

VARIACIONES METODOLÓGICAS EN EL ANÁLISIS DE CASOS Y JURISPRUDENCIA

DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA

1. Introducción

En la vida cotidiana de la gran mayoría de la población, así como en los medios de comunicación, el interés en cuestiones jurídicas parece estar indisolublemente ligado a los *casos*. Los “grandes” temas generales y abstractos que afectan a los sistemas jurídicos en su conjunto, como por ejemplo si todos los elementos que lo conforman pueden o no reducirse a una única categoría, la noción de validez de las normas jurídicas, la dinámica de los sistemas, la pretensión de autoridad del Derecho, las relaciones entre el Derecho y la moral o la justificación del deber moral de obediencia al Derecho, parecen importar tan sólo a teóricos y filósofos del Derecho. El ciudadano de a pie, en contraste, cuando se interesa por temas jurídicos suele hacerlo, por ejemplo, por cómo se resolverá el proceso judicial contra el inquilino que no le paga la renta del alquiler, o la reclamación que ha interpuesto contra el fabricante de un producto que adquirió y que estaba defectuoso, habiéndole causado una serie de daños, o su recurso contra la última sanción de tráfico recibida, o cuál será la liquidación de impuestos que deberá satisfacer por las rentas del último ejercicio, o qué ocurrirá con el enésimo caso de corrupción política que se ha descubierto recientemente. En todos estos ejemplos el interés se centra en *casos* concretos, no en las propiedades o características que presenta el sistema jurídico en su conjunto, o una parte de éste.

Es evidente que el análisis de los casos puede realizarse desde múltiples perspectivas y puntos de vista. Los “casos” y la jurisprudencia pueden analizarse en términos históricos, sociológicos, políticos, económicos, etc., y cada uno de estos enfoques precisará de la correspondiente metodología adecuada al ámbito de conocimiento y al fin perseguido. Pero ahora sólo nos interesaría centrarnos en cuestiones metodológicas relacionadas con un análisis *jurídico* de los casos. Por “jurídico” me refiero al análisis acerca de si la decisión tomada (o que habría de tomarse) es correcta o *conforme a Derecho*. Se trata, por tanto, de las metodologías acerca de la justificación jurídica de la decisión.

Hasta el momento el término “caso” ha sido mencionado en diversas ocasiones, pero todavía no se ha hecho ninguna definición ni precisión conceptual del mismo. Como es sabido, sobre todo a partir de *Normative Systems* (Alchourrón y Bulygin, 1971), la palabra “caso” adolece de ambigüedad, pudiendo diferenciarse al menos dos sentidos distintos, denominados como *caso genérico* y *caso individual*, respectivamente. Nadie mejor que el propio profesor Bulygin para explicar dicha distinción:

«El término “caso” es ambiguo, tanto en el lenguaje corriente, como en el lenguaje jurídico: así hablamos del caso de atentado político y del caso del ataque a las Torres Gemelas. La palabra “caso” alude aquí, sin embargo, a dos cosas bien distintas. El caso se atentado político está caracterizado por un conjunto de propiedades (un hecho de violencia tendente a causar daños a personas o cosas, producido por razones políticas). El atentado político puede producirse -y, lamentablemente, se produce con

bastante frecuencia- en distintos lugares y en diferentes momentos (la explosión de la Embajada de Israel en Buenos Aires en 1992, el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, un coche bomba colocado por ETA en una calle de Madrid, son todos ejemplos de atentado político). Para despejar esta ambigüedad usaré los términos caso genérico y caso individual. Un caso individual es un evento concreto ubicado en tiempo y espacio, cuyos protagonistas son individuos; un caso genérico es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales» (Bulygin, 2005, p. 32).

Además de las categorías de *caso genérico* y *caso individual*, resulta interesante añadir también la noción de *caso judicial*, introducida por el profesor Pablo E. Navarro (Navarro, 2005). En breve, un caso judicial es un caso individual que es objeto de una controversia o proceso judicial. No todo caso individual es a su vez un caso judicial (por poner un ejemplo, por fortuna tan sólo una ínfima parte del total de los contratos celebrados da lugar a una controversia que acaba en los tribunales), y cabe la posibilidad (teórica, al menos) de que haya casos judiciales que no se correspondan con ningún caso genérico¹. Esta categoría es teórica y metodológicamente relevante (entre otras razones, porque son los casos judiciales los que dan lugar a la jurisprudencia), como se mostrará más adelante.

Los distintos sentidos de “caso” son relevantes a efectos metodológicos, porque en función de en cuál de ellos se centre la atención, la metodología adecuada a utilizar será una u otra. Así, podría hablarse de (al menos) dos enfoques metodológicos distintos, que más que contrapuestos, serían complementarios: 1) Centrando la atención en la noción de *caso genérico*, se optaría por un enfoque metodológico “descendente”, de lo general a lo particular, analizando el sistema jurídico para extraer de él la respuesta a los casos genéricos, y de ahí a los casos individuales; y 2) Centrando la atención en los casos individuales (o mejor, judiciales), la metodología sería “ascendente”, para extraer de los casos individuales o de las controversias judiciales ciertas pautas, elementos y características que nos ayuden a configurar soluciones a casos genéricos.

2. De lo general a lo particular: el modelo de análisis lógico de sistemas normativos de C.E. Alchourrón y E. Bulygin

Una manera de determinar la respuesta jurídica que corresponde a una situación dada consiste en partir de la selección de un conjunto de disposiciones legales que regulan un determinado ámbito que nos interesa, para así determinar, tras el correspondiente proceso de interpretación de tales disposiciones, cuáles son los diferentes casos (genéricos) que este sistema (o subsistema) normativo regula, y qué soluciones asigna a cada uno de dichos casos. De ese modo, en la medida en que todo caso individual es una ejemplificación o manifestación de un caso genérico, la solución que el sistema ofrece a un caso genérico dado resolverá todos los casos individuales posibles que se subsuman

¹ Así ocurriría si llega a plantearse una controversia judicial sobre un asunto relativo a un ámbito no regulado en absoluto por el Derecho, como en el ejemplo hipotético ideado por el profesor chileno Fernando Atria (véase ATRIA, 2002) de una pareja escocesa de recién casados que no se pone de acuerdo respecto del destino del viaje de novios y uno de los cónyuges demanda judicialmente al otro para que el juez obligue a la demandada a acompañar al actor al destino preferido por éste. El sistema normativo correspondiente al universo del discurso sería un conjunto vacío, ya que no contiene normas, ni por tanto casos genéricos.

en el caso genérico (i. e., que presenten las propiedades definitorias del mismo). Se trata de una metodología que opera “de arriba hacia abajo”, partiendo de la reconstrucción de un sistema normativo para determinar las respuestas a los distintos casos genéricos, y con éstas la solución de los casos individuales.

Un ejemplo paradigmático de una propuesta metodológica de este tipo es el modelo de análisis lógico de sistemas normativos desarrollado por los profesores C.E. Alchourrón y E. Bulygin en *Normative Systems* (Alchourrón y Bulygin, 1971), todo un ejemplo de precisión y rigor analítico, gracias a las aportaciones que ofrecen la filosofía del lenguaje y el análisis lógico aplicados al ámbito jurídico. Una exposición del modelo, incluso muy esquemática, excedería ampliamente los límites de este trabajo, aunque puede destacarse que el mismo respondería perfectamente al enfoque aludido: tras una delimitación del ámbito del análisis (mediante el concepto de “universo del discurso”), se selecciona el material jurídico relevante para dicho universo, y tras su interpretación (para lo cual se requiere de alguna teoría normativa de la interpretación jurídica) se determina el conjunto de propiedades o circunstancias cuya presencia o ausencia es tomada en consideración por el sistema para atribuir una u otra solución (el “universo de propiedades”), así como las acciones o comportamientos deónticamente regulados por el sistema (el “universo de acciones”). El conjunto de todas las combinaciones posibles de la presencia o ausencia de los elementos del universo de propiedades configura el “universo de casos”, que no es sino el conjunto de todos los casos genéricos posibles de ese sistema normativo. Las normas de dicho sistema determinan cómo la presencia o ausencia de las propiedades del universo de propiedades se conectan con las calificaciones deónticas de las distintas acciones reguladas, de modo que es posible determinar qué solución corresponde (si es que corresponde alguna, pues puede haber lagunas normativas) a todos y cada uno de los casos genéricos posibles. En la medida en que cualquier caso individual posible del universo del discurso es subsumible en uno y sólo uno de los casos genéricos, este análisis permite determinar cuál es la solución jurídica de cualquier caso individual (siempre que el sistema proporcione una solución al caso genérico). Partiendo del análisis más abstracto y general se llega a la respuesta jurídica del caso individual examinado.

Los profesores argentinos ilustran el funcionamiento del modelo mediante el ejemplo, ya famoso en la teoría jurídica de orientación analítica, del universo del discurso consistente en la transmisión de bienes inmuebles a un tercero por parte de quien no era el legítimo titular del mismo (Alchourrón y Bulygin, 1971, Cap. I). Partiendo de las disposiciones del (viejo) código civil argentino relativas a esta cuestión, los autores señalan que existen tres propiedades relevantes: la buena fe del adquirente (y su ausencia, esto es, la mala fe), la buena fe del enajenante (y su ausencia), y el título oneroso de la transmisión (y su ausencia, es decir, la transmisión a título gratuito). Esto implica que existen ocho casos genéricos posibles en el universo de casos (combinaciones de presencia o ausencia de propiedades): 1) buena fe del adquirente, buena fe del enajenante y título oneroso; 2) mala fe del adquirente, buena fe del enajenante, y título oneroso; y así sucesivamente hasta la octava combinación. El sistema regula una única acción: la de restituir el inmueble al legítimo titular, que en función de las circunstancias (propiedades relevantes antes indicadas) puede estar calificada como obligatoria o como facultativa. La interpretación de los preceptos del código civil argentino en términos de correlaciones entre propiedades o combinaciones de propiedades y soluciones (calificaciones deónticas de la acción de restituir) permite determinar la respuesta jurídica a cada uno de los casos genéricos posibles. Como cualquier caso individual será subsumible en un

(y sólo un) caso genérico, el análisis permite determinar la respuesta a cualquier caso individual de este universo del discurso.

En la medida que este modelo permite determinar con precisión la respuesta que ofrece el sistema a cada caso genérico, su utilidad resulta indiscutible. No obstante, no siempre es suficiente para proporcionar la respuesta correcta a los casos individuales o judiciales que se plantean (si bien conviene resaltar que si ello es así no es por un problema del modelo metodológico en sí, sino por algún defecto del propio sistema normativo). Por ejemplo, puede ocurrir que exista una laguna normativa, esto es, que el caso genérico (y por ende los casos individuales subsumibles en aquél) no esté correlacionado por el sistema con ninguna solución. O puede que exista una antinomia, cuando el mismo caso es correlacionado por soluciones distintas y lógicamente incompatibles (por ejemplo, prohibiendo y permitiendo un mismo comportamiento). En estas situaciones, se precisan otros modelos metodológicos y argumentativos para ofrecer una respuesta justificada. Dichos modelos, a diferencia del anterior, centran la atención en el caso individual o judicial para extraer después a partir de ellos consecuencias generales (sobre esta cuestión se insistirá más adelante).

Por otro lado, es importante destacar que la respuesta que el sistema ofrece al caso genérico (y por ende individual) no siempre coincide con la respuesta correcta al caso judicial. Es decir, pueden plantearse situaciones en la que la respuesta correcta al caso judicial sea *distinta* a la del caso genérico, de modo que resolver el caso judicial aplicando la solución que el sistema otorga al caso genérico se pueda considerar jurídicamente incorrecto. Esto muestra la relevancia teórica del concepto de ‘caso judicial’². Un caso judicial involucra la intervención de un aparato institucional (la administración de justicia, u órganos con funciones similares de la administración pública), lo que conlleva la aplicación de todo un conjunto de normas de tipo procesal, o dicho en términos de Hart, de *reglas secundarias de adjudicación* (véase Hart, 1994, pp. 96 ss). Pueden encontrarse múltiples ejemplos de discordancia entre la respuesta que el sistema establece para el caso genérico/individual y la respuesta correcta al caso judicial correspondiente. Lo que sigue es sólo una pequeña ilustración. La mayoría (por no decir la totalidad) de ordenamientos jurídicos establecen la obligación del deudor en un contrato de compraventa de pagar el precio de la cosa vendida, y otorgan al vendedor una acción judicial para reclamar dicho pago en caso de incumplimiento. En un caso judicial en el que el acreedor reclama al deudor el pago, la solución al caso individual está claramente determinada, pero aún así puede ocurrir que la solución correcta del caso judicial sea otra: por ejemplo, si ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción, o si se ha interpuesto la demanda ante un órgano judicial que no tiene la competencia para conocer del asunto, o si el acree-

² Este concepto fue introducido por el profesor argentino Pablo E. Navarro para hacer frente a la crítica del profesor chileno Fernando Atria (en ATRIA 2002, 2005a y 2005b) a la idea positivista de que los jueces gozan de discreción en los casos de laguna normativa. Según Atria, no es cierto que exista discreción en los casos de laguna, o dicho de otro modo, existe una respuesta correcta a pesar de que se presente una laguna normativa. Para ello utiliza el ejemplo hipotético de una pareja escocesa de recién casados que no se pone de acuerdo en el destino del viaje nupcial, en el que el conflicto llega al punto de que uno de sus miembros demanda judicialmente al otro para que el juez condene a la otra parte a viajar al destino preferido por el demandante. Dado que el derecho escocés (como probablemente cualquier otro) no contiene normas que regulen las cuestiones relativas al destino del viaje nupcial, existe una laguna, pero no habría discreción judicial porque el juez sólo puede tomar una decisión jurídicamente correcta: rechazar la demanda. Navarro responde (véase NAVARRO, 2005) que en la posición de Atria se entremezclan distintas cuestiones conceptuales que deben ser debidamente distinguidas, para lo cual introduce la noción de ‘caso judicial’ como categoría distinta a la de ‘caso individual’. La tesis de fondo es que puede no existir una respuesta correcta para el caso individual a pesar de que ésta sí exista para el caso judicial (que exista o no es una cuestión contingente de cada sistema jurídico).

dor no consigue acreditar la existencia del contrato y de la deuda, etc. O imaginemos el caso en que una deuda ha sido ya previamente satisfecha pero a pesar de ello el acreedor demanda al deudor por impago, aportando la documentación que acredita la existencia del contrato y la cuantía de la deuda, y el deudor no tiene manera de acreditar que ésta ya ha sido liquidada. O el caso, no infrecuente, de que la acusación en un proceso penal no consiga acreditar que el acusado cometió el delito (pese a que lo cometió realmente). En todos estos ejemplos, y en muchísimos más, la respuesta correcta del caso individual y del caso judicial son divergentes.

3. De lo particular a lo general. Del ‘caso concreto’ a las soluciones generales. La ponderación en los conflictos entre principios

Algunos de los problemas de los sistemas normativos, tales como las lagunas o las antinomias, muestran que no siempre basta con seguir una metodología “descendente”, partiendo del análisis del sistema normativo, para hallar la solución correcta o justificada para el caso, ya sea éste individual o judicial.

El modelo de Alchourrón y Bulygin es especialmente apto para detectar lagunas o antinomias, pero no proporciona (ni es su cometido hacerlo) una metodología normativa para resolverlos, y así determinar una respuesta correcta o justificada a los mismos. Las metodologías o modelos argumentativos para hacer frente a estas situaciones y proporcionar una respuesta correcta o justificada suelen tener en común el hecho de partir del “caso concreto” (usualmente un caso judicial, en el que resulta necesario ofrecer una respuesta y el juez no puede rehuir sus obligaciones alegando que el sistema no ofrece una solución unívoca y determinada), para extraer de éste elementos, aspectos o propiedades que permitan justificar una solución o respuesta genérica, tanto para el caso judicial bajo examen como para todos aquellos otros casos (individuales y/o judiciales) que sean iguales en sus aspectos relevantes.

En los casos de laguna normativa, por ejemplo, suele recurrirse a esquemas argumentativos como la analogía, el argumento *a fortiori* o el razonamiento *a contrario sensu*. En todos ellos se centra la atención en el caso individual o judicial, es decir, en “los hechos del caso concreto” para extraer de entre las múltiples y variadas características y circunstancias que presentan, aquellas que se estiman especialmente importantes o relevantes, por su similitud o disimilitud con otros casos genéricos regulados por el sistema, y por su (in)compatibilidad o (des)ajuste con la *ratio* o las finalidades perseguidas por estas otras normas, para así justificar la solución del caso de forma análoga o contraria a otros casos genéricos. Lo destacable es que, para la justificación de la respuesta dada al caso individual o judicial planteado, las razones deben ser extrapolables a cualesquiera otros casos individuales/judiciales que presenten las mismas propiedades, características o circunstancias estimadas como relevantes. Es decir, se trata en suma de *crear y justificar* una norma que dé respuesta al caso genérico del que el caso individual/judicial es una ejemplificación o manifestación.

En el supuesto de las antinomias o contradicciones normativas, a primera vista el asunto parece más sencillo debido a la existencia de una larga tradición jurídica de criterios como el jerárquico (*lex superior*), el cronológico (*lex posterior*) o el de especialidad (*lex specialis*). Sin embargo, como bien explica Norberto Bobbio (véase Bobbio, 1964), tales criterios resultan insuficientes en muchas ocasiones, ya sea por resultar inaplicables

al no concurrir los requisitos necesarios para su aplicación, o porque la aplicación de diversos criterios aplicables da lugar a resultados incompatibles (las denominadas ‘antinomias de segundo grado’).

Pero quisiera centrar la atención en unos supuestos de conflicto o colisión normativa especialmente relevantes y que han centrado el interés de los teóricos en las últimas décadas: los conflictos entre principios. A partir del impulso de la obra de autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy, parece haberse generalizado la asunción de que nuestros ordenamientos jurídicos contienen fundamentalmente dos categorías diferentes e irreductibles de normas: las reglas y los principios jurídicos. Pese a las distintas concepciones teóricas de éstos últimos, existiría un consenso bastante amplio en que los preceptos constitucionales sustantivos tales como los derechos fundamentales, los valores constitucionales o los bienes constitucionalmente protegidos corresponderían a la categoría de los principios. No resulta infrecuente que, bajo determinadas circunstancias, distintos principios que en abstracto parecen perfectamente compatibles entren en colisión, en el sentido de que cada uno de ellos respaldaría una solución distinta e incompatible del “caso concreto”. Por ejemplo, el ejercicio de la libertad de expresión o información de un periodista puede lesionar el honor o la intimidad de la persona respecto de la cual se informa o se valora su comportamiento; o ciertas prácticas en principio amparadas por la libertad religiosa (como por ejemplo la circuncisión de niños pequeños) podrían afectar a la integridad física o la salud. Parece existir un amplio consenso entre los teóricos del derecho acerca de los tres aspectos centrales o definitorios de este tipo de situaciones: 1) Los elementos que entran en conflicto son principios, y no reglas; 2) El conflicto o colisión se plantea en el “caso concreto”, debido a las “circunstancias del caso”, y no porque exista una contradicción o incompatibilidad en abstracto entre los principios afectados; y 3) Los clásicos criterios de resolución de antinomias no son adecuados para resolver estos conflictos, no sólo porque en la gran mayoría de casos no sean aplicables, sino porque aun siéndolo, *no deberían* ser aplicados. La respuesta a los conflictos requiere de otro mecanismo, metodología o procedimiento adecuado, usualmente denominado ‘ponderación’ o ‘balance de principios’.

Aunque esta concepción “estándar” no está exenta de problemas (sobre este punto, véase Martínez Zorrilla, 2007), no entraré en esta cuestión, y se asumirá por hipótesis como adecuada. Lo que más nos interesa para los fines de este trabajo es el mecanismo de la ponderación en sí. Sin duda, uno de los autores que más y mejor ha contribuido al desarrollo teórico de la ponderación es Robert Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 1986) y en obras posteriores. Partiendo de la idea intuitiva de que en estas situaciones hay que “ponderar” o “poner en la balanza” los distintos principios en juego para determinar cuál “pesa” más en las circunstancias del caso, el profesor alemán desarrolla un sofisticado modelo teórico y metodológico para intentar ofrecer rigor en la determinación y justificación de la respuesta al conflicto. El esquema sigue la línea “ascendente” aquí indicada: a partir del análisis del “caso concreto” (individual o -habitualmente- judicial), se intentan extraer de éste aquellas circunstancias, propiedades o elementos que se estiman como relevantes para ofrecer y justificar una solución, no sólo al caso individual o judicial entre manos, sino también a cualesquiera otras situaciones de conflicto entre los mismos principios que compartan las mismas circunstancias o propiedades relevantes. Esto es, la ponderación no sólo ofrecería una respuesta al caso individual de conflicto, sino que justificaría la creación de una *regla* que resuelve un *caso genérico*. Como afirma el propio Alexy, “Si el principio P_i , bajo las circunstancias C ,

precede al principio P_2 : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene C como supuesto de hecho y R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ " (Alexy 1986, p. 94). En consecuencia, se resolvería no sólo el caso judicial objeto de examen, sino cualesquiera otros casos individuales en los que se manifiesten las circunstancias C , que define un caso genérico³.

Desde el punto de vista conceptual, la ponderación establece que una decisión estará justificada si y sólo si satisface el requisito de la proporcionalidad, esto es, si el sacrificio o lesión impuesto a uno de los principios es inferior (o al menos no superior) al grado de satisfacción del otro. Desde el punto de vista estrictamente metodológico, Alexy configura el proceso ponderativo como una sucesión de tres etapas consecutivas: 1) el análisis de la *adecuación* o *idoneidad*; 2) el análisis de la *necesidad*; y 3) el análisis de la *proporcionalidad en sentido estricto*. En primer lugar, ha de verificarse que la decisión que se propone es adecuada o idónea para la satisfacción de un fin constitucionalmente legítimo (lo que será lo más habitual si estamos hablando del ejercicio de un derecho). En segundo lugar, debe analizarse si es una medida necesaria, en el sentido de que no existan alternativas menos gravosas que resulten como mínimo igual de efectivas. Si se satisfacen los dos requisitos anteriores, se procede al valorar la proporcionalidad en sentido estricto, en la que se analizan los niveles de satisfacción y de lesión o menoscabo de los principios afectados, para comparar las alternativas y comprobar si la satisfacción de uno de los principios supera la lesión del otro (en cuyo caso la decisión estará justificada, no estándolo en caso contrario). En el *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 2002) y en obras posteriores, el profesor alemán desarrolla un modelo cuasimatemático de la proporcionalidad en sentido estricto, que permite atribuir un valor numérico a las magnitudes de lesión y satisfacción de los principios implicados, para así poderlos comparar de manera precisa.

La de Alexy no es, sin embargo, la única propuesta teórica de un modelo para ofrecer respuestas a los casos de conflicto entre principios. En este ámbito merece atención también el modelo propuesto por la filósofa Susan L. Hurley para resolver los conflictos tanto en el ámbito moral como en el jurídico (de manera general, en Hurley 1989; centrado en el ámbito jurídico, Hurley 1990), y que en algunos aspectos podría incluso resultar preferible al de Alexy (sobre esta cuestión, véase Martínez Zorrilla 2009). Se trata de un modelo que se inserta en la concepción filosófica más general del *coherentismo*. Según dicha concepción, el objetivo de la deliberación práctica es la elaboración de la "mejor teoría posible" para guiar la toma de decisiones en el ámbito de la razón práctica (que incluye tanto la moral como el derecho). La decisión justificada en cada caso será aquella que resulte coherente o favorecida por dicha "mejor teoría". En la propuesta de la autora, además, cobra especial relevancia el concepto de 'caso paradigmático' (*settled case*). Un caso (individual) adquiere el estatus de 'paradigmático' cuando la respuesta al mismo aglutina un amplio consenso entre la comunidad de expertos o especialistas en ese ámbito acerca de su corrección. Si nos referimos a un ámbito jurídico, adquiere relevancia no sólo el consenso entre los juristas, sino también un aspecto institucional, el de la jurisprudencia, especialmente si ésta es de obligado seguimiento (como ocurre

³ Un ejemplo, a partir de la reconstrucción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre los casos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, es que la primera prevalecerá sobre el segundo cuando concurren las circunstancias siguientes: que la información sea veraz (diligencia en la verificación y contrastación de las fuentes), que sea de relevancia pública (por ejemplo, por referirse a las actividades de un cargo público en el ejercicio de sus funciones), y que no se utilicen expresiones injuriosas, insultantes o vejatorias. En cualesquiera otras circunstancias, prevalecerá el derecho al honor del afectado.

con la de muchas cortes constitucionales, o con el *precedent* anglosajón). Es decir, un caso puede resultar paradigmático no sólo por el consenso generado por las razones que fundamentan la respuesta, sino también por consideraciones de tipo institucional. Por otro lado, como afirma la autora, no es imprescindible que se trate de casos “reales”, ya que pueden ser hipotéticos (experimentos mentales), siempre que las razones para fundamentar la respuesta generen un amplio consenso acerca de su corrección, que es el aspecto relevante. De nuevo, el esquema general sigue siendo de tipo “ascendente”, pues el objeto de centrar la atención en uno o varios casos paradigmáticos (individuales o judiciales) sirve no sólo para dar una respuesta al caso individual/judicial entre manos, sino para justificar la misma respuesta a cualquier otro que comparta las mismas características o propiedades relevantes (caso genérico).

En concreto, Hurley presenta un modelo dividido en cinco etapas sucesivas, para la elaboración de la teoría y la determinación y justificación de la respuesta (en la medida en que resulte favorecida por la teoría). Para facilitar el seguimiento del modelo de manera ordenada, la autora propone una “matriz deliberativa” (*deliberative matrix*) que se irá completando a medida que se superen las diversas etapas. En esta breve presentación, no obstante, prescindiremos de ella por motivos de brevedad.

1) 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 (principios jurídicos, en este caso) relevantes que se aplican a cada una de ellas y cómo éstas ordenan las alternativas en conflicto.

Si tomamos el ejemplo de la posibilidad de publicar una noticia que afecta gravemente al honor, buena imagen y proyección pública de una persona, las razones serían, por un lado, la libertad informativa, y del otro, el derecho al honor. Cada una de ellas favorece una determinada respuesta (la permisión y la prohibición de la publicación de la noticia, respectivamente).

2) La segunda etapa consiste en un examen más detenido de las razones en juego, para determinar más el propósito, cometido o fundamento (las llamadas “razones subyacentes”) de cada razón, con el fin de ayudarnos a determinar mejor la importancia que tiene cada una de las razones en el caso que decidir.

Por lo que respecta a la libertad de información, el Tribunal Constitucional español ha afirmado reiteradamente que ésta tiene su fundamento en la formación de una opinión pública libre, pilar básico de una sociedad democrática. Ello requiere que todos puedan expresar libremente ideas y opiniones, así como informarse sin limitaciones ni censuras de los hechos acontecidos.

Por lo que respecta al derecho al honor, resultaría más discutible o problemática 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. Tan sólo como hipótesis a efectos del ejemplo, situaremos el fundamento del derecho al honor en la dignidad.

3) En la tercera etapa se toman en consideración distintos casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, en los que se plantee un conflicto entre las mismas razones y haya un amplio consenso sobre la solución correcta. A efectos del ejemplo consideraremos que contamos con los siguientes (hipotéticos):

a) Se informa acerca de que el ministro de fomento aprobó la concesión de las

obras del nuevo aeropuerto a una empresa a cambio de una millonaria comisión. En este supuesto, se considera que debe prevalecer la libertad de información porque se trata de hechos de gran relevancia para la opinión pública.

b) Se informa acerca de ciertas actividades de una persona de relevancia pública (por ejemplo, ese mismo 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 sólo se cambia de ropa interior una vez al mes). En este supuesto prevalece 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) Se informa de la actividad de una persona anónima 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) Se informa de que un funcionario público en el ejercicio de su cargo ha cometido determinadas ilegalidades, pero se comunica la noticia de tal manera que se utilizan muchos insultos y descalificativos injuriosos para con el afectado, lesionando de un modo extremadamente grave su imagen y proyección pública. En este supuesto, se considera que tiene mayor importancia la protección del honor del afectado.

4) La cuarta etapa es 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 propiedades de tales casos son las que contribuyen a incrementar o disminuir el «peso» de cada una de las razones en conflicto en relación con las demás.

Cada hipótesis o teoría identifica ciertas circunstancias o propiedades y les atribuye relevancia para determinar un cierto resultado. Se trata de contrastar cada una de las hipótesis con distintos casos paradigmáticos (en principio, cuantos más, mejor), para comprobar si ofrecen una resolución satisfactoria del caso. Si la hipótesis es insatisfactoria (no da adecuada cuenta de los casos paradigmáticos), es abandonada. El objetivo es encontrar la mejor teoría posible, es decir, aquella hipótesis que mejor reconstruya y sea más compatible con nuestras intuiciones plasmadas en la resolución de los distintos casos paradigmáticos.

En nuestro ejemplo podríamos decir que la hipótesis más coherente con los distintos casos paradigmáticos es aquella que establece que cuando el *asunto* del que se informa (y no meramente la *persona*) sea de relevancia pública y no se utilice lenguaje injurioso, prevalece la libertad de información, mientras que prevalecerá el derecho al honor en caso contrario.

5) En la quinta y última etapa, se determinan las consecuencias que la mejor de las hipótesis obtenidas supone para el caso individual o judicial 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).

Si el caso individual/judicial presenta las circunstancias de informar de un asunto de relevancia pública y no se utiliza lenguaje injurioso, prevalecerá la libertad informativa y le permitirá la publicación, mientras que en caso contrario prevalecerá el derecho al honor del afectado (se prohibirá a publicación o se tomarán medidas para restituir el perjuicio causado).

4. Conclusiones

Se ha intentado poner de manifiesto que existen destacables diferencias metodológicas en función de si el foco de interés se sitúa en la respuesta a los casos genéricos, o bien en la de los casos individuales o judiciales. Si se trata de lo primero, se suele utilizar una metodología “descendente” en la que el análisis se centra en el sistema normativo, para a partir de éste llegar después al caso individual. Un magnífico ejemplo de una metodología de este tipo es el modelo desarrollado por Alchourrón y Bulygin. En determinados supuestos, no obstante, el análisis de los sistemas normativos no nos ofrece una respuesta para el caso individual o judicial a resolver, por lo que resultan necesarias otras metodologías (más que opuestas, complementarias a la anterior) de tipo “ascendente”, en las que se parte de las circunstancias del caso concreto a decidir para justificar una respuesta no sólo al mismo, sino al caso genérico que comparta las mismas propiedades relevantes. Un ejemplo destacado de la necesidad de estas metodologías es el de los conflictos entre principios, cuyo análisis ha dado lugar a propuestas metodológicas tan interesantes como el principio de proporcionalidad de Alexy o el modelo coherentista de Hurley.

Bibliografía

- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (1971): *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag.
- Alexy, R. (1986): *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp. Citado por la traducción castellana de E. Garzón Valdés (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002): “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, pp. 13-64,
- Atria, F. (2002): *On Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishers.
- (2005a): “Sobre las lagunas”, en Atria, F., Bulygin, E. *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, pp. 15-27.
- (2005b): “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, en Atria, F., Bulygin, E. *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, pp. 45-71.
- Bobbio, N. (1964): “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en Bobbio, N (1990): *Contribución a la teoría del derecho* (ed. a cargo de A. Ruiz Miguel), Madrid: Debate, pp. 339-354.
- Bulygin, E. (2005): “Creación y aplicación del derecho”, en Atria, F., Bulygin, E. *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, pp. 29-44.
- Hart, H.L.A (1994): *The Concept of Law (2nd edition with Postscript)*, Oxford: Clarendon Press.
- 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*, pp. 221-251.
- Martínez Zorrilla, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2009): “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº86, pp. 119-144.
- Navarro, P.E. (2005): “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”, en Atria, F., Bulygin, E. *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, pp. 87-101.