS triar dret a la intimitat i per al TC no anul·lar, si el TS tria dret a la intimitat; i anul·lar, si el TS tria llibertat d'informació. Aquesta predicció del comportament d'equilibri, no obstant això, no sembla correspondre amb l'observada realment. Potser hi ha hagut un lapsus d'irracionalitat en l'actuació del TS?

Encara que la irracionalitat és sempre una explicació possible per a un comportament en aparença sorprenent, no crec que sigui la més profitosa des del punt de vista de la reflexió sobre el sistema jurídic. Creiem que cal explicar el moviment del TS sense renunciar al supòsit del

¹¹ En altres paraules, sortir-se amb la seva és més important que estar plegats. Si fos al revés (coordinació és més important que satisfacció individual), TS i TC estarien protagonitzant el famós joc de la "batalla dels sexes": vegi's Rasmusen (2001). Les quanties específiques triades per als pagaments són, en si mateixes, arbitràries. Les que sí que són significatives, i reflecteixen la idea d'una preferència més intensa per l'opció interpretativa o de fons triada que pel desig de no enfrontar-se a l'altre Tribunal, són les diferències entre les dites quanties.

¹² Aquest del *subgame perfect Nash equilibrium* és el tipus d'equilibri més comunament acceptat com a solució a un joc. Vegi's Gibbons (1992), Rasmusen (2001).

comportament racional del nostre més alt Tribunal.

El joc que apareix a la figura 2 no és sinó un subjoc dins el més ampli que permet analitzar globalment la interacció entre TS i TC. El TS, en realitat, amaga després de la seva reacció aparentment visceral una forma de compromís previ (*precommitment*) en anticipació de la ronda subsegüent en la seva interacció amb el TC. Abans de dictar sentència optant pel dret a la intimitat o la llibertat d'informació¹³ el TS pot optar també per airejar davant els mitjans de comunicació les seves discrepàncies amb el TC. Amb això pretén aconseguir un compromís creïble de què mantindrà en el futur les seves opcions de fons preferides. Sens dubte aquesta dimensió pública del conflicte genera costos per al TS, però obre un subjoc que altera les estratègies d'equilibri en un sentit favorable als seus interessos. Com diu Thomas Schelling, “*The commitment is a strategic move, a move that induces the other player to choose in one's favor*”¹⁴.

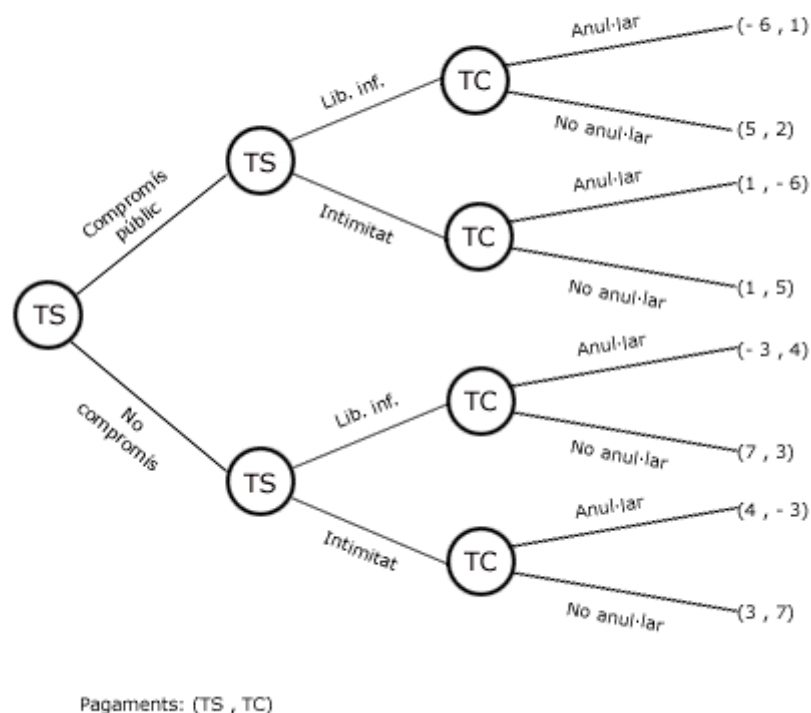
En el joc que es representa a la figura 3, s'aprecia com el compromís públic previ del TS és costós (redueix tots els seus pagaments en el subjoc corresponent) però aconsegueix un resultat molt important: en el subjoc que s'obre després del compromís públic del TS, no anul·lar es converteix en estratègia dominant per al TC¹⁵. I donat l'avantatge que el joc concedeix a qui mou primer, el resultat esperable és precisament el desitjat pel TS: aquest decidirà en la següent ocasió a favor de la llibertat d'informació i el TC no anul·larà la sentència del TS.

¹³ En realitat, les futures rondes del joc no es limiten als problemes de límits al dret a la intimitat, sinó que comprenen el conjunt de discrepàncies en matèries susceptibles de recurs d'empara. Per simplicitat, acotarem l'exposició a l'àmbit específic en què ha sorgit el recent conflicte.

¹⁴ Schelling, (1960), p. 123. L'obra de Schelling constitueix una aportació pionera a la formalització de l'estratègia en els jocs no cooperatius i, en particular, al valor dels compromisos creïbles. La idea, no obstant això, havia estat portada a la pràctica amb antelació: pensi's en Xenofont o en Hernán Cortès.

¹⁵ Com s'ha comentat en la nota 9 anterior, les quantitats específiques assignades com a pagaments no són en si rellevants. L'important és que el compromís previ del TS no sols redueix els seus propis pagaments, sinó que redueix els del TC amb més intensitat si aquest opta per anul·lar la sentència del TS que si s'aquieta amb ella, encara que no li agradi. Crec que aquesta hipòtesi és justificable raonablement com a aproximació abstracta a allò succeït: si el TC s'enfronta al TS després del conflicte públic i la sentència del primer, l'opinió general atribuirà la seva decisió no a una més gran preocupació per la intimitat de les persones, sinó a la represàlia, la qual cosa sens dubte redueix l'atractiu de l'opció d'anul·lar la sentència del TS.

Figura 3



Per descomptat, l'anterior és una explicació preliminar i incompleta. El model podria complicar-se (enormement, per cert), si s'introduís també la possibilitat de compromisos creïbles del TC, o qüestions de reputació per a futures rondes de la interacció, o asimetries d'informació (per exemple, que el magistrat mitjà del TS o del TC sigui un "dur" o un "tou", quelcom que cada Tribunal coneix de si mateix, però no de l'altre). Totes elles són qüestions que mereixen atenció però que excedeixen amb molt dels propòsits d'un treball com el present. En tot cas, sembla justificat suposar, encara que sigui en aquesta primera aproximació intentada en aquestes pàgines, que l'afany d'assegurar resultats favorables en rondes subsegüents del joc és superior en els magistrats del TS que en els del TC, atès el caràcter més professionalitzat dels primers i la més llarga durada dels seus mandats (vitalicis, enfront dels 9 anys dels del TC).

Bibliografia

CALABRESI, Guido & MELAMED, A. Douglas, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", (1972), *Harvard Law Review*, 85, 1089-1128 (existeix versió espanyola: "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: una perspectiva de la catedral", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo I, enero-marzo 1997, pàgs. 187 - 235).

COASE, Ronald H., "The problem of social cost", (1960), *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44 (reimprès 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, pàgs. 267 - 295.

GIBBONS, Robert, *A Primer in game theory*, Harvester Wheatsheaf, cop., 1992, New York (existeix versió espanyola: *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, "Dany 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, pàgs. 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, (existeix traducció a l'espanyol: *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 i RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, "Llibertat d'expressió i lluites de poder entre Tribunals", *InDret 4/2001* (www.indret.com).

SHELLING, 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.