

ALTERNATIVAS A LA PONDERACIÓN. EL MODELO DE SUSAN L. HURLEY

DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TEORÍA COHERENTISTA DE SUSAN HURLEY.—3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DELIBERATIVO.—4. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DEL MODELO.—5. LA TEORÍA DE HURLEY EN EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en la teoría jurídica como en nuestra práctica judicial y la de nuestro entorno resulta muy habitual oír hablar de «ponderación». Sin embargo, y a pesar de que de los tribunales (principalmente aquellos que tienen competencia para decidir sobre cuestiones de relevancia constitucional), de manera muy habitual, llevan a cabo operaciones de ponderación cuando se enfrentan a conflictos en los que se ven involucrados distintos derechos fundamentales, valores constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos, parece que todavía no se ha alcanzado un grado de desarrollo teórico equiparable al que se ha conseguido en otras áreas de la teoría jurídica y constitucional, pese a contar con algunas aportaciones de un altísimo rigor y calidad, como por ejemplo las de Robert Alexy (1).

En otro lugar (2) he señalado la conveniencia de separar adecuadamente tres distintos aspectos o ámbitos cuando se analiza la ponderación desde un punto

(1) Sobre este tema, véase ALEXY, R. (1986, 2002, 2003a y 2003b).

(2) En MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): 155-202.

de vista teórico: *a*) en primer lugar, podemos acercarnos a la ponderación desde una dimensión estrictamente *conceptual* (qué se entiende por «ponderación» o en qué consiste este mecanismo que llamamos «ponderación»); *b*) en segundo lugar, existe otra dimensión *metodológica* (cómo se lleva acabo la ponderación y cuál es el resultado a que ésta da lugar); *c*) por último, existe un ámbito o vertiente *normativa* de la ponderación (cómo debe ponderarse o, en otras palabras, qué condiciones o criterios deben satisfacerse a la hora de ponderar para que el resultado del proceso pueda considerarse correcto o justificado). El no distinguir adecuadamente estos tres aspectos puede conducirnos, en el peor de los casos, a caer en ciertas confusiones y malentendidos.

Desde un punto de vista conceptual, podría sostenerse, simplificando mucho los términos, que existe cierto consenso entre los autores y los órganos jurisdiccionales sobre el núcleo conceptual mínimo de la ponderación, según el cual ésta consistiría en la atribución de un mayor «peso» o «importancia» (y por ende, una preferencia) a uno de los elementos en conflicto, que será el que en definitiva resolverá el caso a decidir. Más allá de este núcleo mínimo, no obstante, surgen posiciones muy divergentes, tanto por lo que respecta al carácter racional o no del procedimiento que culmina con el establecimiento de dicha preferencia, como en relación a la posibilidad de extrapolar el resultado a otros casos de conflicto entre los mismos elementos. Atendiendo a estas dos variables, podríamos distinguir entre varias *concepciones* de la ponderación, como por ejemplo la *intuicionista* (que la entiende como el resultado de un proceso intuitivo, no controlable o formalizable racionalmente), la *escéptica* (que la entiende simple y llanamente como la expresión de las preferencias subjetivas del intérprete o decisor), la *particularista* (que la concibe como un proceso racional, pero cuyo resultado se circunscribe estrictamente al caso considerado, sin que pueda extrapolarse a ningún otro supuesto de colisión entre los mismos elementos) o la *universalista* (que la concibe como un proceso racional cuyo resultado es extrapolable a otros supuestos de conflicto que compartan las mismas circunstancias o propiedades relevantes).

Si nos centramos en la obra de Alexy, podríamos afirmar que su análisis teórico de la ponderación cuenta con una importante parte metodológica: así deberían entenderse, según mi opinión, sus referencias a que mediante la ponderación se establece una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, con la estructura « $(P_1 P P_2) C$ », que se lee como «en las circunstancias C , P_1 precede a P_2 », y que daría lugar a una regla del tipo « $C \rightarrow R$ », en la cual, C son las circunstancias del caso que actúa como supuesto de hecho, y R la consecuencia jurídica fijada por el principio que resulta vencedor, y que finalmente

resolverá el caso (3). Una reconstrucción de este tipo presupone, a mi entender, una concepción universalista de la ponderación, ya que sólo así cobra sentido contar con una regla que puede aplicarse mediante un razonamiento subsuntivo a todos aquellos casos que compartan las mismas circunstancias relevantes. Bajo similares presupuestos universalistas pueden encontrarse otros análisis de la ponderación desde una perspectiva metodológica, como por ejemplo los de Moreso (4) o Mendonca (5).

En muchas ocasiones, sin embargo, la ponderación es abordada desde una perspectiva o vertiente normativa (cómo se debe realizar la ponderación para que ésta pueda considerarse correcta o justificada). En este ámbito destaca la teoría normativa conocida como *principio de proporcionalidad*, que, como es sabido, está a su vez formado por diversos «subprincipios» (idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Alexy dedica también una gran atención a la reconstrucción teórica del principio de proporcionalidad, llegando en sus escritos más recientes (6) a un considerable nivel de precisión y desarrollo del mismo, mediante el uso de fórmulas matemáticas. En la doctrina de habla hispana también ha sido objeto de una importante atención y desarrollo teórico, siendo objeto de minuciosas descripciones y exhaustivos análisis por parte de diversos autores (7). De hecho, el grado de «éxito» del principio de proporcionalidad en el ámbito de las teorías normativas de la ponderación ha provocado incluso que en muchas ocasiones los términos «ponderación» y «proporcionalidad» se usen como sinónimos.

Como he señalado anteriormente, el hecho de no diferenciar claramente entre los tres aspectos o ámbitos en los que la ponderación puede ser abordada teóricamente puede conducir a algunas dificultades o confusiones. En mi modesta opinión, incluso Alexy se ve aquejado por este problema. Así, el autor alemán parece establecer, en primer lugar, un vínculo conceptual o necesario entre el hecho de que los elementos en conflicto sean principios (entendidos, de acuerdo con su propia definición, como mandatos de optimización —normas que ordenan que algo sea alcanzado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes—) en lugar de reglas, y la ponderación, hasta el punto de afirmar que mientras que la aplicación de las reglas responde a una racionalidad

(3) Véase ALEXY (1986): 90-98.

(4) MORESO, J. J. (2003).

(5) MENDONCA, D. (2003).

(6) Como en ALEXY, R. (2002, 2003a, 2003b).

(7) Entre dichos análisis y desarrollos destaca BARNES, J. (1998); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000); y, sobre todo, BERNAL PULIDO, C. (2003a, 2003b, 2006). Para un panorama en la doctrina italiana, puede verse BIN, R. (1992).

subsuntiva, los principios se aplican mediante la ponderación, que responde a una racionalidad aritmética (8). Y en segundo lugar, parece concebir también un vínculo o conexión necesaria entre la ponderación como establecimiento de una relación de precedencia condicionada y el principio de proporcionalidad. En relación con la primera cuestión, y sin entrar en consideraciones acerca de lo adecuada o inadecuada que pueda ser la conceptualización de los principios de Alexy, no parece que pueda establecerse un vínculo conceptual entre éstos y la ponderación, ya que es teóricamente posible tanto resolver situaciones de conflicto entre principios utilizando mecanismos distintos a la ponderación, como también resolver conflictos entre reglas mediante la ponderación. Por otro lado, también resulta problemático contraponer la subsunción a la ponderación, pues como bien señala Prieto Sanchís (9), para entender que existe un conflicto entre principios es necesario realizar una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidir. Por lo que respecta a la segunda cuestión (vinculación entre ponderación y proporcionalidad), tampoco parece que necesariamente todo establecimiento de una relación de precedencia sea resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad, ni siquiera (como espero mostrar) cuando el resultado sea correcto o pueda considerarse racional y jurídicamente justificado. De hecho, el modelo propuesto por Susan L. Hurley constituye una interesante alternativa al principio de proporcionalidad a la hora de justificar racionalmente decisiones en contextos de conflicto entre principios.

En lo que sigue me centraré en la tercera dimensión teórica de la ponderación, esto es, en la normativa (cómo se debe ponderar). Concretamente, me detendré en la exposición de la teoría propuesta por Susan Hurley, que puede ser vista como una alternativa al principio de proporcionalidad y que, como sostendré, puede considerarse, al menos en ciertos aspectos, como preferible a este último. En síntesis, la pretensión del presente artículo es doble, aunque modesta: *a*) Por una parte, mostrar que pueden existir (y que de hecho existen) mecanismos alternativos al principio de proporcionalidad para justificar la preferencia de un principio sobre otro resultante de un proceso ponderativo, y que la teoría elaborada por Susan L. Hurley es un buen ejemplo de ello. *b*) Por otro lado, que la teoría de Hurley puede ser, al menos en algunos casos, o en relación a algunos aspectos, más satisfactoria que el principio de proporcionalidad.

Para finalizar esta introducción, me gustaría hacer una aclaración sobre la elección del título. Como he apuntado, la teoría de Hurley se concibe como una teoría normativa acerca de cómo resolver justificadamente situaciones de

(8) Véase ALEXY, R. (2003b).

(9) Véase PRIETO SANCHÍS, L. (2003).

conflicto, por lo que, en este sentido, no es una «alternativa a la ponderación», sino más bien un *tipo* de ponderación (entendida como teoría normativa). Sin embargo, en la medida en que la ponderación (en sentido normativo), como viene siendo habitual, se entienda como «principio de proporcionalidad», sí que se trataría de un mecanismo alternativo. En tanto que me interesa resaltar las diferencias, he optado por el título que finalmente lleva este artículo.

2. LA TEORÍA COHERENTISTA DE SUSAN HURLEY

Esta autora desarrolla, en su obra *Natural Reasons* (10), una compleja, elaborada y comprensiva teoría acerca del razonamiento práctico en general, que abarca también, como uno de sus aspectos, el razonamiento jurídico. Poco tiempo después, la autora publica un artículo que, partiendo de los presupuestos de *Natural Reasons*, enfoca su interés en aspectos estrictamente jurídicos (11). La teoría de Hurley es de marcada y explícita orientación coherentista, lo cual, según la propia autora, es una concepción teórica que postula la posibilidad de elaborar una teoría, a partir de la deliberación, que presenta de la mejor manera posible como coherentes las relaciones entre las razones para la acción que entran en conflicto en relación con el caso que tiene que ser decidido (12). Para perfilar estas relaciones y conexiones entre las razones en conflicto, un aspecto fundamental consiste en examinar cómo esas mismas razones se comportan en otros casos, reales o hipotéticos, acerca de cuya resolución existe un amplio consenso (los «casos paradigmáticos» o «*settled cases*»). Dada la extensión y complejidad de la teoría elaborada por Hurley, no es posible hacer nada más que dar algunas pinceladas para tratar de ofrecer así, usando una analogía pictórica, una imagen «impresionista» de dicha teoría y de su funcionamiento mediante algunos ejemplos.

De acuerdo con esta perspectiva coherentista, a través de la deliberación se intenta hallar la teoría que dé mejor cuenta de las relaciones entre las razones que sustentan a las alternativas en conflicto. La respuesta correcta o justificada del conflicto será aquella favorecida por dicha teoría. El principal problema consiste por tanto en la elaboración o descubrimiento de esa mejor teoría, para lo cual el aspecto fundamental es la deliberación. Como afirma la autora (13), la deliberación supone un proceso de construcción de hipótesis acerca del contenido de la «fun-

(10) HURLEY, S. L. (1989).

(11) Nos referimos a HURLEY, S. L. (1990).

(12) Véase HURLEY, S. L. (1990): 221.

(13) En HURLEY, S. L. (1990): 223.

ción de coherencia» (*coherence function*), que permite pasar de las ordenaciones entre alternativas establecidas por cada una de las razones en conflicto (14) a una ordenación definitiva (*all-things-considered ranking*). En este proceso deliberativo, a fin de determinar cuál es la importancia relativa dentro del caso a decidir de cada una de las razones conflictivas, ocupa un destacado lugar el análisis de casos paradigmáticos reales e hipotéticos en donde operan esas mismas razones. Como apunta Hurley, que un caso tenga la calificación de «paradigmático» depende de que exista un amplio consenso acerca de su resolución, y no de su corrección en términos objetivos, si es que se asume que pueda existir tal cosa. Ello implica que una decisión podría ser incorrecta (bajo ciertas asunciones metaéticas, al menos) a pesar de ser un caso paradigmático y existir un amplio acuerdo acerca de la solución. De cualquier modo, no me internaré en este tipo de cuestiones.

Una diferencia destacable entre el principio de proporcionalidad y la teoría de Hurley es que mientras que la primera viene a ser una reconstrucción teórica y un refinamiento de lo que, de hecho, ya venía haciéndose en el ámbito jurisdiccional (fundamentalmente, por parte del Tribunal Constitucional alemán), la segunda es una creación estrictamente académica, ya que no tiene su origen en una práctica y, al menos hasta donde llega mi conocimiento, nunca ha sido de hecho utilizada en casos reales para decidir sobre ellos. Con todo, creo que ello no debe restar un ápice de interés a la teoría y que puede llegar a plantearse como una alternativa muy a tener en cuenta respecto al principio de proporcionalidad.

3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DELIBERATIVO

El proceso deliberativo es diseñado por Hurley en forma de cinco etapas consecutivas (15):

a) La primera etapa consiste en la especificación del problema: se identifican las alternativas que se plantean en el caso y se determinan las distintas razones relevantes que se aplican a cada una de ellas y cómo ordenan las alternativas en conflicto.

b) La segunda etapa consiste en un examen más detenido de las razones en juego, intentando determinar más concretamente el propósito (cometido, fundamento) de cada razón, con el fin de ayudarnos a determinar mejor la im-

(14) Estrictamente hablando, lo que está en conflicto no son las razones, sino las ordenaciones entre alternativas a que dan lugar las distintas razones, que operan como criterios de ordenación entre alternativas.

(15) Véase HURLEY, S. L. (1989): 211 y sigs., y HURLEY, S. L. (1990): 223 y sigs.

portancia que tiene cada una de las razones en el caso a decidir. Así planteado, puede resultar un poco problemático distinguir entre las dos primeras etapas, por lo que intentaré exponer mi interpretación de la posición de Hurley a fin de diferenciar más claramente entre ambas. En mi opinión, las «razones» a las que se alude en la primera etapa serían las normas jurídicas que resultan aplicables al caso y que fundamentan las distintas soluciones incompatibles (por ejemplo, la libertad de información —art. 20.1.d) de la Constitución española— y el derecho al honor —art. 18.1 de la Constitución española—). En cambio, en la segunda etapa ya no estaríamos estrictamente frente a normas jurídicas, sino más bien ante lo que usualmente se ha dado en llamar «razones subyacentes» de las mismas. Existe controversia acerca de si estas «razones subyacentes» son o no normas jurídicas (bajo parámetros positivistas) y si en consecuencia forman o no parte del sistema jurídico de acuerdo con una concepción positivista del derecho. En cualquier caso, por tales «razones» suelen entenderse usualmente aquellas consideraciones, propósitos, finalidades, principios morales, etc., que se entiende que sirven de fundamento de la norma o normas consideradas. Esto es, se parte de una concepción de la autoridad normativa como entidad racional para afirmar que ninguna norma (y fundamentalmente si es prescriptiva) se dicta de manera gratuita, sino que tiene algún fundamento (justificado) u obedece a alguna finalidad o propósito establecido. De este modo, en la decisión acerca de qué alternativa escoger en caso de conflicto cobra gran importancia la determinación de cuáles son estas «razones subyacentes» y en qué medida cada una de las alternativas satisface dichas razones. Por otra parte, el discurso de las razones subyacentes suele ser de tipo objetivista [se habla de *las* razones subyacentes, como si la actividad del intérprete fuera el descubrimiento de los fundamentos objetivos de la norma, cuando esta asunción es muy problemática (16)], y en ocasiones abiertamente antipositivista (cuando se considera que estas «razones subyacentes» no se fundamentan exclusivamente en las decisiones de la autoridad normativa, sino en otros parámetros «superiores» y «más objetivos», pese a lo cual forman también parte del sistema jurídico). Desde mi

(16) Piénsese en el famoso ejemplo de Hart acerca de la prohibición de entrada de vehículos en el parque. ¿Cuáles son las «razones subyacentes» de tal prohibición? Tal vez sería el interés por salvaguardar la tranquilidad de los visitantes, o quizá la seguridad, o el silencio, o evitar la contaminación. Posiblemente una combinación de varios de estos elementos, o posiblemente, si la autoridad que dictó la norma era un órgano colegiado, distintos miembros mantenían distintos puntos de vista. Es posible que ni siquiera se plantearan la cuestión. Es por ello que resulta muy difícil hablar de «las razones subyacentes» en términos objetivos, porque, a diferencia de las disposiciones normativas promulgadas por la autoridad, carecemos de elementos objetivos para fundamentar nuestras interpretaciones.

punto de vista, el discurso de las razones subyacentes resulta valioso únicamente en la medida y según la amplitud del acuerdo que exista entre los juristas, ya que salvo en contadas ocasiones (por ejemplo, cuando existen referencias expresas en la exposición de motivos de una ley), la determinación de las «razones subyacentes» es el resultado de un acto de voluntad del intérprete, quien imputa (y no descubre) tales «razones».

c) En la tercera etapa se analizan otras situaciones, reales (asuntos ya decididos) o hipotéticas (experimentos mentales), en las que resulten aplicables las mismas razones que las del caso a decidir, y que tengan la consideración de «casos paradigmáticos», esto es, de situaciones cuya solución resulte clara o evidente y sobre la cual exista un amplio consenso. También tienen la consideración de «paradigmáticos» aquellos casos cuya respuesta haya establecido una jurisprudencia consolidada o de seguimiento obligatorio por los demás órganos (como ocurre en el sistema español con las decisiones del Tribunal Constitucional).

d) La cuarta etapa constituiría el núcleo del proceso deliberativo. En ella se elaboran hipótesis teóricas acerca de los fundamentos de las soluciones de los casos paradigmáticos seleccionados en la etapa anterior. Tales hipótesis intentan determinar qué circunstancias o dimensiones específicas de tales casos (en forma de propiedades no valorativas) son las que contribuyen a incrementar o disminuir el «peso» o importancia de cada una de las razones en conflicto en relación con las demás (17). Cada una de las distintas hipótesis identifica ciertas circunstancias o propiedades y les atribuye relevancia para determinar un cierto resultado. Se trata básicamente de contrastar cada una de las hipótesis con distintos casos paradigmáticos (cuanto mayor sea el número, mejor, en principio), tanto reales como hipotéticos, para comprobar si ofrecen una resolución satisfactoria del caso. Si la hipótesis manejada es insatisfactoria (esto es, no da adecuada cuenta de los casos paradigmáticos), es abandonada. El objetivo es hallar la mejor teoría posible, esto es, aquella hipótesis que mejor reconstruya y sea más compatible con nuestras intuiciones plasmadas en la resolución de los distintos casos paradigmáticos [se trata, en definitiva, de una manifestación más del concepto de «equilibrio reflexivo» rawlsiano (18)]. El comportamiento de las distintas razones en tales casos paradigmáticos ayuda al intérprete/decisor a considerar en qué medida ofrecen un fundamento para cada una de las decisiones posibles en las circunstancias del caso a decidir, y determinar así qué alternativa tiene «mayor peso» en tales circunstancias, en la medida en que el caso presente o no determinadas propiedades.

(17) HURLEY, S. L. (1989): 212-213; HURLEY, S. L. (1990): 224.

(18) Este concepto fue introducido por este autor en RAWLS, J. (1971), cap. I.

e) Por último, en la quinta etapa, se determinan las consecuencias que la mejor de las hipótesis obtenida en la etapa anterior conlleva para el caso en cuestión que debe ser resuelto (en otras palabras, cuál de las alternativas en conflicto tiene prevalencia en el caso a decidir, de acuerdo con la mejor teoría).

Las distintas etapas del proceso deliberativo pueden representarse gráficamente mediante la utilización de una «matriz deliberativa» (*deliberative matrix*) que se va completando a medida que se avanza en el proceso deliberativo (19). En un primer momento (primera etapa) únicamente se dispone de la descripción del problema, esto es, de las distintas alternativas posibles de resolución del caso y de las razones (jurídico-normativas) que sustentan cada una de ellas:

TABLA 1
Matriz deliberativa (primera fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Razón X</i>	<i>Razón Y</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?

(Nota: En el ejemplo de matriz aquí expuesto únicamente aparecen dos razones, aunque no existe límite teórico alguno acerca del número de razones posibles a tener en cuenta en un caso dado. Por otro lado, las ordenaciones de alternativas aquí expuestas, así como el resto de contenidos con los que se completan las subsiguientes tablas, son totalmente arbitrarias y válidas únicamente a título de ejemplo.)

En la segunda fase del proceso deliberativo, se determinan aquellas consideraciones que subyacen a cada una de las razones en conflicto, a modo de «razones subyacentes». Estas razones subyacentes se representan entre paréntesis:

TABLA 2
Matriz deliberativa (segunda fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Razón X (...C...)</i>	<i>Razón Y (...D...)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?

En la tercera fase del proceso acudimos a otros casos acerca de cuya resolución existe consenso (casos paradigmáticos) para que nos sirvan de apoyo a la hora de analizar el comportamiento de cada una de las razones bajo ciertas circunstancias:

(19) La estructura y funcionamiento de la matriz deliberativa se expone en HURLEY, S. L. (1989): 211-217.

TABLA 3
Matriz deliberativa (tercera fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Razón X (...C...)</i>	<i>Razón Y (...D...)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?
Caso paradigmático 1	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D	Alternativa C Alternativa D
Caso paradigmático 2	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa E Alternativa F
Caso paradigmático 3	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa H Alternativa G
Caso paradigmático 4	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I

En la cuarta fase del proceso se incluyen las distintas hipótesis acerca de las circunstancias bajo las cuales, en los casos paradigmáticos, la alternativa favorecida por una razón prevalece sobre la alternativa favorecida por la otra, y se lleva a cabo un proceso de depuración tras el cual sólo subsiste(n) la(s) hipótesis adecuada(s):

TABLA 4
Matriz deliberativa (cuarta fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Razón X (...C...)</i>	<i>Razón Y (...D...)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?
Caso paradigmático 1	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D	Alternativa C Alternativa D
Caso paradigmático 2	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa E Alternativa F
Caso paradigmático 3	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa H Alternativa G
Caso paradigmático 4	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I
Hipótesis caso 1	Prevalece D bajo «p ∧ q»	Prevalece C bajo «p ∧ q»	La razón Y prevalece sobre X bajo «p ∧ q»
Hipótesis caso 2	Prevalece E bajo «¬p ∧ q»	Prevalece F bajo «¬p ∧ q»	La razón X prevalece sobre Y bajo «¬p ∧ q»
Hipótesis caso 3	Prevalece G bajo «p ∧ ¬q»	Prevalece H bajo «p ∧ ¬q»	La razón Y prevalece sobre X bajo «p ∧ ¬q»
Hipótesis caso 4	Prevalece I bajo «¬p ∧ ¬q»	Prevalece J bajo «¬p ∧ ¬q»	La razón Y prevalece sobre X bajo ¬p ∧ ¬q

Asumiendo que las hipótesis expuestas son satisfactorias (para lo cual se procede de nuevo a su aplicación a ulteriores casos paradigmáticos, reales o hipotéticos), se llega a la hipótesis teórica según la cual en caso de conflicto entre las razones X e Y, Y prevalece en todos los casos a excepción del supuesto en que concurren las circunstancias « $\neg p \wedge q$ ». Si suponemos, a modo de ejemplo, que en el caso en cuestión que debemos decidir concurren las circunstancias « $p \wedge q$ », la solución a que da lugar nuestra hipótesis es que tal caso deberá ser resuelto de acuerdo con la razón Y, que en dicho caso favorece a la alternativa B. En conclusión, pues, una vez llegados a la quinta y última fase del proceso deliberativo, la matriz quedará completada del modo siguiente:

TABLA 5

Matriz deliberativa (quinta fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Razón X (...C...)</i>	<i>Razón Y (...D...)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	Alternativa B Alternativa A

4. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DEL MODELO

Como puede observarse, el procedimiento tiene un alto grado de abstracción y puede resultar difícil comprender cómo puede utilizarse en la práctica para resolver controversias concretas. Por esta razón, la autora expone algunos ejemplos, tanto pertenecientes al ámbito del discurso jurídico como al ámbito del discurso moral, para ilustrar el funcionamiento del modelo y así ayudarnos a comprenderlo más adecuadamente. En relación con el ámbito jurídico, Hurley expone de manera extensa y detallada en *Natural Reasons* (20) un ejemplo de cómo funcionaría este modelo en un supuesto de conflicto entre dos instituciones propias del *common law*: la doctrina de la *consideration* y la doctrina del *estoppel*. A grandes rasgos, la doctrina de la *consideration* consiste en la exigencia de un elemento de intercambio (o promesa de intercambio) por parte del destinatario de una promesa contractual para dar lugar a una relación contractual válida y jurídicamente exigible. La idea de fondo es que ha de existir algún fundamento para obligarse, porque toda obligación supone una limitación de la autonomía y sería excesivo ofrecer cobertura legal y permitir el recurso al uso de la fuerza institucionalizada para garantizar el cumplimiento de cual-

(20) Véase HURLEY, S. L. (1989): 203-217.

quier promesa, incluso de aquellas realizadas de manera gratuita. Por ello, las promesas gratuitas darían lugar únicamente a una obligación moral (obligación natural), pero no jurídica. En los sistemas de *civil law* como el español, la figura más cercana sería la de la causa de los contratos (arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil), que exige un elemento de intercambio («la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte») para los contratos onerosos, pero no así para los gratuitos, cuya causa es «la mera liberalidad del bienhechor». La doctrina del *estoppel*, por otro lado, impide que una parte obtenga los beneficios o ventajas obtenidos ilegítimamente a raíz de la situación de desventaja en la que el propio comportamiento de esa parte ha colocado a la parte contraria. En nuestro sistema, una situación como ésta sería probablemente conducida a través de la figura del enriquecimiento injusto, basada a su vez en el principio más general de que nadie debe aprovecharse de sus propios actos incorrectos.

Este ejemplo de conflicto entre la *consideration* y el *estoppel* es desarrollado con gran detalle por Hurley, y muestra que su modelo puede ser llevado a la práctica. No obstante, no realizaré una exposición del mismo y me remito a la obra original, por varias razones: por un lado, se trata de un conflicto entre instituciones propias del *common law* que nos resultan un tanto lejanas desde nuestra perspectiva del *civil law*; y por otra parte, la autora también expone, si bien de manera más esquemática, otros casos de conflicto más interesantes desde nuestra perspectiva (21), pues implican aspectos de relevancia constitucional y no estrictamente relativos al Derecho civil. Lamentablemente, el desarrollo de estos ejemplos no alcanza el mismo nivel de detalle y extensión que el primero, pero aun así resulta interesante exponerlos de manera breve.

a) Uno de esos casos es la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *California vs. Carney* (22). Los hechos que dan lugar a la controversia son, esquemáticamente, los siguientes: Carney es un individuo propietario de una autocaravana (una caravana provista de motor y por tanto capaz de desplazarse por sí misma) aparcada en un aparcamiento público de San Diego. La policía sospecha que en su interior Carney ofrece marihuana a cambio de actos sexuales, a partir de sus propias observaciones y de interrogatorios a personas que habían salido de la caravana. La policía entonces realiza un registro de la caravana sin autorización judicial. En el registro, efectivamente, se encuentra marihuana en un refrigerador.

En la primera etapa del proceso deliberativo se especifica el problema, indicando las razones en conflicto y la ordenación de las alternativas a que éstas

(21) En HURLEY, S. L. (1990).

(22) *California vs. Carney*, 105 SCt 2066 (1985).

conducen. Estas alternativas son las de realizar o no realizar el registro sin autorización judicial. Por una parte, existe una razón constitucional explícita, que es la prohibición de registros sin autorización establecida por la cuarta enmienda de la Constitución norteamericana, y otra razón que podríamos calificar como «bien constitucionalmente protegido», que es la lucha policial (o estatal, en general) contra el narcotráfico y la drogadicción. De acuerdo con la primera de las razones, la alternativa que prevalece sería la de no realizar el registro, mientras que conforme a la segunda, la alternativa preferida es la realización del registro. Hurley no es demasiado explícita a la hora de especificar mejor esas razones en la segunda fase, y sostiene de modo genérico que bajo la prohibición de la cuarta enmienda subyacen razones de protección de la privacidad (*privacy*), y bajo la otra consideración, razones de eficacia policial. Para saber cómo se interrelacionan ambas razones (o clases de razones), se analizan algunos casos paradigmáticos. Viendo casos paradigmáticos basados en la jurisprudencia (casos reales), se observa que prevalecen las razones de privacidad sobre la eficacia policial cuando el registro no autorizado se realiza en un domicilio (*home*). Simbolizando la circunstancia «registro en un domicilio» como «p», se formularía la hipótesis de que bajo las circunstancias «p», el registro está prohibido. También en otros casos paradigmáticos reales se puede observar que las razones de eficacia policial prevalecen (y por tanto se permite el registro no autorizado judicialmente) cuando dicho registro se efectúa en un vehículo (circunstancias «q»). El problema en el caso a decidir es que parece que la autocaravana de Carney es a la vez un domicilio y un vehículo («p \wedge q»). Ante esta situación, el objetivo, según Hurley, es elaborar una o varias hipótesis que permitan trazar una distinción clara, y en términos descriptivos (empíricamente observables) entre «domicilio» y «vehículo», para así poder tomar una decisión. Para ello la autora realiza consideraciones tales como que la importancia de las razones de la eficacia policial se ve incrementada en el caso de los vehículos por su inherente movilidad, y se facilitaría la huida si se exigiera contar con una autorización judicial, que requiere tiempo; también tiene importancia la consideración de que los vehículos no son habitualmente usados como domicilios. Otro aspecto a tener en cuenta sería su ubicación (la situación es distinta en caso de estar estacionado en un lugar específico para caravanas, con un marcado carácter de permanencia —cosa que favorecería a las consideraciones de privacidad—, que en caso de estar temporalmente en una plaza de aparcamiento público). Finalmente considera que la mejor hipótesis es aquella que fundamenta la distinción en la presencia o ausencia de indicadores objetivos de movilidad y de uso para transporte. Estas circunstancias son simbolizadas como «r», de tal modo que ante la presencia de «r», el registro sin autorización estaría permitido.

Con independencia del valor explicativo que como ejemplo de aplicación del modelo de deliberación tiene el caso expuesto por Hurley, creo que existe otro modo alternativo y más satisfactorio de reconstruir el ejemplo. En efecto, a partir de la jurisprudencia norteamericana, parecen existir dos reglas claras acerca de la relación de precedencia entre la prohibición de registros establecida por la cuarta enmienda y las consideraciones de la eficacia policial en la persecución del narcotráfico: cuando se requiere realizar un registro en un domicilio (circunstancias «p») se exige autorización judicial, y cuando el registro se realiza en un vehículo (circunstancias «q») no se exige autorización judicial. Es cierto que puede darse el caso de que «p» y «q» concurren, pero en tal caso parece existir también una clara preferencia por la exigencia de autorización judicial; en otras palabras, cuando se trata de un registro domiciliario, siempre se requiere autorización, con independencia de que se trate o no de un vehículo. Por eso, en el caso « $p \wedge q$ » también se exige autorización, sin necesidad de acudir a otros criterios ulteriores. La cuestión problemática del caso no parece ser aquí cuál es la regla de precedencia, sino más bien cómo hay que calificar el caso individual (si la autocaravana de Carney es o no un «domicilio»). Planteado en otros términos, de acuerdo con la clasificación de MacCormick (23), no estamos frente a un problema de relevancia, sino de *calificación* debido a la vaguedad. La cuestión normativa es clara: es obvio que la autocaravana de Carney es un vehículo («q»), pero la decisión depende de si se considera o no un domicilio («p»). Si se trata de un domicilio (« $p \wedge q$ »), se requerirá autorización, y si no lo es (« $\neg p \wedge q$ ») ésta no será necesaria. La propiedad «r» (presencia de elementos objetivos indicadores de movilidad y uso para transporte) sería aquí mejor concebida como un *criterio interpretativo* para determinar si estamos o no ante un vehículo que es también un domicilio.

b) Otro de los ejemplos interesantes planteados por Hurley es el caso *Craig vs. Boren* (24). En dicho caso se examina la constitucionalidad de una ley que establecía la prohibición de vender cerveza con alcohol a hombres menores de 21 años y a mujeres menores de 18. El punto de controversia es si se vulnera o no el principio de igualdad (*equal protection of the law*) de los hombres entre 18 y 21 años. Las alternativas posibles son la permisón o el rechazo de la norma legal, y las razones que fundamentan una distinta ordenación de las alternativas son, por un lado, el principio de igualdad o no discriminación (de acuerdo con el cual la medida debería rechazarse) y el bien constitucionalmente protegido del interés de los poderes públicos en la seguridad en el tráfico (evitar

(23) Tal como se expone en MACCORMICK, N. (1978).

(24) En HURLEY, S. L. (1990): 230-231.

la conducción en estado de embriaguez), que favorecería la preservación de la medida. Como fundamento de las razones relativas a la protección de la seguridad en el tráfico, se apuntó que existían estudios estadísticos que mostraban una tendencia más marcada a conducir bajo los efectos del alcohol por parte de los hombres entre las edades de 18 a 21 años. Sin embargo, y a diferencia del ejemplo anterior, en este caso se hizo uso de casos paradigmáticos hipotéticos para rechazar la hipótesis que servía de fundamento a la pretensión de la ley, basada en la seguridad del tráfico. Es decir, bajo esa misma hipótesis, en otros casos en los que la solución nos parece clara, el caso no sería resuelto de la misma manera (*i. e.*, la hipótesis no daría adecuada cuenta de nuestras intuiciones). Los casos paradigmáticos hipotéticos se basaban en que, del mismo modo que los estudios estadísticos muestran una mayor tendencia a la bebida en el caso de los hombres que en el de las mujeres, permitirían asimismo establecer otras conclusiones, como que también existían diferencias en función de las razas: los judíos, los católicos italianos y los jóvenes negros mostraban una menor tendencia a la bebida que los blancos y los indios norteamericanos. De acuerdo con la hipótesis subyacente, esto permitiría también establecer diferencias de trato en función de la raza. Sin embargo, existe un amplio consenso en considerar que una distinción basada en la raza no sería constitucionalmente admisible, por lo cual se debía rechazar asimismo la distinción planteada por la ley fundamentada en el género, por basarse en los mismos presupuestos (datos estadísticos sobre tendencias de comportamiento para establecer una discriminación legal).

5. LA TEORÍA DE HURLEY EN EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR

Seguidamente intentaré aplicar el modelo coherentista y deliberativo de Hurley a uno de los casos más frecuentes y «clásicos» de colisión entre principios: el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Este tipo de situaciones ha sido objeto de numerosas decisiones jurisprudenciales y de extensas y detalladas elaboraciones teóricas (25). En síntesis, la situación consiste en que debemos tomar una decisión (la más adecuada o justificada posible) en un caso en que se informa en un medio de comunicación de unos

(25) Puede verse sobre este tema, así como sobre otros estrechamente relacionados como los conflictos y tensiones entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad, además de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, las contribuciones de, entre otros, O'CALLAGHAN, X. (1991); SARAZÁ JIMENA, R. (1995); ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (1999); OLLERO, A. (2000); FAYÓS GARDÓ, A. (2000), o DE DOMINGO, T. (2001).

ciertos hechos (la información ha sido contrastada y por tanto se reputa como *veraz*, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional española), de forma tal que afecta negativamente al crédito, respetabilidad y buena imagen pública de una persona. Tenemos, en consecuencia, un «conflicto de razones» que ordenan de manera diversa las alternativas. Por una parte, la actividad del informante se encuentra amparada por el derecho fundamental de libertad de información [art. 20.1.d) de la Constitución española], y según el mismo, estaría permitida la actividad de publicar esa noticia (alternativa A). Por otra parte, esa misma actividad supone un menoscabo del honor del afectado, protegido por el derecho fundamental al honor (art. 18.1 de la Constitución española), conforme al cual debería impedirse la publicación (alternativa B). En la primera fase del proceso deliberativo (la identificación del problema) podríamos representar la situación del modo siguiente:

TABLA 6
Matriz deliberativa del conflicto información-honor (primera fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Información</i>	<i>Honor</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?

El siguiente paso (segunda fase) consiste en la determinación de las «razones subyacentes» de cada una de las razones (normas jurídicas) que ordenan las alternativas de modo diverso. El Tribunal Constitucional español ha reiterado en múltiples ocasiones (citando sólo resoluciones recientes, *vid.*, por ejemplo, la STC 57/2004, de 19 de abril; la STC 2/2001, de 15 de enero, o la STC 144/1998, de 30 de junio) que la libertad de información tiene su base o justificación en *la formación de una opinión pública libre*, que a su vez es un pilar básico de una sociedad democrática. Para que pueda existir tal opinión pública libre es de capital importancia, según el Tribunal, que puedan expresarse libremente ideas y opiniones (libertad de expresión) e informarse sin limitaciones ni censuras de los hechos que acontecen (libertad de información). Consideraremos, por tanto, aunque sea sólo como hipótesis, que la formación de una opinión pública libre es la razón que fundamenta la libertad de información. Por lo que respecta al derecho al honor, quizá resultaría más discutible la determinación de su principal fundamento. Posiblemente éste podría situarse en el autorrespeto, en la medida en que la proyección externa incide también en la imagen que cada uno tiene de sí mismo; o posiblemente el fundamento se encuentre en la dignidad de la persona, en la medida en que una de las dimensiones en las que se plasma el respeto a la persona es respetando su imagen y proyección pública. De cualquier

modo, no pretendo ni mucho menos zanjar una cuestión tan problemática como ésta y, tan sólo como hipótesis, situaré el fundamento del derecho al honor en la dignidad. La matriz deliberativa correspondiente a esta segunda fase sería la siguiente:

TABLA 7
Matriz deliberativa del conflicto información-honor (segunda fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Información (opinión pública)</i>	<i>Honor (dignidad)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?

En la tercera fase del proceso se seleccionan algunos casos paradigmáticos en los que intervienen las razones en juego para comprobar su funcionamiento y en qué medida contribuyen a la determinación de la solución del conflicto. Aunque existe una extensa jurisprudencia sobre el asunto aquí tratado (colisión información-honor), utilizaré tan sólo algunos casos hipotéticos. A) El primero sería el caso en el que se informa acerca de que el ministro de Fomento aprobó la concesión de las obras del tren de alta velocidad a una determinada empresa a cambio de una millonaria comisión. En este supuesto, a pesar de que la noticia afecta negativamente a la proyección y buena imagen pública del ministro, se considera que debe prevalecer la libertad de información, porque se trata de hechos de gran relevancia para la opinión pública. B) En el segundo caso se informa acerca de ciertas actividades de una persona de relevancia pública (podemos seguir con el ejemplo del ministro) que afectan a su buena imagen pública pero que no se refieren a ningún asunto público o relacionado con su cargo (por ejemplo, se dice que ese ministro nunca devuelve los libros que le prestan, o que nunca paga las comidas con sus amigos en los restaurantes, o que es aficionado a las películas X). En este supuesto, prevalece (al menos como hipótesis) el derecho al honor sobre la libertad de información, porque se afecta negativamente al honor de la persona y la información no contribuye prácticamente a la formación de la opinión pública. C) En el tercer caso se informa de la actividad de una persona anónima (en principio, pues, sin relevancia pública) que ha llevado a cabo un acto que puede poner en serio peligro la seguridad del Estado (por ejemplo, que ha sustraído importantes documentos secretos del centro de inteligencia). En este supuesto se considera que debe prevalecer la libertad de información. D) Por último, consideraremos el caso en que un funcionario público en el ejercicio de su cargo ha cometido determinadas ilegalidades, pero se comunica la noticia de forma tal que se utilizan muchos insultos y descalificativos injuriosos para con el afectado, lesionando de un modo extremadamente

grave a su imagen y proyección pública. En este supuesto, se considera que tiene mayor importancia la protección del honor del afectado. Representaremos estos casos paradigmáticos en la matriz deliberativa del siguiente modo:

TABLA 8
Matriz deliberativa del conflicto información-honor (tercera fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Información (opinión pública)</i>	<i>Honor (dignidad)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	¿? ¿?
Caso paradigmático A	Alternativa C Alternativa D	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D
Caso paradigmático B	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa F Alternativa E
Caso paradigmático C	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa G Alternativa H
Caso paradigmático D	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I

En la cuarta fase del proceso, a partir de la observación de los casos paradigmáticos, se elaboran hipótesis acerca de cómo ciertas circunstancias o condiciones inciden en la importancia de cada una de las razones en conflicto y determinan así la solución al mismo. Una hipótesis será más satisfactoria en la medida en que dé mejor cuenta del mayor número de casos paradigmáticos. Una de las evidentes ventajas que, a mi modo de ver, tiene el modelo desarrollado por Hurley respecto a un modelo del principio de proporcionalidad como el de Alexy es que permite un mayor grado de especificación o de acotación de las propiedades o circunstancias que resultan relevantes a la hora de fundamentar una regla que resuelva el conflicto. En el modelo de Alexy únicamente se hacía alusión a las «circunstancias del caso» (o «circunstancias C»), como si se tratara de un aspecto evidente o poco problemático. En el modelo de Hurley son precisamente las razones consideradas las que delimitan el marco de circunstancias que pueden ser consideradas como relevantes. Por ejemplo, si una de las razones es la contribución a la formación de una opinión pública libre, sólo podrán ser consideradas como circunstancias relevantes aquellas propiedades que de alguna manera tengan o puedan tener una incidencia en la formación de tal opinión pública. Esto excluye que puedan ser considerados como relevantes aspectos como por ejemplo la fase lunar del momento en que se publica la noticia o el color del coche del informante. En cambio, permite plantearnos legítimamente, por ejemplo, si se puede considerar relevante para la decisión el hecho de que la persona sobre la que se informa tenga o no relevancia pública.

Una primera hipótesis, en consecuencia, podría ser que en los casos en que la persona sobre la que se informa sea de relevancia pública (a lo que denominaremos «p») prevalece la libertad de información sobre el derecho al honor. Esta hipótesis puede a primera vista parecer satisfactoria porque da cuenta del caso paradigmático A, en el que la persona es de relevancia pública y prevalece la libertad de información. Sin embargo, un examen más detallado muestra que la hipótesis no es adecuada porque no da cuenta del caso B (en el que también es de relevancia pública pero prevalece el derecho al honor). Además, como muestra el caso C (en el que se informa sobre la actividad de una persona en principio anónima), esta circunstancia no podría ser considerada de ningún modo como una condición necesaria de la prevalencia de la libertad de información. En definitiva, pues, debemos abandonar esa hipótesis, y sustituirla por otra más satisfactoria. Un nuevo candidato que parece ser más adecuado es que el *asunto* del cual se informa tenga relevancia pública (que contribuya de manera importante a la configuración de la opinión pública). A ello nos podemos referir como «q». De este modo, se pone el acento en el asunto o materia de la que se informa, y no en la persona (aunque ésta puede ser un elemento que incida a la hora de considerar si el asunto es de relevancia pública). Este nuevo criterio parece más satisfactorio porque resulta no sólo compatible con el caso A, sino también con el caso C (que antes quedaba excluido). Por otra parte, también da cuenta (indirectamente) del caso B en la medida en que cuando la noticia carece de relevancia pública, prevalece el derecho al honor. Sin embargo, todavía serían necesarios algunos refinamientos de la hipótesis para dar cuenta del caso D, porque las ilegalidades cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo son asuntos de interés público y sin embargo en el caso paradigmático D no prevalece la libertad de información.

Para tratar de determinar qué ocurre en el caso D, y por qué en esa situación consideramos que debe prevalecer el derecho al honor, hemos de tener en cuenta lo siguiente: el «peso» o importancia del derecho al honor, que se fundamenta (según hemos considerado) en la dignidad, se basa en el grado de afectación de la misma. De modo análogo a como la importancia de la libertad de información es mayor cuanto la noticia más contribuye a la formación de una opinión pública libre, la importancia del derecho al honor es superior en tanto mayor sea el grado en que se afecta a la dignidad. En este respecto, la dignidad queda muy gravemente afectada cuando se utilizan expresiones insultantes, injuriosas o degradantes, no sólo por la gravedad en sí de las expresiones, dentro de nuestro contexto lingüístico, sino porque constituyen en cierta medida una manera gratuita de lesionar la dignidad: la misma información puede transmitirse sin necesidad de utilizar este tipo de expresiones. El uso de insultos es, por consiguiente, una manera gratuita

e innecesaria de lesionar el honor cuando se transmite una información. Por eso, podemos formular la hipótesis de que cuando se utilizan expresiones insultantes, vejatorias o injuriosas (que simbolizamos como « r »), prevalece el derecho al honor, incluso cuando la información es de relevancia pública. Por eso, para que prevalezca la libertad de información no basta con que concorra « q » (asunto de relevancia pública), sino también que no se usen expresiones insultantes (« $\neg r$ »). Por eso, como refinamiento final de nuestra hipótesis, que da cuenta de todos los casos paradigmáticos, diremos que bajo las circunstancias « $q \wedge \neg r$ » prevalece la opción favorecida por la libertad de información, mientras que si concurre « $\neg q$ » ó « r », prevalece la alternativa respaldada por el derecho al honor. Representamos estas conclusiones en la siguiente matriz:

TABLA 9

Matriz deliberativa del conflicto información-honor (cuarta fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Información (opinión pública)</i>	<i>Honor (dignidad)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	$\dot{?}$ $\dot{?}$
Caso paradigmático A	Alternativa C Alternativa D	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D
Caso paradigmático B	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa F Alternativa E
Caso paradigmático C	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa G Alternativa H
Caso paradigmático D	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I
Hipótesis definitiva Casos A, C	Prevalece C, G bajo « $q \wedge \neg r$ »	Prevalece D, H bajo « $q \wedge \neg r$ »	Información prevalece sobre honor bajo « $q \wedge \neg r$ »
Hipótesis definitiva Caso B	Prevalece E bajo « $\neg q \wedge \neg r$ »	Prevalece F bajo « $\neg q \wedge \neg r$ »	Honor prevalece sobre Información bajo « $\neg q \wedge \neg r$ »
Hipótesis definitiva Caso D	Prevalece I bajo « $q \wedge r$ »	Prevalece J bajo « $q \wedge r$ »	Honor prevalece sobre Información bajo « $q \wedge r$ »

Queda un supuesto posible no ejemplificado por ninguno de los casos aquí expuestos: aquel en que la información carece de relevancia pública y además se utilizan expresiones injuriosas. Este supuesto es fácilmente resoluble con la misma hipótesis (prevalencia del derecho al honor).

Finalmente, en la quinta y última fase del proceso se aplica la mejor hipótesis al caso que debemos resolver. La solución será una u otra en función de

cuáles de las circunstancias «q» y «r» estén presentes o ausentes. Suponiendo que en el caso a decidir la información tenga relevancia pública y no se utilicen expresiones injuriosas, la solución justificada será la de dar prioridad a la libertad de información:

TABLA 10
Matriz deliberativa del conflicto información-honor (quinta fase)

<i>Matriz deliberativa</i>	<i>Información (opinión pública)</i>	<i>Honor (dignidad)</i>	<i>Solución</i>
Caso en disputa («q \wedge \neg r»)	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	Alternativa A Alternativa B

6. CONCLUSIONES

Lo hasta aquí expuesto tan sólo constituye una presentación muy esquemática de la estructura y del funcionamiento de una teoría muy compleja y elaborada que hunde sus raíces en importantes cuestiones filosóficas, a las que no nos podemos referir aquí por razones de espacio pero que constituyen los fundamentos de la concepción coherentista del razonamiento práctico y del modelo deliberativo de resolución de conflictos. No obstante, creo que esta escueta presentación es ya suficiente para poder extraer algunas consideraciones.

La primera de ellas es que a la hora de ofrecer una respuesta o solución justificada a un conflicto entre principios no tenemos por qué necesariamente limitarnos a la teoría del principio de proporcionalidad. Son posibles otras alternativas, como lo demuestra la propuesta de Hurley. Ésta también puede usarse como fundamento teórico-normativo para justificar la corrección de la decisión tomada, punto de gran importancia en sede de colisión entre principios, en los que los elementos en juego son de gran importancia, tanto desde una perspectiva jurídica como extrajurídica.

Sin embargo, al menos hasta el momento no ha quedado excesivamente claro que esta concepción alternativa resulte preferible al principio de proporcionalidad. Parece, por un lado, que desde un punto de vista sustantivo hemos llegado a soluciones idénticas o muy similares a las que hubiéramos llegado también (o a las que, de hecho, los tribunales ya han llegado en sus decisiones) siguiendo las directrices del principio de proporcionalidad. Y por otro lado, la mayor complejidad técnica de la propuesta de Hurley no parece resultar un elemento que la convierta en una alternativa atractiva frente a aquél. Con todo, y como intentaré mostrar, considero que la propuesta deliberativa de Hurley contaría con una importante ventaja frente al principio de proporcionalidad, y

que a la postre resultaría de suma importancia, al menos desde las concepciones de la ponderación que en otro lugar (26) he denominado como «universalistas», y entre las que destacaría la de Alexy.

Como sabemos, para el autor alemán, desde una perspectiva metodológica el resultado del proceso ponderativo es la creación de una relación de precedencia condicionada que establece que, bajo ciertas condiciones o circunstancias C, uno de los principios precede al otro. Esto da pie a la creación de una regla cuyo antecedente o supuesto de hecho son estas circunstancias C, y cuyo consecuente es la consecuencia jurídica del principio prevalente ($C \rightarrow R$). Esto permite, en casos futuros, aplicar subsuntivamente la regla y resolver todos los demás casos iguales (en sus propiedades relevantes) de idéntico modo, y de ahí que pueda calificarse esta concepción como «universalista». Sin embargo, Alexy no dedica demasiada atención a la determinación de las circunstancias o propiedades relevantes (las «circunstancias C»), ni en la *Teoría de los derechos fundamentales* ni en otras posteriores en las que desarrolla el principio de proporcionalidad con gran detalle. El autor siempre insiste en que la ponderación es un mecanismo que no establece relaciones de precedencia absolutas entre los principios en juego, sino que tales precedencias se establecen de forma condicionada, atendiendo a las circunstancias del caso. Por esa razón, en unas circunstancias distintas, la precedencia puede ser la inversa. No obstante, siempre suele hacer referencia a las circunstancias del caso bajo la denominación genérica «circunstancias C», sin entrar en mayores detalles o especificaciones. Con ello da la impresión de que la determinación de cuáles son estas condiciones resulta algo obvio o poco problemático. Sin embargo, las circunstancias C a que continuamente se hace referencia no son *todas* las circunstancias del caso (individual), sino tan sólo las circunstancias *relevantes* [definitorias del caso genérico (27), que ha de ser tal

(26) Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): 179 y sigs.

(27) Resulta de gran importancia diferenciar adecuadamente entre los conceptos de «caso individual» y de «caso genérico», máxime cuando la expresión «caso concreto» puede ser entendida, en función de los diversos autores o incluso de las diversas situaciones, a veces como caso individual y a veces como caso genérico. La distinción es expuesta de manera clara por Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN en su obra *Normative Systems* [véase ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. (1971)]. En palabras de los autores:

«[...] el término “caso” es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso del asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot [...]. Obviamente, la palabra “caso” no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y a un momento determinados. La expresión “el caso de homicidio político” no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones [...]. A fin de eli-

para dar lugar a una regla]. Y la selección de las circunstancias o propiedades relevantes de entre todas las circunstancias del caso obedece a criterios valorativos o normativos. Intentaré ilustrarlo con el siguiente ejemplo: tenemos dos situaciones (casos individuales) de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. En el primero de ellos, un informador comunica una noticia de tal modo que afecta negativamente al honor de una persona, pero esa persona es un simple particular sin proyección pública y la noticia difícilmente puede suscitar el interés de los demás, por afectar a una cuestión privada del afectado (por poner un ejemplo, la noticia podría consistir en decir que el individuo X por lo general no se cambia los calzoncillos en una semana). En el segundo caso, se informa de las supuestas graves irregularidades cometidas en la gestión de fondos públicos por parte de un alcalde. Probablemente, ambos casos individuales compartan un buen número de circunstancias o propiedades en común (así como otro buen número de propiedades serán distintas). Pero de entre todas ellas, resulta que sólo o principalmente una (la relevancia pública de la noticia) es determinante para la determinación de la respuesta a tomar. Muy probablemente, en el primer caso se diría que el grado de importancia en la satisfacción de la libertad de información es muy leve, porque no contribuye a la formación de una opinión pública libre, mientras que en el segundo sería muy importante. Pero es necesario contar con criterios normativos o valorativos para seleccionar cuáles son estas «circunstancias C» que tanta incidencia tienen en la determinación del «peso» de los elementos en conflicto. Y lamentablemente, Alexy pasa por alto esta cuestión. En cambio, el modelo de Hurley, en lugar de hacer una referencia genérica e indeterminada a las «circunstancias del caso», que por sí sola no ofrece ninguna guía para la selección de las propiedades, permite una acotación de lo que podríamos denominar como «propiedades relevantes admisibles», determinadas en función de su aptitud para incidir en las razones que fundamentan las distintas soluciones del caso: en otras palabras, sólo son candidatas a ser propiedades relevantes aquellas que guardan alguna relación o incidencia a la hora de satisfacer o impedir la satisfacción de las razones en pugna. Por tanto, el modelo de Hurley resulta más satisfactorio en cuanto que provee criterios para determinar el marco de aquellas circunstancias o propiedades que pueden resultar relevantes para la resolución del conflicto, en función de su incidencia en las razones que fundamentan cada posible solución del caso.

Por otro lado, además, la teoría de Hurley parece encajar a la perfección con una concepción universalista de la ponderación (como la de Alexy). En

minar la ambigüedad, introduciremos las expresiones “caso individual” y “caso genérico” [ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. (1971): 56].

último término, lo que se pretende con el modelo es *extender* las razones que fundamentan la solución de otros casos a los casos de conflicto que comparten las mismas características. En otras palabras, es una expresión de la idea de que los casos iguales deben ser tratados de la misma manera [como sostiene literalmente la autora: «This is just another way of saying that situations that are relevantly similar in respect of data must be treated consistently in theoretical respects, or, more briefly, that like cases should be treated alike» (28)]. Esta forma de extender de manera consistente las mismas razones que subyacen en determinadas soluciones a otros casos relevantemente iguales consiste precisamente en la elaboración de reglas que correlacionan casos (genéricos —definidos por propiedades—) con soluciones, con lo que la idea subyacente es el modelo universalista de creación de sistemas de reglas que resuelven todos los casos de conflicto.

En conclusión, parece pues que la teoría coherentista de Hurley es una alternativa al principio de proporcionalidad interesante y muy a tener en cuenta de cara a la justificación de las decisiones tomadas en sede de ponderación, sobre todo bajo los parámetros de una concepción universalista de la misma, como lo es, por ejemplo, la de Robert Alexy.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. (1971): *Normative Systems*, Wien, Springer Verlag. Citado por la versión castellana de los propios autores (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALEXY, R. (1986): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am M., Suhrkamp. Citado por la versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002): «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*» (trad. de Carlos BERNAL PULIDO), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, págs. 13-64.
- (2003a): «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Iuris*, núm. 2 (16), págs. 131-140.
- (2003b): «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», en *Ratio Iuris*, núm. 4 (16), págs. 433-449.
- BARNES, J. (1998): «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en BARNES, J. (coord.): *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, INAP, págs. 15-49.

(28) HURLEY, S. L. (1990): 233.

- BERNAL PULIDO, C. (2003a): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2003b): «Estructura y límites de la ponderación», en *Doxa*, núm. 26, págs. 225-238.
- (2006): «La racionalidad de la ponderación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, págs. 51-75.
- BIN, R. (1992): *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- DE DOMINGO, T. (2001): *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FAYOS GARDÓ, A. (2000): *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HURLEY, S. L. (1989): *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York, Oxford University Press.
- (1990): «Coherence, Hypothetical Cases and Precedent», en *Oxford Journal of Legal Studies*, págs. 221-251.
- MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.
- MENDONCA, D. (2003): *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos.
- MORESO, J. J. (2003): «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL, M. (ed.): *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, págs. 99-121.
- O'CALLAGHAN, X. (1991): *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Edersa.
- OLLERO, A. (2000): «La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal», en *Pensamiento y Cultura*, núm. 3, págs. 157-166.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (1999): *Derecho a la información versus derecho al honor*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003): «El juicio de ponderación», en PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, págs. 175-216.
- RAWLS, J. (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- SARAZÁ JIMENA, R. (1995): *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi.

RESUMEN

Usualmente, al pensar en la ponderación como mecanismo para resolver conflictos entre principios, ésta se concibe en los términos del llamado principio de proporcionali-

dad, hasta el punto de que en ocasiones ambos conceptos son tratados como sinónimos. Sin embargo, no existe ningún vínculo necesario o conceptual entre la ponderación y la proporcionalidad, y son posibles otros modelos alternativos. Entre ellos, tiene especial interés el desarrollado por Susan L. Hurley. El artículo intenta mostrar que este modelo puede resultar una alternativa interesante al principio de proporcionalidad y que, al menos en ciertos aspectos que resultan relevantes para poder considerar la ponderación como un mecanismo útil de cara a afrontar situaciones futuras de conflicto, resulta más satisfactorio que dicho principio.

PALABRAS CLAVE: Ponderación. Principios constitucionales. Proporcionalidad. Conflictos normativos.

ABSTRACT

Usually, when thinking about balancing as a method for solving conflicts between principles, it's conceived in terms of the proportionality principle, to the extent that sometimes both concepts are treated as synonyms. Nevertheless, there's no conceptual link between balancing and the proportionality principle, and other alternative methods are possible. Among those, Susan L. Hurley's is especially interesting. This paper tries to show that this model can be an interesting alternative to the proportionality principle and that, at least in certain aspects which are related to the possibility of using the results of the balancing process as guidelines for future situations of conflict, the former is more satisfactory than the latter.

KEY WORDS: Balancing. Constitutional principles. Proportionality. Normative conflicts.