

UTILIDAD Y AUTONOMÍA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

ABSTRACT

This paper argues that utilitarianism has resources to understand the role of legal reasoning in backing judgements autonomously from moral reasoning. It replies a lecture Joseph Raz previously published in *Télos*, which suggested that since some options are incommensurate in value judges sometimes cannot decide on moral grounds, so that the role of legal reasoning to rule out personal preferences in those decisions cannot be recognized by utilitarianism. The paper debates some of Raz's assumptions, even confronting them with ideas expressed elsewhere by Raz himself about incommensurability, law's authority and institutional systems. It points out that avoiding arbitrariness is itself a value, so that the options favoured by legal doctrine are also the ones an utilitarian judge should chose if no other can be assessed as better. Moreover, utilitarians are not necessarily blind when examining legal justification from an internal point of view.

En un artículo publicado en el número II/1 de esta misma revista, Joseph Raz sugería que la suposición de que todas las opciones involucradas en una decisión son conmensurables en cuanto a su valor moral, suposición típicamente atribuida al utilitarismo, incapacita a éste para reconocer al razonamiento jurídico la relativa autonomía que posee respecto al razonamiento moral, la cual se manifiesta precisamente cuando las opciones en juego son inconmensurables en términos de valor y por tanto la moralidad no puede intervenir como guía de la elección (Raz,

1993). A continuación voy a ampliar brevemente esa tesis de Raz y a dar mi opinión sobre algunos aspectos de la misma que me parecen poco perfilados, y sobre otros que creo necesitados de corrección. El telón de fondo de estas observaciones será la suposición de que el utilitarismo sí tiene recursos para apreciar el poder del razonamiento jurídico para fundamentar juicios sin ayuda del razonamiento moral.

1. La hipótesis de Raz. Recordemos las ideas principales del artículo mencionado. Siempre que el utilitarismo estándar contempla una elección o decisión afirma que sólo hay una opción moralmente correcta, puesto que cree que algo es valioso en tanto que realiza un único valor (por ejemplo, la satisfacción de preferencias), y en esta medida toda opción ha de ser comparativamente mejor o igual que otra. Por tanto este utilitarismo entiende que toda decisión judicial puede y debe justificarse moralmente, con dos consideraciones: tal justificación no dependerá siempre directamente de la moralidad de la ley aplicada (pues en virtud de la doctrina de la separación de poderes y de la autoridad del legislador es posible que la aplicación de una ley moralmente defectuosa tenga respaldo moral); y ha de tratarse de una justificación relativa al contenido de la decisión, salvo precisamente que se alegue la legitimidad moral de la autoridad que promulgó la ley aplicada. Por el contrario, para este utilitarismo la doctrina jurídica no proporciona una razón justificatoria independiente del contenido, de modo que cuando los jueces tienen que decidir sin apoyarse en leyes promulgadas por autoridades legítimas (esto es, en los supuestos de lagunas legales y en aquellos casos en que los jueces están autorizados para modificar o rechazar la ley), la solución depende exclusivamente de la comparación de los valores morales de las opciones.

Raz acepta que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral, de suerte que siempre que haya criterios morales para preferir una opción a otra, asume que la corrección del razonamiento jurídico depende estrechamente de que sea defendible moralmente. Pero objeta que no siempre hay criterios morales para preferir una opción a otra, ya que a veces los valores en juego son inconmensurables, y por ello hay algunas decisiones judiciales que no pueden justificarse moralmente. Es cierto que las razones morales y de otro tipo intervienen más en las decisiones políticas que en las particulares (pues el objetivo es maximizar la satisfacción del mayor número posible de individuos; se precisa coordinar las acciones de muchos sujetos y ello ha de hacerse de modo equitativo; han de protegerse las expectativas creadas...); pero, con todo, hay situaciones en las que no existe ninguna razón para favorecer una opción sobre otra ya que

colisionan valores irreductibles. En tales casos *podiera ser* inaceptable que el juez se guiase por sus gustos personales, ya que a diferencia de los particulares, el juez actúa como una institución que cumple un papel de confianza (además, su decisión tiene capacidad para determinar obligaciones morales). Si es así, necesitamos un sistema artificial de razonamiento que evite la arbitrariedad, y en este sentido la doctrina jurídica puede tener un papel autónomo como razón justificatoria: «las razones doctrinales, las razones de sistema, la simplicidad local y la coherencia local, deben ceder siempre ante las consideraciones morales cuando entran en conflicto con ellas. Pero tienen un papel que jugar cuando la razón natural es insuficiente» (Raz, 1993: 97¹).

La sugerencia de Raz está expresada en un lenguaje borroso, quizás con la intención de conservar la tesis central aunque sea cuestionada una parte de los presupuestos que contiene. Resaltaré algunos de ellos; *a)* la corrección moral de una decisión depende del peso de los valores que realiza; *b)* el razonamiento moral decide cuál de dos opciones en conflicto es correcta cuando su valor es conmensurable; *c)* si *todas* las opciones en conflicto son conmensurables en valor, entonces el razonamiento jurídico es *siempre* un supuesto de razonamiento moral; *d)* el pluralismo de valores desemboca ineludiblemente en la inconmensurabilidad de opciones; *e)* las decisiones judiciales que aplican una ley inmoral legítimamente promulgada *pueden* estar justificadas en virtud de la autoridad del legislador, pero pueden no estarlo (Raz no aclara cuándo la autoridad del legislador proporciona el respaldo moral suficiente como para exceptuar el reproche moral basado en el contenido de la decisión, pero da a entender que hay razones utilitaristas que explican el papel justificatorio de la autoridad)².

¹ Aunque localizaré las citas por referencia a la versión publicada en Τέλος, me tomo la libertad de alterar la traducción cuando entiendo que por erratas u otras circunstancias difiere del original.

² Otros presupuestos introducidos incidentalmente por Raz (1993: 93-94) no afectan directamente a nuestro tema, por lo que los dejaré de lado: *f)* una decisión estatal no puede basarse en una preferencia simple, como ocurre con muchas decisiones particulares, sino que «debe basarse en un intento de dar a todos lo más posible de lo que ellos quieren», lo cual es una cuestión moral; *g)* los esquemas de coordinación social «no deberían exigir a algunos que contribuyan más de su parte justa, mientras que a otros se les permite evadirse con menos»; *h)* «una vez que están fijados los esquemas legales, la gente está legitimada para esperar que sean cumplidos e impuestos por las instituciones jurídicas». Digamos sólo que la idea de que existe una *contribución justa (fair share)* que todo esquema de coordinación social ha de respetar (*g*), o de que una vez aprobado éste es legítimo esperar que se cumpla con independencia de su contenido (*h*), casan mal con la interpretación agregativa del criterio de maximización utilitarista que parece apoyar el primero de estos tres presupuestos (*f*).

2. El trasfondo de la hipótesis. Los presupuestos enumerados arriba no son ciertamente lugares comunes, por lo que haré unas observaciones sobre ellos.

a) *La corrección moral de una opción depende del peso de los valores que realiza.* Como la corrección moral puede provenir de fuentes variadas, tanto sustantivas como formales, para aceptar este primer presupuesto hay que asumir que dichos valores pueden ser de signo muy diverso (lo cual por otra parte allana el camino para la posterior afirmación de que los valores son plurales e incommensurables). Raz nos ofrece ejemplos de esta diversidad cuando incluye entre ellos tanto valores ligados al contenido de la decisión como valores que la decisión realiza en virtud de su origen. Entre estos últimos su artículo destaca el valor vinculado a la legitimación del legislador para favorecer esa decisión, el cual el utilitarismo reconoce; y el valor vinculado a la correspondencia de dicha decisión con la doctrina jurídica (esto es, el valor de su coherencia con otras decisiones judiciales), el cual en cambio a su juicio el utilitarismo no reconoce. Pero la variedad de fuentes de valor posibles es amplísima: que la decisión sea susceptible de obtener la aprobación de todos los afectados por ella —y no sólo por representantes electos—, que sea consensuada de hecho, que respete ciertas reglas de la lógica, que no se haya tomado bajo la presión de intereses coyunturales, que se hayan podido evaluar previamente todas las alternativas, que tenga relevancia instrumental para favorecer un valor previamente reconocido, etc, etc.

Para que el utilitarismo sirva de método de elección moral mediante la comparación de los valores relativos de las opciones ha de estar abierto a la consideración de muy diversos valores y ser capaz de reconducirlos todos ellos a un valor supremo que pueda servir de árbitro. Esta capacidad es lo que está en discusión, pero quisiera advertir que el hecho de la pluralidad de valores no convierte la empresa en imposible: el utilitarismo ofrece candidatos que bien pudieran constituir ese valor-árbitro buscado; por ejemplo, la satisfacción de deseos informados. En cualquier caso, lo cierto es que entre los valores que se presentan ante el utilitarista para ser comparados los hay que tienen que ver con los aspectos formales de la decisión mucho más que con sus aspectos sustantivos o de contenido, pese a que son estos últimos los que suelen asociarse al cómputo utilitarista. Por tanto, la clave del éxito del utilitarismo en su pretensión de seleccionar las opciones comparativamente mejores está en que sea capaz de dar el adecuado peso a los valores de carácter formal, que sin embargo no parecen fáciles de detectar a través del

cauce que el utilitarismo suele usar para reconocer los valores, a saber: la expresión personal de preferencias y deseos. En virtud de esta dificultad hay que reconocer que es muy pequeña la probabilidad de que el utilitarismo sea efectivamente capaz de comparar adecuadamente todos los valores como pretende, y por tanto posiblemente haya que coincidir con Raz en que hay opciones inconmensurables entre las que el utilitarismo no tiene recursos para elegir. Pero repito que no puede descartarse de antemano que el utilitarista logra su pretensión, y así pudiera ser que quien expresa deseos *informados* tiene debidamente en cuenta en ellos la calidad formal de las opciones que prefiere y no sólo su contenido, de suerte que la comparación de tales deseos informados satisface perfectamente la comparación universal de los valores que exigíamos al cómputo utilitarista. En este caso, por supuesto, el utilitarista tendría que explicitar el proceso de formación de tales deseos informados y justificar su carácter normativo, pero ese problema de fundamentación, con ser serio, no tiene que ver con el problema de la posibilidad de la conmensurabilidad de valores que nos ocupa aquí.

b) El razonamiento moral decide cuál de dos opciones en conflicto es correcta cuando su valor es conmensurable. Este segundo presupuesto parece asumir que el razonamiento moral se limita a escoger entre opciones con un valor previamente incorporado. Tal premisa se ajusta tal vez a la estrategia utilitarista, pero no así a otros enfoques morales. En efecto, ocurre que el propio razonamiento moral puede ser una fuente de valor de las decisiones, de modo que en realidad no haya una elección entre opciones a través de dicho razonamiento, sino que éste determina por sí mismo el valor de las decisiones alternativas y en este proceso identifica la opción moralmente preferible. Por ejemplo, supongamos que nuestro método otorga preferencia moral a las decisiones universalizables; en este caso, el razonamiento moral que permite afirmar que una decisión es universalizable la dota de un valor comparativamente superior a otras decisiones que no lo son. Pero no se trata de que el razonamiento moral reconozca en dicha decisión ese valor superior y por tanto la prefiera a otras, sino que es precisamente ese mismo razonamiento el que le otorgó el valor. Mientras que el razonamiento moral utilitarista compara los valores que ya antes de la comparación tienen las opciones en función de las consecuencias que producen, y prefiere unas a otras según las consecuencias que considera deseables, en cambio otros modos de razonamiento moral no pueden proceder mediante una comparación de valores porque no reconocen ningún valor previo al otorgado por el propio razonamiento (en cierto modo también la elección utilita-

rista otorga a la opción preferida un valor añadido, el valor de la mayor utilidad, pero no cabe duda de que escoge entre valores previos, mientras que el criterio de la universalización no reconoce valor a las opciones antes de que el razonamiento muestre su carácter universalizable). Por tanto, la idea de la conmensurabilidad de valores tal como se aplica en el razonamiento utilitarista no es trasladable sin más al conjunto del razonamiento moral.

En la medida en que Raz maneja un vocabulario y una imagen del razonamiento moral de entronque utilitarista tal vez se ocultan a su análisis otros modos de aproximarse al fenómeno moral; en particular, aquellos que conciben el valor como un producto de las circunstancias (conexiones sistemáticas, procedimiento...) en lugar de como un producto de los sentimientos. Esto explicaría por qué Raz entiende que un juez que deba decidir sin apoyo legal entre opciones en las que no está en juego un valor comparativamente superior encontrará que no hay una solución moralmente preferible. La causa está en que hace depender la solución moral de la contribución consecuencialista de cada opción a la realización de los valores deseables. Y recordemos que esta consideración es lo que a su vez le sirve de apoyo para atribuir al razonamiento jurídico cierta autonomía respecto del razonamiento moral, sobre la base de que aquél interviene para impedir la arbitrariedad del juez en casos como el mencionado en los que el razonamiento moral resulta ser inaplicable. Pero entonces Raz permite que pase desapercibido un punto fundamental: evitar la arbitrariedad del juez es en sí mismo un valor de primer orden, que condiciona fuertemente la selección de la decisión más correcta. Por este motivo el juez que cuenta con *razones* para decidir en un sentido y no en otro está obligado moralmente a decidir del modo indicado por dichas razones (doctrinales o de otro tipo). Así pues, si el razonamiento jurídico apoya una opción entre varias legalmente posibles no se dará el caso de ausencia de guía moral planteado por Raz, en el cual el juez puede elegir entre varias opciones buenas pero ninguna mejor que otra; antes al contrario, si el apoyo doctrinal inclina la balanza en favor de una solución concreta ésta será más valiosa y consiguientemente, siguiendo el esquema de Raz, la moralmente correcta.

Lo que quería apuntar es que tal vez el hecho de que Raz no compute la interdicción de la arbitrariedad judicial como un valor —el cual se añade a los otros valores que pueda tener la opción doctrinalmente preferida— no se debe a un olvido o a un descuido, sino más bien a que su aproximación a la moralidad es de signo utilitarista. Tal vez cuando Raz piensa en los valores

que el juez debe sopesar para tomar su decisión no está pensando en todos los valores que el juez puede tomar en consideración, sino que piensa en los valores sustantivos que las personas suelen favorecer con sus preferencias, y que son los que el utilitarismo suele tener en cuenta en las comparaciones que patrocina. En definitiva, tal vez Raz está atrapado por la propia perspectiva utilitarista que quiere corregir, lo cual le lleva a excluir la doctrina jurídica de entre las razones que el utilitarista debe considerar en su evaluación moral. Sin embargo, hay un detalle que pone en cuestión esta interpretación, y que me servirá después como apoyo para argumentar a favor de la utilidad de la dogmática jurídica: y es que Raz aporta razones utilitaristas para justificar la adopción de la solución doctrinal. Esto, junto a la afirmación expresa de que hay razones utilitaristas para justificar la imposición de una ley promulgada por la autoridad legítima, indica que Raz no está cegado por una interpretación utilitarista que sólo aprecia valor moral en los contenidos de las resoluciones judiciales, sino que está abierto al reconocimiento del valor moral de las formas. Pero entonces, ¿por qué no reconocer que una opción es más valiosa en la medida en que respeta la doctrina jurídica?

c) Si todas las opciones en conflicto son conmensurables en valor, entonces el razonamiento jurídico es siempre un supuesto de razonamiento moral. Según Raz sólo podemos aprobar un razonamiento jurídico si la decisión que recomienda es defendible por criterios morales aplicables al caso, los cuales existirán si y sólo si las opciones son conmensurables en valor, de manera que si es el caso —cosa que él niega— que todas las opciones son conmensurables en valor, entonces el razonamiento jurídico siempre es un tipo de razonamiento moral. Ahora bien, la premisa de este argumento puede ser cuestionada mostrando que el razonamiento jurídico es susceptible de aprobación con independencia de la calidad moral del resultado que produzca. En tal caso no sólo afirmaríamos con Raz que cuando *no* hay criterios morales aplicables (por ser las opciones en juego inconmensurables en valor) el razonamiento jurídico tiene un papel autónomo respecto de la moral, sino que diríamos más: incluso habiendo criterios morales aplicables, el razonamiento jurídico tiene valor autónomo y su justificación no está supeditada totalmente al acuerdo con ellos.

Aquí son necesarias nuevas matizaciones. Creo que debemos asumir que el razonamiento jurídico está supeditado al razonamiento moral en un sentido importante: este último debe tener la última palabra en cuanto razón para actuar. Entendido así, es ade-

cuado decir que «si llegar a la decisión a la que llegó no es moralmente justificable entonces [el tribunal] llegó a una decisión a la que no debería haber llegado» (Raz, 1993: 86). Una decisión jurídicamente correcta pero injusta es una decisión en último término incorrecta, que el juez moralmente debe evitar. Ahora bien, recordemos que entre las razones morales que el juez ha de tener en cuenta figuran también la autoridad del legislador y acaso también la exigencia de coherencia doctrinal. Por tanto en definitiva el dilema del juez se dulcifica: una decisión materialmente injusta (digamos, una condena de prisión a un objetor de conciencia «sobrevenido» que se niega a reincorporarse al servicio militar) *puede* ser justificada moralmente con arreglo a criterios de legitimidad (ha sido un parlamento legítimamente constituido quien ha dispuesto esa consecuencia jurídica, y el juez no tiene autoridad para dejar de aplicarla) y de racionalidad (la existencia del sistema jurídico depende de que se respeten las normas que lo rigen y que dicho respeto sea lo más uniforme posible, con la posibilidad de recurso en caso contrario). En cualquier caso, lo cierto es que «en último término un tribunal *tiene que* justificar la moralidad de su decisión» (Raz, 1993: 86, cursivas mías). Finalmente, el razonamiento jurídico emplea recursos muy semejantes a los del razonamiento moral, y ha sido presentado como un razonamiento moral institucionalizado, de forma que también en este sentido puede aceptarse que es una parte de él.

No obstante, creo que las notas que apuntan a un enfoque de la argumentación jurídica como una subespecie de la argumentación moral, sometida a lo que ella pueda finalmente resolver, no llegan a explicar plenamente su significado. Desde luego esto es justamente lo que quiere mostrar Raz, pero él lo hace poniendo de relieve que la argumentación jurídica es posible también cuando no lo es la argumentación moral, mientras que la objeción que estoy considerando sugiere que puede haber una argumentación jurídica válida aunque lleve a resultados moralmente incorrectos. Si esto fuera así y fuera asumido por el utilitarismo, éste lograría el reconocimiento del valor de la doctrina jurídica que Raz le niega. El problema planteado se aprecia quizás mejor con un ejemplo: supongamos que un juez condena a prisión a un objetor sobrevenido aplicando debidamente la ley, y supongamos que una comparación utilitarista de los valores en litigio dictamina que la condena es exageradamente dura: ¿diríamos entonces que al utilitarista no le es posible justificar la decisión del juez? Antes de responder recordemos que en la comparación de los valores en juego el utilitarista ha computado la autoridad del legislador, de modo que si reconoce justificación a la condena no es por razón de dicha autoridad (dicho de otro

modo, si el resultado de la comparación desaconseja la condena del objetor será porque la utilidad representada por los valores violentados es mayor que la que proporcionan la autoridad del legislador y los demás valores afirmados —incluyendo las preferencias externas de los militaristas en el caso de que nuestro utilitarista las tenga en cuenta—. Pues bien, no me parece que la respuesta tenga que ser necesariamente negativa. El utilitarista no está condicionado a negar al razonamiento jurídico un valor justificatorio intrínseco independiente del valor moral que pueda tener³. Atenerse al razonamiento jurídico proporciona al juez una justificación intrasistémica que el utilitarista puede perfectamente reconocer. Del juez del caso anterior, el utilitarista puede opinar que ha obrado mal desde el punto de vista moral (utilitarista), pero que estaba justificado. Es cierto que lo considera justificado desde un punto de vista diferente y de menor perentoriedad, el jurídico, pero en definitiva reconoce que no actuó irracional o arbitrariamente. Así pues, el utilitarista puede dar cuenta del peso específico de la argumentación jurídica.

A esta incorporación de la justificación doctrinal en el marco del utilitarismo por vía no moral cabría replicarle que siempre que el utilitarismo aprecia valor en algo lo hace en virtud de su utilidad o valor moral. Siendo así, no es acertado decir que el utilitarista aprecia el valor específico de la argumentación jurídica al margen de su valor moral, porque si carece de éste el utilitarista no podrá reconocerle ningún valor en absoluto. Sin embargo a esta réplica podríamos responder que el utilitarista no tiene por qué aplicar su estrategia de razonamiento moral a toda su interpretación del mundo. Puede limitar el empleo de un enfoque comparativo de valores para identificar las categorías morales (bueno/malo, correcto/incorrecto, justo/injusto, etc.), acudiendo en cambio a otros métodos para obtener y evaluar otros tipos de conocimiento, tales como la predicción de sucesos naturales, la interpretación de objetos de arte o, para el caso, la obtención de la sentencia más adecuada a Derecho. Cuando Raz encuadra el razonamiento jurídico en el moral lo contrasta con los razonamientos científicos o técnicos, cuya justificación moral no les afecta. Pero tal vez el contraste esté mal traído: es cierto que la justificación última de la argumentación jurídica pasa por su corrección moral, en el sentido (filosófico) de que sólo ésta puede dotar de justificación *última*; pero hay otro sentido (técnico) de justificación del razonamiento jurídico que no se ve

³ Que el razonamiento jurídico tiene valor moral es el postulado utilitarista que sirve más directamente al propósito de explicar la función justificatoria de la doctrina jurídica, y me ocuparé de él en el tercer apartado.

afectado por la corrección moral, del mismo modo que la justificación científica no se ve afectada por el sentido técnico de la justificación (pero sí acaso por su sentido *último* filosófico-moral: pensemos en un investigador que después de hacer cálculos serios concluye que la única manera de detener la progresión de cierta enfermedad es matar ahora mismo a los portadores del virus que la produce, ¿no negaremos la justificación de tal conclusión, del mismo modo que el utilitarista del ejemplo anterior negaba la justificación de la condena del objetor, pese a que tanto la conclusión científica como la sentencia judicial estén técnicamente fundamentadas?). En fin, si, como parece razonable, el utilitarista está autorizado para efectuar una división del trabajo en la identificación de criterios justificatorios de los razonamientos, bien puede admitir y explicar la función justificatoria no-moral de la argumentación jurídica.

d) El pluralismo de valores desemboca ineludiblemente en la inconmensurabilidad de opciones. En la ponencia publicada en Τέλος, Raz se limita a enunciar esta idea, que declara no poder desarrollar allí, aunque añade que el pluralismo de valores está reconocido por la mayoría de los filósofos, y que las elecciones entre valores distintos —entre sus ejemplos están los placeres del paladar y los refinamientos del arte— son con bastante frecuencia inconmensurables. En un trabajo anterior era más explícito. Allí (Raz 1986) partía del hecho de que a veces las personas niegan que dos opciones determinadas puedan ser comparadas y basándose en ello presumía la existencia de inconmensurabilidades significativas. Tras desmenuzar algunas objeciones de principio que podrían plantearse a la idea de la inconmensurabilidad, concluía que o bien están equivocadas o bien se sostienen sólo por un prejuicio a favor de la conmensurabilidad. Precizando su comprensión de la inconmensurabilidad, Raz (1986) considera que dos opciones A y B son inconmensurables o incomparables en sentido estricto si es falso que una de ellas sea mejor que la otra o que sean de igual valor; pero en sentido lato también si no es ni verdadero ni falso por ser su valor indeterminado. No es lo mismo considerar que A y B son inconmensurables que estimarlas de igual valor⁴. En cambio sí podemos equi-

⁴ Pues por un lado lo segundo implica que pudieron compararse, y por otro lado la igualdad implica una transitividad que la inconmensurabilidad no posee. En efecto, supongamos que B es mejor que C: en este caso si A y B son de igual valor, A será también mejor que C; mientras que por el contrario si A y B son incomparables no podemos decir que A sea mejor que C. Por eso si queremos conocer las opiniones sobre C de un sujeto que expresa preferencias sobre A/C y A/B no podemos proceder a una deducción desatendiendo sus razones.

parar la inconmensurabilidad por indeterminación con la igualdad aproximada de valor cuando es indiferente qué opción se escoja (una vez descartada una interpretación de *igualdad aproximada* que implique comparación): si A y B son inconmensurables es que son aproximadamente de igual valor, salvo que se trate de una elección significativa (por ejemplo, qué carrera estudiar), en cuyo caso no cabe la indiferencia.

A juicio de Raz (1986) hay al menos tres fuentes de inconmensurabilidad: la dificultad de medir un valor compuesto por diversos criterios cuando no está clara la contribución de cada uno de ellos; la vaguedad del lenguaje; y la inconmensurabilidad de los juicios de probabilidad de los que las valoraciones suelen depender (pues el valor de una opción se determina a menudo por la probabilidad de que produzca ciertos efectos). En la medida en que nuestro conocimiento limitado de las razones a favor y en contra de las opciones nos permite establecerlo, y a tenor de lo que afirma la gente, hay inconmensurabilidades significativas, y esto es todo lo que importa para el razonamiento práctico. Que las personas acaben eligiendo entre opciones que declararon incomparables o que dejen de considerarlas así con el tiempo no significa que podamos despreciar sus declaraciones originales. Y concluye: no cabe pensar que el pensamiento de que a veces dos opciones son inconmensurables esté completamente equivocado.

Por mi parte, creo que la existencia de inconmensurabilidades significativas es una posibilidad con la que efectivamente hay que contar. Sospecho que un estudio radical de las implicaciones pragmáticas de las creencias en principio conflictivas, tanto en el pensamiento práctico de un individuo como en el seno de una comunidad, permitiría disolver algunos de los supuestos conflictos, y que en el proceso comprobaríamos que entre opciones que nos parecen inconmensurables reconocemos en el fondo una diferencia real de valor. Pero se trata sólo de una sospecha; y de confirmación prácticamente imposible, ya que para ser fiable ese estudio radical debería estar rodeado de garantías absolutas de imparcialidad, conocimiento y racionalidad. En tanto que este estudio potencial no se actualiza y nos alerta sobre nuestra comparación implícita entre opciones que declaramos inconmensurables, y en la medida en que nos dejen resquicios para ello los (limitados) estudios pragmáticos sobre valoraciones a los que hoy por hoy les concedamos plausibilidad, hemos de aceptar que tras las declaraciones de inconmensurabilidad de los sujetos implicados en la evaluación de opciones hay una inconmensurabilidad cierta. Sin llegar a la contundencia de

la afirmación de Raz, yo también creo que no hay razón para sostener que el pensamiento de que a veces dos opciones son inconmensurables esté completamente equivocado.

A mi juicio la inconmensurabilidad de dos opciones puede ser de dos tipos: en el primero el procedimiento de evaluación empleado (es decir, la perspectiva metodológica con la que examinamos el valor de las opciones) no permite reconducir los valores enfrentados a un tercer valor que haga posible el arbitraje; en el segundo ambas opciones se han evaluado con procedimientos distintos y en sí mismos inconmensurables. Ampliaré someramente esta clasificación aplicándola a nuestra discusión sobre el utilitarismo.

De acuerdo con el primer tipo de inconmensurabilidad identificado, el utilitarismo se ve afectado por ella si no logra comparar todas las opciones por referencia a un único valor. Como estamos examinando esta cuestión en un plano sumamente abstracto, podemos alegar que esa reducción uniformadora es posible a través de alguna de las formas supremas de valor que los utilitaristas han propuesto, entre las que quizá destaca por su fuerza intuitiva la noción de *deseos informados* ya considerada. En este plano de abstracción podríamos discutir los problemas que presenta esa noción y también volver sobre su capacidad de integrar a la vez los que he llamado valores formales y materiales de las opciones. Esta discusión nos llevaría posiblemente a un callejón sin salida. Por un lado hay opciones cuyo valor los individuos son incapaces de comparar, y no cabe duda de que en el intento analizan sus deseos, por lo que habría que concluir con Raz que hay opciones inconmensurables. Pero por otro lado la previsión de que los deseos que han de servir de punto de comparación sean *informados* sugiere que precisamos ir más allá de la interpretación que los propios sujetos hacen de sus deseos, y quizás al hacerlo descubramos que *en el fondo* desean más una opción que otra supuestamente inconmensurable con ella (y aquí podríamos apuntar que una forma de deseo informado es aquel que tiene en cuenta todas sus implicaciones pragmáticas). Dicho esto, creo que si descendemos del plano de la abstracción al plano de la realidad estaremos mucho más cerca de la intuición de Raz que de la defensa de la conmensurabilidad. A mi parecer ya la pretensión fundamental del utilitarismo de que los valores son comparables cuantitativamente, si bien puede sostenerse teóricamente para fundamentar un método moral, es en su vertiente práctica bastante ilusoria. Si por conmensurabilidad entendemos posibilidad de jerarquizar los valores, entonces reitero mis sospechas de que en muchos casos —insisto que quizá

no en todos— existe en la práctica también allí donde es negada; pero si por conmensurabilidad entendemos, con ánimo utilitarista, posibilidad de *medir* los valores a efectos de computar su peso relativo, entonces estoy convencido de que en la práctica no existe.

El segundo tipo de inconmensurabilidad que distinguí consistía en que las opciones alternativas se evalúan con procedimientos distintos y en sí mismos inconmensurables. Es difícil asegurar que dos procedimientos de evaluación son inconmensurables, pues siempre habrá quien estime mejor uno que otro; así que esta explicación de la inconmensurabilidad de opciones es también, por desgracia, tentativa. Sin embargo trataré de ilustrarla con un ejemplo que pudiera ser realmente un caso de este tipo: el contraste entre evaluación utilitarista (en la que una opción se valora en función de su contribución a, digamos, satisfacer deseos informados) y evaluación basada en principios (en la que una opción se valora según, digamos, satisfaga o no derechos previos inalienables). Asumiré que ambos enfoques pueden llegar a valorar de distinto modo una misma alternativa, por ejemplo un tiranicidio (aclarar esto exigiría una extensísima discusión, y tengo que conformarme aquí con señalar que el utilitarismo agregativo es en último término consustancialmente refractario a aplicar rígidamente derechos, pese a ser receptivo al reconocimiento de derechos en principio). Pues bien, supongamos ahora que un individuo tiene que optar entre dos alternativas, una de las cuales debe prevalecer desde la óptica utilitarista y otra desde la *deontológica* (por emplear un término comúnmente asociado a la ética basada en principios). Un ejemplo podría ser el conocido dilema entre torturar o no a un terrorista para que revele dónde colocó la bomba que amenaza con matar a un número elevado de personas, donde la duda estará entre el hipotético consejo utilitarista de torturarlo y la prohibición de violar derechos fundamentales. El dilema es peliagudo, e irresoluble si se confirma que ambas alternativas son inconmensurables. ¿Lo son? Ya digo que siempre habrá quien prefiera una a otra —personalmente simpatizo con la perspectiva de los derechos—, pero también hay indicios de inconmensurabilidad en el hecho de que la polémica entre ambos *paradigmas* persiste tozudamente. Hay un ambicioso intento de compararlos a través de examen psicológico del desarrollo moral, a raíz del cual Kohlberg concluye que la reflexión moral basada en principios es superior; pero no puede decirse que su análisis sea concluyente, tanto porque es en sí mismo polémico como porque está basado en la evolución empírica del razonamiento moral en los individuos (supone que los sujetos reconocen la superioridad de nue-

vos modos de razonar a los que tienen acceso y como consecuencia de ello reemplazan progresivamente los que manejaban), y es un hecho que muchos utilitaristas no sienten la tentación de *traspasar* su nivel de razonamiento en pos del guiado por principios, pese a que comprenden éste perfectamente.

e) *Las decisiones judiciales que aplican una ley inmoral legítimamente promulgada pueden estar justificadas en virtud de la autoridad del legislador, pero pueden no estarlo.* El efecto de la autoridad del legislador sobre la moralidad de las decisiones que aplican la ley es sin duda un objeto de estudio complejo y discutido. Por eso se me excusará si no lo trato aquí con la atención que se merece, máxime cuando Raz lo despacha en su artículo diciendo que no encuentra convincentes los argumentos de quienes —menciona a Hart y Lyons— han negado que el utilitarismo pueda tener una doctrina coherente sobre la autoridad (Raz 1993: 88). Lo que me sorprende es que Raz aparezca aquí como defensor de una justificación utilitarista indirecta de una decisión mediante el recurso a la autoridad del Derecho que la ampara. Me sorprende porque, si lo he entendido bien, Raz se ha mostrado contrario a reconocer en el Derecho una autoridad que pueda fundamentar por sí misma la obediencia a sus mandatos.

En efecto, en su libro *The Authority of Law* deja sentado con claridad que «no hay obligación de obedecer el Derecho incluso en una sociedad buena cuyo sistema jurídico es justo» (Raz 1979: 233). Su tesis es que si bien a menudo lo ordenado por el Derecho coincide con lo que debe hacerse y por lo tanto en tales casos debe obedecerse el Derecho, no obstante la razón de la obediencia no es nunca el simple dato de que el Derecho la exija. Raz no niega que haya razones *prudenciales* para obedecer, ni que sea bastante *probable* que haya deber moral de obedecer lo que el Derecho ordena, ni que haya razones para *confiar* en que un sistema jurídico en general justo producirá leyes concretas que hay obligación moral de obedecer. Incluso afirma que si un individuo respeta el Derecho por lealtad hacia su sociedad, esta actitud constituye por sí misma una razón para su obediencia (Raz 1979: 251 ss.). Pero en definitiva Raz mantiene que no hay razón moral para reconocer autoridad al Derecho. En efecto, si bien hay un deber moral de colaborar en los esquemas de cooperación social que el Derecho establece y mantiene (disponiendo sanciones para motivar a quienes de otro modo no contribuirían y diseñando de modo abierto y público dicho esquema y la contribución de cada uno), este deber existe en la medida en que la cooperación existe de hecho y con independencia del papel instrumental del Derecho en ella.

Con este enfoque de la autoridad del Derecho parece difícil explicar que la legitimidad del legislador pueda proporcionar al utilitarista una justificación independiente del contenido para aquellas decisiones que se apoyan en leyes válidas. Porque si el Derecho no es por sí mismo fuente del deber moral de obediencia, el hecho de que una decisión esté respaldada jurídicamente no significa que tenga mayor valor que otra que no lo esté, de modo que la elección utilitarista entre ambas habrá de guiarse por otros parámetros que sí aporten valor (básicamente, si no exclusivamente, por la consideración de las consecuencias que producirán). Para reconocer a la ley legítimamente promulgada una función justificatoria seguramente habría que reconsiderar la respuesta que *The Authority of Law* da a la obligación de obedecer el Derecho.

3. Posible refutación de la hipótesis. Veamos ahora por fin la posibilidad de explicar el papel de la dogmática jurídica con argumentos utilitaristas. Raz sorprendentemente no considera seriamente esta vía, pese a que él mismo expone argumentos que la apoyan. Como vimos, Raz cree que hay momentos en los que el utilitarismo no puede aconsejar al juez (pues ni los valores en litigio son commensurables ni hay una norma autorizada que dirima la disputa), de modo que si éste acude a la doctrina jurídica para resolver, en lugar de guiarse por su gusto personal, no es porque el utilitarismo así se lo exija. Y sin embargo el propio Raz recoge al vuelo unas ideas que claramente suponen una fundamentación utilitarista del empleo de la doctrina jurídica allí cuando no hay norma aplicable (o cuando el juez está autorizado para desoirla, que es el otro caso de ausencia de expectativas que ofrece como banco de pruebas del utilitarismo estándar). En efecto, nos dice: incluso cuando la decisión indicada por el razonamiento doctrinal no coincida con la moralmente correcta (debe entenderse que en cuanto a su contenido), «la práctica establecida de seguir el razonamiento doctrinal puede generar expectativas razonables, que sería moralmente correcto respetar. Finalmente, existe lo que he llamado en otro lugar el dilema de la reforma parcial, es decir, el peligro de que al reformar algunas reglas legales, a la vez que se dejan intactas otras reglas afines igualmente deficientes, sea peor el remedio que la enfermedad». (Raz, 1993: 89). Así pues, cabe pensar que una decisión cuyo contenido la haría moralmente incorrecta (siempre con valoración utilitarista) sea sin embargo moralmente correcta porque respeta expectativas preexistentes o preserva la unidad del sistema jurídico.

Vemos entonces que en realidad el utilitarismo no deja desamparado al juez que ante una laguna legal (la cual impide acudir al argumento de la autoridad del legislador) no puede justificar su decisión en la utilidad comparativa del contenido material de las soluciones alternativas. Por el contrario, el utilitarismo le ofrece una argumentación que respalda la elección de la alternativa favorecida doctrinalmente, en virtud de la utilidad comparativa de su contenido formal. Esta utilidad formal añadida tiene desde luego una repercusión moral, puesto que entrará en el cómputo del valor de las opciones en disputa (hasta el punto de que será el valor decisivo cuando los demás valores sean inconmensurables, como ocurre en las hipótesis planteadas por Raz). Por tanto el juez que resuelve una laguna legal con criterios doctrinales podrá justificar su decisión con una moral utilitarista.

Además del valor de respetar las expectativas creadas y del valor de preservar la unidad del sistema jurídico, cabe señalar otros valores que se realizan si el juez se atiene a las recomendaciones doctrinales en lugar de dejarse llevar por sus preferencias personales. El principal de ellos, ya apuntado, es probablemente la coherencia personal, exigida a su vez por la racionalidad. Sería moralmente incorrecto ser arbitrario. Máxime cuando la autoridad del juez para decidir proviene de la confianza pública en la jurisdicción como sede institucional de la resolución de conflictos con criterios jurídicos, como bien subraya Raz. Si la congruencia entre las propias afirmaciones es requisito *sine qua non* de la racionalidad (de modo que toda desviación ha de ser identificada y justificada), también los órganos de una institución deben procurar la congruencia de sus afirmaciones con las que hacen otros órganos de la misma.

La aparición de expectativas en los sistemas jurídicos, las cuales sirven de guía de conducta a los ciudadanos, es un fenómeno cuyo origen ha sido cuidadosamente estudiado por el propio Raz en su libro *Razón práctica y normas*. Los sistemas jurídicos, como sistemas institucionalizados que son —nos dice—, poseen *órganos primarios aplicadores de normas*, que son «instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos concretos, a las cuales [los cuales en la trad. cit.] se exige que ejerzan esos poderes aplicando normas existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes aun cuando son incorrectas» (Raz, 1990: 156). Por tanto los sistemas jurídicos poseen instituciones con autoridad para resolver disputas, la cual deriva del acatamiento de normas previas pero no desaparece tan pronto como tales normas son aplicadas de modo erróneo. Frente a ellos, los

sistemas de discreción absoluta carecen de una aplicación institucional de normas, y en ellos los tribunales «han de tomar siempre la decisión que piensen que es la mejor sobre la base de todas las razones válidas». En sistemas así un individuo no cuenta con ninguna guía para actuar basada en el conocimiento de qué derechos le serían reconocidos en caso de disputa. Por el contrario, en los sistemas institucionalizados los órganos encargados de valorar las conductas se basan para ello en normas pre-existentes dirigidas a los ciudadanos, de modo que éstos pueden guiar su conducta tanto por dichas normas como por la expectativa de que los jueces también las seguirán cuando interpreten sus actuaciones. Hay aquí por lo tanto un punto de vista interno de valoración, y así el punto de vista jurídico evalúa las conductas estrictamente con arreglo al Derecho aplicable, con independencia de la opinión del juzgador sobre su corrección moral. Esta opinión sólo interviene en el punto de vista jurídico en la medida en que el Derecho autoriza al juzgador para seguirla. Dicho de otro modo, «los órganos primarios son instituciones que deben actuar sobre la base de ciertas razones con exclusión de todas las demás» (Raz, 1990: 164); de suerte que podemos identificar las normas pertenecientes a los sistemas institucionales en función de que los órganos de aplicación las consideren *razones excluyentes*.

La conocida imagen del punto de vista jurídico nos va a proporcionar una clave para comprender la competencia del utilitarismo al explicar la función del razonamiento doctrinal. Como advierte Raz (1990: 165), «los jueces que juzgan a un hombre desde el punto de vista jurídico no niegan necesariamente la validez de otras razones que tengan que ver con su acción», por lo que «considera[n] a la vez su juicio como basado en una apreciación parcial de las razones válidas y como justificatorio de su acción». Esta justificación proviene de que se rigen por razones excluyentes de modo que éstas pueden no ser válidas teniendo en cuenta el conjunto de las razones aplicables al caso. «El sentido mismo de las razones excluyentes es el evitar entrar en problemas de peso por medio de la exclusión de las razones excluidas sin prestar atención al peso de las mismas. (...) Su función es eludir la comparación lineal de razones y crear una estratificación distinta junto a la estratificación ordinaria» (Raz, 1990: 237). Este aspecto de los sistemas jurídicos se matiza por efecto de su carácter abierto —una de las tres características que Raz advierte en ellos, junto a su pretensión de autoridad para regular cualquier tipo de conducta y para imponerse a cualquier otro sistema institucional coexistente en la misma comunidad—, pues «contienen normas cuyo propósito es dar fuerza vinculante den-

tro del sistema a normas que no pertenecen a él» (Raz, 1990: 177). Por tanto pertenecen a los sistemas jurídicos tanto las normas que habitualmente los órganos primarios consideran razones excluyentes como aquellas adoptadas coyunturalmente. Por esta vía, supongamos, pueden entrar las razones morales en la calificación jurídica de una acción cuando el Derecho no ofrece una solución directa pero ordena al juez que resuelva según la moralidad y no según su capricho.

Lo primero que podemos observar es que a tenor de lo expuesto parece que, al entender de Raz, el utilitarismo concibe el papel de los jueces como si actuasen en un sistema de discreción absoluta, puesto que subordina la calificación positiva de su decisión a que se ajuste a la decisión recomendada por el razonamiento moral (utilitarista). Por oposición, Raz arguye que ante la imposibilidad del razonamiento moral cobra vida autónoma el razonamiento jurídico como fuente de justificación, lo cual el utilitarismo estándar es incapaz de explicar. Sin embargo hemos detectado dos posibles explicaciones utilitaristas de la autonomía justificatoria del razonamiento jurídico: la más genuinamente utilitarista muestra el valor intrínseco de la dogmática jurídica, que debe consecuentemente pesar a favor de la opción favorecida por ella; la otra explicación apuntada supone que el utilitarista está en condiciones de apreciar la fuerza justificatoria de la argumentación jurídica en cuanto que reconoce que el Derecho es un sistema normativo autosuficiente. La primera explicación vendría a sugerir que seguir las razones que el sistema jurídico considera excluyentes hace más probable actuar en correspondencia con las razones válidas. La segunda explicación contrasta con la presentación que Raz hace del utilitarismo. No creo que el utilitarismo esté comprometido con los sistemas de discreción absoluta, porque puede aplicar su enfoque moral a las normas y seguidamente respetar la obligación que tienen los órganos aplicadores de seguir el razonamiento reglado por ellas (y por la propia lógica del razonar). Siendo así, el utilitarista está en condiciones de reconocer en las decisiones judiciales la justificación derivada de su procedencia institucional, y no sólo la derivada de su utilidad (en la que por lo demás se computa también la utilidad proporcionada por dicha procedencia institucional). En fin, no creo que el utilitarista haya de ser ciego respecto al llamado punto de vista jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- RAZ, JOSEPH (1979) *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- (1986) «Value incommensurability: some preliminaries», *Proceedings of the Aristotelian Society* 86 (1985-86) 117-137.
- (1990) *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Trad. J. Ruiz Manero. Publ. orig. *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, 1990 (2.^a ed.; 1.^a London: Hutchinson, 1975).
- (1993) «Incommensurabilidad y razonamiento jurídico» *Télos* II/1 (1993) 85-98. Trad. de María Elósegui. Se trata de la ponencia que con el título «Incommensurability and Legal Reasoning» presentó su autor al II Congreso Iberoamericano de Estudios Utilitaristas, celebrado en Granada los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1992.