

UNA DEFENSA DEL CONSECUENCIALISMO EN EL DERECHO¹

JOXERRAMON BENGOETXEA
Universidad del País Vasco, Donostia

ABSTRACT

The main idea of this paper is the reiteration of a common sense truth concerning the appeal of the Courts of Justice to consequentialistic arguments when making judicial decisions and even, in some cases, when justifying a judicial decision.

There is an attempt here to verify it by means of some instances. The author also tries to explain and analyse it from a Philosophy of Law that has an analytical and sociological basis.

A difference is noted between two different meanings of *consequences*, a) consequences as a structural element of rules and b) consequences relating to the predictable effects of judicial decisions.

The author uses consequences in the second sense and takes into consideration how they work along the different stages of judicial decisions-making.

¹ Agradezco a los profesores Atienza (Alicante), Ezquiaga (UPV, Donostia), Igartua (UPV, Donostia), Jara (Granada) y Mendez (Complutense, Madrid) por sus valiosos comentarios. Deseo agradecer igualmente a la profesora Barrere de Donostia por su ayuda en la preparación de este trabajo, y a los profesores Escamilla, Jiménez, López Calera y Saavedra de Granada y a la profesora Guisán por sus comentarios a lo que fue el embrión de este trabajo, que fue presentado como ponencia en el II Congreso Internacional de la Sociedad Utilitarista Iberoamericana celebrado en Granada en Noviembre de 1992. A pesar de toda esta ayuda, sigo siendo responsable de los defectos que, seguramente, perseveran.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS COMO ARGUMENTOS JURÍDICOS
- III. ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS Y ACCIÓN SOCIAL
- IV. LA FORMA DE LOS ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS
- V. TIPOS DE CONSECUENCIAS
- VI. EL ATAQUE AL CONSECUENCIALISMO
- VII. LA DEFENSA DEL CONSECUENCIALISMO
- VIII. CONCLUSIÓN
- IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca dentro de una investigación más general sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, el Tribunal de Justicia), del que me he venido ocupando desde mi tesis doctoral sobre la justificación jurídica de dicho tribunal (Bengoetxea; 1993), y, más concretamente, desarrolla uno de los temas que, sólo de pasada, figuraba en dicha tesis, es decir, la elección y justificación de decisiones judiciales en función de las consecuencias a las que llevarían dichas decisiones. En el presente trabajo el discurso se desarrolla en un plano teórico explicativo sobre el papel de las consecuencias en general en el razonamiento jurídico.

La mayoría de los ejemplos se han extraído del Tribunal de Justicia, por ser éste el Tribunal que suscita mi mayor interés, pero el discurso, pienso, sería extensible a otros tribunales de otras jurisdicciones. Otros ejemplos se han extraído de la familia del *Common law*, por contar esta gran familia con una tradición jurídica que, de manera manifiesta, niega la relevancia del razonamiento consecuencialista en el derecho, especialmente en lo que se refiere a la interpretación de la ley o *statutory interpretation* (Cross; 1976: passim, Edward y Lane; 1991: 30). Por ello al aportar ejemplos de jurisdicciones del *Common law* que recurren a razonamientos consecuencialistas se está aportando una prueba importante sobre la relevancia de este tipo de razonamientos.

La idea principal del presente trabajo probablemente no sea más que la reiteración de un tópico: que los tribunales, de hecho, recurren a razonamientos consecuencialistas en el proceso de la toma de la decisión judicial, e incluso, en algunas ocasiones, aunque de forma velada, en el proceso de justificación de la decisión judicial. Se trata precisamente de verificar esta idea con algunos ejemplos, y de explicarla y analizarla desde una filosofía del derecho de corte analítico y sociológico.

Antes de proseguir considero conveniente realizar una precisión lingüística. Al hablar de consecuencias en el derecho pueden entenderse, al menos, dos cosas distintas. Por un lado están las consecuencias de aquellas normas o disposiciones jurídicas que son reglas, es decir las consecuencias como elemento estructural de las normas: *apodosis* o consecuencia jurídica prevista para un supuesto de hecho o *protasis*, en un contexto deóntico. En este primer sentido de consecuencias, toda aplicación de una regla es consecuencialista pues extrae la consecuencia prevista de forma universal por dicha regla para un supuesto de hecho previsto también de forma universal en la regla y que se concretiza en el caso.

Pero en el presente trabajo, al hablar de consecuencias no me refiero a este elemento estructural de toda regla hipotética sino a la toma en consideración de las posibles consecuencias, efectos, implicaciones o resultados de las decisiones judiciales o de la opción por una u otra decisión judicial; apurando los términos podríamos decir que nos interesan las consecuencias de aplicar una u otra consecuencia jurídica prevista en la norma. Podemos adelantar en este punto que la toma en consideración de las posibles consecuencias de las decisiones judiciales se produciría, en distintos momentos o subdecisiones principales de la decisión judicial: 1) en la elección o selección de la norma o la disposición jurídica aplicable; 2) en la (re)construcción o interpretación de la norma aplicable en situaciones de duda; 3) en la clasificación de los hechos probados, y 4) en la elección o selección de la consecuencia jurídica de la norma en los casos en que el legislador haya previsto un margen de maniobra. Al analizar los casos del Tribunal de Justicia nos centraremos en los dos primeros supuestos dado que la calificación de los hechos probados es una cuestión que compete a la jurisdicción doméstica, y dado que la elección de la consecuencia jurídica normalmente es también una cuestión de aplicación para los jueces estatales.

II. LOS ARGUMENTOS CONSECUCIONALISTAS COMO ARGUMENTOS JURÍDICOS

Procedamos ahora a contextualizar los argumentos consecucionalistas o argumentos a partir de consecuencias, para distinguirlos de otros argumentos relacionados y comprender mejor su relevancia en el proceso de toma de decisión judicial. No creo ser especialmente original al dividir los principales argumentos interpretativos y justificativos en tres grupos (MacCormick y Bankowski; 1991): argumentos lingüísticos o semióticos, argumentos sistémicos (y contextuales) y argumentos dinámicos. Otros autores prefieren clasificaciones binarias como aquellas entre razones de autoridad y razones substantivas (Summers; 1978, Atiyah y Summers; 1987). Otros en cambio prefieren enumerar los distintos argumentos interpretativos que figuran en las decisiones judiciales (Tarello; 1980, Ezquiaga; 1984). Aquí optamos por la clasificación tripartita, no por considerarla la única apropiada sino para sacar a la luz su especial relevancia social.

Los argumentos lingüísticos o semióticos realizan un análisis de las normas como fragmentos de discurso desde el punto de vista sintáctico y semántico, e incluso desde el punto de vista pragmático tomando el discurso como un acto de habla, aunque en este caso se acercan a los argumentos dinámicos.

Los argumentos sistémicos son en cierto sentido estáticos y comprenden los argumentos contextuales y los «cuasi-lógicos». Estos argumentos se fijan en la disposición o norma aplicable y la analizan en el contexto normativo en que se encuentra, en relación (semi-) lógica con las restantes normas del contexto: las normas (o disposiciones) cobran un significado concreto al ser interpretadas como partes de un contexto más amplio, como elementos estructurales de un subsistema o un sistema entendido como un conjunto elaborado o reconstruido y paralizado en el tiempo. Estos argumentos se utilizan bajo el auspicio de criterios estructurales o sistémicos de unidad, consistencia, completud y coherencia del ordenamiento.

Finalmente los argumentos dinámicos observan las normas y el ordenamiento jurídico en movimiento, fijándose en las funciones, objetivos o eficacia de los mismos, en su proyección temporal de forma retroactiva cuando buscan los motivos y objetivos del legislador histórico o de forma prospectiva cuando analizan las consecuencias que acarrearía una interpretación concreta de una norma o disposición o cuando analizan los objetivos que preten-

dería alcanzar un legislador racional ideal. El acento se pone en el *derecho en acción*, en sus fines y resultados. Habría tres tipos principales de argumentos dinámicos: los teleológicos, los de eficacia y los consecuencialistas; todos ellos se valoran desde criterios funcionalistas y deontológicos. Los argumentos dinámicos centran la atención en los resultados que se desean obtener mediante la decisión, lo que nos lleva a su relevancia social. En la práctica interpretativa todos estos argumentos aparecen combinados en redes argumentales complejas.

III. ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS Y ACCIÓN SOCIAL

En general, e independientemente del contexto jurisdiccional concreto, la decisión judicial a partir de consecuencias puede considerarse como un método racional de acción social. Expliquémoslo. El juez está ligado a un sistema jurídico compuesto por normas más o menos precisas o si se prefiere más o menos ambiguas. A este conjunto de normas le busca una finalidad. El propio legislador se fija la consecución de ciertos objetivos al disponer las normas. Las normas están previstas para guiar la conducta de los particulares y para guiar la decisión judicial. Como ha explicado Atienza (1991a: 92, con ligera paráfrasis), el proceso normativo legislativo puede verse como una serie de interacciones entre distintos factores: los autores de las normas, los destinatarios (primarios y secundarios), el sistema jurídico, los objetivos que persiguen las leyes y los valores que las inspiran.

El primer condicionante del juez consiste en la aplicación de normas previamente establecidas. Al mismo tiempo, al juez se le plantea un conflicto social entre las partes, el cual se define jurídicamente al convertirse en un conflicto jurídico, al intervenir los juristas y accederse al sistema jurisdiccional como método moderno de resolución de conflictos. A este conflicto debe dársele una solución. La decisión judicial es tanto la aplicación de normas jurídicas pre-establecidas cuanto la resolución de conflictos y la manera de evitar y canalizar futuros conflictos sociales, o incluso la manera de producir cambios en la sociedad. Al buscar una decisión aceptable para resolver dichos conflictos, el juez tiene un límite infranqueable: la disposición o la norma jurídica. Pero los límites impuestos por ésta no son siempre precisos o claros. Esta norma puede contemplarse 1) como un texto autónomo, 2)

como elemento del ordenamiento o 3) como la plasmación normativa de ciertos objetivos sociales.

1) En algunos casos los jueces únicamente se guían por el tenor literal del texto de las normas tomadas de forma aislada. Al hacerlo están optando por una postura (ideológica) concreta: la adhesión incondicional al texto legal en línea con una interpretación estricta del principio de división de poderes y con el positivismo más rotundo (como proponía la escuela de la exégesis). La legitimidad le vendría a la actividad judicial de su papel como mera boca de la ley, como le gustaba a Montesquieu. 2) En otras ocasiones los jueces pueden considerar las normas como fragmentos de un ordenamiento complejo pero sistemático, en cuyo caso no dejan de optar por una postura ideológica consistente en reconstruir el derecho como sistema buscando la racionalidad del mismo, como una institución normativa autónoma (Luhmann) y pura (Kelsen) sin relación con otros sistemas normativos (moral, política) o sociales (economía, sistema social, sistema cultural). La legitimidad le vendría a la actividad judicial de su contribución a moldear el derecho como un sistema que se quiere racional. 3) Finalmente, los jueces pueden abordar la norma como la solución prevista por el legislador para dar solución a un conflicto social y, de paso, para evitar la producción de nuevos conflictos. Al hacerlo no dejan de optar por otra postura ideológica concreta, en este caso, por la colaboración interactiva con el legislador contemporáneo. John Bell (1983) ha llamado a este modelo en que el juez actuaría como un legislador intercalado: *interstitial legislator model*. La legitimidad le vendría a la actividad judicial de su participación en la consecución de los objetivos sociales para los cuales se crea el derecho: resolución de conflictos y cambio social. Esta línea encontraría su defensa en el uso alternativo del derecho.

Para buscar una solución al conflicto, el juez se preguntará:

- ¿Cuáles son los resultados que prevé alcanzar la norma aplicable? ¿cuáles son los objetivos del legislador histórico? ¿cuáles los del legislador contemporáneo? ¿cuál es la finalidad de la norma?
- ¿Cuáles son los valores que inspiran la determinación de dichos objetivos? ¿están recogidos a su vez en normas del ordenamiento?
- ¿Qué métodos o vías ha tenido en cuenta el legislador para alcanzar dichos resultados? ¿se trata de métodos adecuados para dichos objetivos o los resultados se producen por otros métodos no previstos por la norma? en este caso, ¿cabría recurrir a dichos métodos, siempre que ello no fuera en contra de normas establecidas o de cierta axiología?

- ¿Cuáles son los significados posibles de la norma aplicable?
- ¿Cuál es el significado de la norma que mejor permite alcanzar dichos resultados?
- ¿Se seguirían otros resultados adicionales optando por dicha interpretación?
- ¿Serían aceptables, desde alguna axiología concreta incluyendo el sistema jurídico, dichos resultados adicionales?

Los argumentos consecuencialistas se centran en los resultados a los que presumiblemente llevaría una u otra decisión (entre las jurídicamente viables) en el entorno social en que opera el derecho, y en ese sentido suponen la negación de la autonomía radical del sistema jurídico, de su carácter autopoietico. La actividad judicial recurre a otros tipos de racionalidad además de la jurídico-formal: se analizan las consecuencias que mejor conseguirían los objetivos del legislador (para lo cual se echa mano del sistema social, económico y cultural) las cuales a su vez dependen de los valores por los que haya optado el mismo y que los jueces adoptarán como propios (para lo cual se echa mano de otros sistemas normativos como la política o la moral). Como antaño lo dijera Harper (1929: 269):

«la regla jurídica enunciada en una decisión se convierte en una mera hipótesis de trabajo que se demostrará experimentalmente como sensata o insensata. La regla será justa o injusta según lo revelen sus consecuencias. Así como para el juez Holmes el derecho eran las profecías sobre lo que harían los tribunales, para el jurista pragmático el derecho consiste en las profecías sobre lo que producirá las consecuencias más deseadas en general»

Dejando a un lado la cuestión de la confusión que sufren tanto Holmes como Harper entre la definición de derecho y el conocimiento del derecho siempre cabe preguntarse: ¿es sensato suponer que los jueces recurren a razonamientos a partir de las consecuencias en su proceso de toma de decisiones? ¿Lo hacen de hecho? De hacerlo, ¿cómo lo harían?

IV. LA FORMA DE LOS ARGUMENTOS CONSECUCIONALISTAS

Nos encontramos ahora ante un problema metodológico fundamental. Es opinión común entre los legos en cuestiones judiciales que los jueces deben atenerse a la letra de la ley. Esta imagen (¿quizás se trate de la «noble mentira» de la que habla Dworkin

en su *Imperio de la Justicia*?) es cuidadosamente mimada por los propios jueces en la presentación de sus decisiones. Por ello, a nivel normativo no suele figurar el consecuencialismo como argumento interpretativo en las disposiciones jurídicas (como el artículo 3, 1 del c.c. o los artículos 30-33 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados) que tratan de la interpretación y por ello a nivel de justificación, no es frecuente encontrar justificaciones a partir de las consecuencias. ¿Quiere ello decir dado que no figuran las menciones a las consecuencias en las decisiones judiciales, de hecho, no se recurre a la consideración de las mismas por parte de los jueces, y que por lo tanto estaríamos perdiendo el tiempo?

Pero resulta que algunas raras veces sí que figuran las consecuencias en las decisiones judiciales. Con mayor frecuencia aún se observa que también figuran las consecuencias en la argumentación de las partes ante los tribunales. Pero es más; bastantes decisiones judiciales cobran un significado especial una vez que son completadas desde el punto de vista de las consecuencias a las que llevan las mismas, o a las que llevarían las decisiones contrarias que se han descartado.

En estos casos no es descabellado suponer que las consecuencias han figurado en la deliberación judicial a nivel de descubrimiento de la decisión, aunque las mismas no se hayan reflejado en la motivación propiamente dicha. Sin embargo, dichas hipótesis no serán susceptibles de pruebas concluyentes, a falta de confesiones expresas de los propios jueces, como en el ejemplo que aportan Atiyah y Summers (1987:184-5):

«En los años sesenta los jueces y fiscales de Michigan tuvieron que enfrentarse con una ley sobre narcóticos que exigía una pena de reclusión obligatoria de 20 años para todo aquél imputado que hubiera sido declarado culpable de vender drogas, incluyendo el cannabis. Los jueces, instigados por los fiscales, simplemente se negaron a aplicar esa ley de forma literal, y las acusaciones por tráfico de drogas eran clasificadas sistemática y rutinariamente como posesión ilícita de drogas cuando el acusado no era un verdadero traficante. Un juez justificó en privado esta manera de proceder diciendo: “esta es una ley ridícula, aprobada en el calor de la pasión sin ninguna consideración de sus consecuencias reales. Me niego terminantemente a mandar a la cárcel para veinte años a un chaval que no ha hecho más que vender un porro a su colega. La ley no se ha pensado para esos casos”»

Propongo que sea aceptado como prueba indiciaria de dicha hipótesis el hecho de poder comprender mejor ciertas decisiones ju-

diciales una vez que se tienen en cuenta los razonamientos consecuencialistas a nivel de explicación.

En estos casos, como en la mayoría, cabe pensar 1) que todo lo que ocurre en la deliberación se refleja en la motivación, y menos cuando se trata de una deliberación y motivación colegiada, sin posibilidad de votos particulares y 2) que debe existir alguna razón que explique por qué una consideración que se presume que figura, incluso de manera prominente, en la deliberación no figura luego en la motivación. Con ello volvemos a la «mentira noble» o, si se quiere, volvemos a vestir al emperador. En este caso el requisito de sinceridad tan caro a Alexy cuando postula los rasgos del discurso racional en el derecho (1978) se vería claramente en fuera de juego.

Antes de proseguir con ejemplos, es relevante mencionar que el Tratado de la CEE prevé la posibilidad de temperar las consecuencias de las decisiones judiciales. Así el artículo 174 permite, con respecto a los reglamentos comunitarios declarados nulos por el Tribunal, que éste, «si lo estima necesario», señale aquellos «efectos del reglamento que deban ser considerados como definitivos» (presumiblemente teniendo en cuenta las consecuencias negativas de la nulidad absoluta). El esquema consecuencialista subyace también al artículo 185 cuando admite que el Tribunal podrá, «si estima que las circunstancias así lo exigen» (es decir, consecuencias negativas de la no suspensión), ordenar la suspensión de la ejecución del acto comunitario contra el cual se presenta recurso.

Veamos unos casos en los que sí figura la argumentación a partir de consecuencias. En el diario *The Times* del 15-12-1984 se puede leer la siguiente noticia (p. 3):

«recientemente se ha procesado y condenado a un asistente social por auxiliar a una anciana ciega e indefensa de 84 años a suicidarse. El juez dictó una sentencia de nueve meses de prisión y dijo al procesado: “lo que hizo usted, lo hizo guiado por la más alta moral ... Yo no tengo ningún deseo de castigarle, pero debo tener en cuenta el orden público (public policy) y disuadir a otros, menos altruistas que usted, que pueden estar tentados a acelerar la muerte en otras circunstancias diversas”»

En este caso es destacable, por lo novedoso que resulta, la sinceridad del juez en su razonamiento a partir de las consecuencias indeseables a nivel de disuasión a las que llevaría una sentencia permisiva. Aunque no faltarán quienes mantengan que el juez ha incurrido en una contradicción pragmática: «no te quiero condenar pero debo condenarte», contradicción que puede presentarse

como una situación de *double standards* o deberes encontrados: el moral y el jurídico.

En el siguiente caso traído de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia figura la temperación de las consecuencias respecto a la posible retroactividad de la sentencia. Se trata del asunto Defrenne (43/75, [1976] ECR 455). Tras aceptar que el artículo 199 del Tratado sobre igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, tenía efecto directo, la cuestión consistía en decidir si debía otorgarse a dicha decisión un efecto retroactivo para las situaciones anteriores al asunto. El Tribunal dijo, a nivel de principio, que *las consecuencias prácticas de cualquier decisión judicial debían tomarse muy en cuenta*, pero no hasta el punto de disminuir la objetividad del derecho y de comprometer su futura aplicación con base en las posibles repercusiones de la decisión. El Tribunal admitió tomar en cuenta excepcionalmente el hecho de que ciertos Estados miembros seguían implementando prácticas discriminatorias y, lo hizo en función de los *dossiers* ampliamente documentados y argumentados que le presentaron ciertos Estados miembros, sobre las repercusiones económicas de una posible retroactividad.

Veamos por fin, un caso relacionado con el anterior que plantea varias de las cuestiones que venimos comentando y otras que veremos más adelante. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4-2-1988, en el asunto 157/86, Mary Murphy y otras contra An Bord Telecom Eireann:

«Mary Murphy y otras 28 compañeras fueron contratadas por Bord Telecom Eireann para desempeñar ciertas labores de mantenimiento y reparación de teléfonos. Ellas reivindicaron el derecho a ser remuneradas bajo el mismo baremo que otros trabajadores masculinos de la misma fábrica que desempeñaban tareas de almacenaje y que tenían mayor retribución a pesar de consistir en trabajos de menor valor. Junto al arriba citado artículo 119 del Tratado se basaban también en el artículo 1 de la directiva 75/117 de aproximación de las Leyes de los Estados miembros para aplicar el principio de igual retribución por igual trabajo. Dado que no se trataba de igual trabajo, en el sentido de la normativa aplicable, la High Court de Irlanda planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el sentido de si el principio de igual retribución por el mismo trabajo se extiende a una demanda de igual retribución cuando el trabajo del demandante se considera que tiene un valor superior al de la persona que la demandante ha fijado como la base de la comparación. El Tribunal de Justicia mencionó en primer lugar su jurisprudencia constante desde Defrenne, para indicar

que el artículo 119 se aplica directamente en los casos de retribución desigual entre trabajadores masculinos y femeninos por el mismo trabajo en el mismo establecimiento. La An Bord Telecom Eireann planteaba que dicho principio no podía aplicarse en casos de trabajos desiguales pues el artículo 119 dice expresamente «un mismo trabajo», y la interpretación contraria llevaría a la consecuencia absurda de que una retribución igual debería pagarse por un trabajo de diferente valor.

Esta argumentación fue reconocida por el Tribunal, pero aclarado que el principio del artículo 119 se oponía a que por razón de sexo se pagase una retribución inferior a los trabajadores de distinto sexo que realizasen un mismo trabajo que el realizado por los trabajadores de otro sexo, y a fortiori prohibía una diferencia de retribución cuando la categoría de trabajadores menos retribuidos ejecutase un trabajo de valor superior. La interpretación contraria, añadió el Tribunal, supondría privar al principio de igualdad de retribución de su efecto útil y vaciarlo de contenido. En caso contrario, un empresario podría evitar este principio asignando tareas adicionales o más pesadas a los trabajadores de un sexo determinado, asignándoles así una menor retribución».

Este ejemplo nos sirve de introducción al tema de la forma que suelen adoptar los argumentos a partir de las consecuencias, es decir del esquema de razonamiento apagógico o *ad absurdum* (analizado exhaustivamente por Ezquiaga; 1987: cap. VIII, respecto al Tribunal Constitucional español) que opera del siguiente modo: 1) se comienza hipotetizando una interpretación posible de la norma que se desea apoyar: 2) seguidamente se postula a modo de hipótesis la interpretación contraria u opuesta a aquella que se desea mantener: 3) seguidamente se extraen las consecuencias (como implicaciones jurídicas o como resultados externos) a las que llevaría dicha hipótesis indeseable: 4) acto seguido se procede a valorar negativamente dichas consecuencias con arreglo a ciertos criterios jurídicos y/o axiológicos: 5) finalmente se opta por la hipótesis inicial al haberse falseado la hipótesis contraria (negación de la negación).

En el caso arriba mencionado tenemos el problema inicial, es decir la interpretación del artículo 119, concretamente del término «un mismo trabajo». Caben varias posibilidades pero al Tribunal le interesa desechar la interpretación literal restrictiva y adoptar una interpretación *praeter legem*. Para ello postula la interpretación literal que desea rechazar y extraer una consecuencia posible: un empresario podría asignar a unas trabajadoras femeninas un trabajo de superior valor al de los trabajadores masculinos pero peor retribuido y así evitar la finalidad del artí-

culo. Esta consecuencia se valora negativamente como contraria al objetivo que pretende alcanzar el artículo 119, es decir la no discriminación laboral por razón de sexo. Al rechazar la lectura literal del término 119 se consigue afirmar su lectura constructiva mediante el razonamiento suplementario *a fortiori* (en su forma *a minore ad maius*: ¡quien prohíbe lo menos prohíbe también lo más!): si se prescribe la igual retribución por igual trabajo, *a fortiori* para un trabajo superior; lo cual no es del todo razonable pues debería retribuirse mejor un trabajo de valor superior.

Concluiremos esta sección con un ejemplo de argumentación forense a partir de las consecuencias. Se trata de la argumentación de la Comisión de la CEE en el asunto 107/92, Comisión contra Italia, actualmente en curso, tal y como se extrae del *Rapport d'Audience*, que es el documento público. El conflicto surge porque Italia (zona Brenner, Südtirol) ha procedido a una adjudicación administrativa de contrato de obra pública sin la debida publicidad comunitaria impuesta por la directiva en cuestión (CEE) 71/305, alegando un riesgo inminente de avalancha y corrimiento de tierras como acontecimiento imprevisible (condición que según la Directiva posibilita prescindir de la debida publicidad), habiéndose producido una avalancha que causó la muerte a cinco personas en los años setenta:

«20. La Commission fait remarquer que si un risque général de catastrophe naturelle justifie une dérogation à la directive litigieuse, cette directive ne serait jamais applicable dans les régions de haute montagne et ne serait pas interprétée de façon restrictive»

Se trata de una argumentación a partir de consecuencias como implicaciones jurídicas de la adopción de cierta tesis. La cuestión está en la interpretación del término «acontecimiento imprevisible» que menciona, sin definir, la directiva sobre publicidad a nivel comunitario de obras públicas, con el fin de no discriminar entre empresas establecidas en el Estado miembro en cuestión y otras establecidas en otros Estados miembros. Según la Comisión si dentro de este término se incluye el riesgo genérico de avalanchas de las zonas de montaña, entonces se priva a las reglas comunitarias de toda finalidad práctica, y no podría aplicarse nunca la directiva en cuestión. A nivel general cabe sostener que cuando un tribunal se preocupa por definir o delimitar la referencia o el sentido de un término, normalmente utilizará dicha delimitación en todos los casos relevantes. Y si sus decisiones son conocidas por otros tribunales, podrá lograrse que sean los demás jueces quienes utilicen dicha delimitación para proceder ellos

mismos a calificar los hechos de autos, sin tener que plantear una nueva cuestión interpretativa.

V. TIPOS DE CONSECUENCIAS

Hemos mencionado varios tipos de consecuencias en estos ejemplos: así las consecuencias como resultados o repercusiones de la decisión judicial (como en el asunto Defrenne o en el asunto de auxilio al suicidio) y las consecuencias como implicaciones jurídicas (como en Mary Murphy o en el asunto italiano recién citado). Veamos más detalladamente la distinción entre tipos de consecuencias, pues la doctrina (MacCormick; 1978, Rudden; 1979, MacCormick; 1983, Atienza; 1991b: 149-52, Atienza; 1992: 21-2) no es siempre todo lo clara que uno desearía en este punto. Aun siendo consciente de la dificultad inherente al problema, propongo distinguir a) por un lado entre dos tipos de consecuencias —1) consecuencias como resultados o repercusiones externas de una decisión judicial en el entorno o periferia del derecho y 2) consecuencias como implicaciones jurídicas en el derecho— y b) por otro lado entre 1) la constatación de las consecuencias y 2) su evaluación con base en ciertos criterios axiológicos jurídicos o extrajurídicos.

a) La distinción entre consecuencias como repercusiones socio-económicas de la decisión y consecuencias como implicaciones en el derecho afecta al problema de la constatación o identificación de las consecuencias. Sin embargo se trata de una distinción poco pacífica. En cierto sentido las únicas consecuencias internas de la decisión judicial son las previstas por la propia norma jurídica como apodosis o consecuencia jurídica, y todas las demás consecuencias son externas a la norma. Aún y todo dentro de estas consecuencias de la aplicación de la norma en mi opinión cabe distinguir entre las consecuencias como repercusiones socio-económicas y las consecuencias como implicaciones en el derecho.

Las consecuencias como resultados o repercusiones de la decisión judicial en la realidad social extrajurídica, serían los efectos externos de la decisión, lo que MacCormick llamaría *behavioural outcomes*, o comportamientos que resultan de la decisión. Cabe señalar desde este momento que se trataría de resultados de tipo socio-económico. Según Rudden (1979) este tipo de argumentos consecuencialistas se utilizan para refinar o

afinar interpretativamente una regla que se desea aplicar: se escogería la interpretación de la regla que condujera a los mejores resultados valorados desde una axiología concreta. Es decir, funcionarían como una directiva positiva de interpretación:

«Ante varias interpretaciones posibles de la norma debe elegirse aquella que lleve a las mejores consecuencias».

En opinión de MacCormick (1983) habría dos tipos de resultados: unos a corto plazo e inmediatos y otros a más largo plazo, pero en mi opinión no existe una línea divisoria entre las consecuencias inmediatas o a corto plazo y las consecuencias a largo plazo, que se extenderían potencialmente ad infinitum. Se trataría más bien de un continuum y el intérprete se detiene donde le interesa. En todo caso la formulación de las consecuencias a más corto o más largo plazo puede verse como una reconstrucción de las consecuencias con mayor o menor grado de generalidad y de precisión.

Existen varios problemas teóricos con este tipo de consecuencias. Se trata de problemas de constatación y prueba. Uno supone que la decisión va a producir ciertos cambios en el mundo, en un estado de cosas concreto. Si se trata de un conflicto, la decisión intentará dar fin a dicho conflicto, o al menos darle una solución de autoridad. Si se trata de un problema de interpretación, la decisión debe permitir al juez de aplicación encontrar una solución satisfactoria.

En el caso Defrenne, por ejemplo, si se da efecto retroactivo a la sentencia por parte del Tribunal, resultaría que el artículo 119 sobre igual retribución habría tenido efecto directo desde el final del periodo transitorio, con lo cual las trabajadoras de empresas públicas que hubiesen percibido sueldo inferior por el mismo trabajo que los trabajadores masculinos durante el tiempo anterior a la sentencia y posterior al periodo transitorio podrían reclamar indemnización por la diferencia (efecto inmediato como implicación). Ello supondría un coste económico impresionante para algunos Estados miembros (efecto inmediato como repercusión económica), con la consiguiente consecuencia de desplazar dinero público para dichas indemnizaciones retirándolo de otras partidas presupuestarias o a través de otros mecanismos monetaristas (implicación jurídica a medio plazo). Al compensar con otras partidas presupuestarias, éstas se verían reducidas consecuentemente; con lo que los Estados dejarían de prestar una serie de servicios a los que los ciudadanos tendrían aspiraciones (implicación a largo plazo) y con lo cual se frustrarían indirectamente las

expectativas de muchos ciudadanos, con lo cual además se empobrecería el Estado por dejar de prestar servicios económicamente importantes (repercusiones económicas a largo plazo), con lo cual... Así hasta el infinito.

Sería posible hipotetizar una cadena interminable de consecuencias relacionadas, pero ¿dónde pararse? ¿dónde terminan los resultados a corto plazo y dónde empiezan los resultados a largo plazo? Según Atienza en el derecho fiscal se suelen tomar en cuenta las repercusiones económicas de la decisión a más largo plazo. En otros ámbitos como, por ejemplo, el criminológico se suelen tener en cuenta repercusiones sociales de la decisión a más corto plazo como la resocialización o la disuasión, aunque sería posible hipotetizar repercusiones de más hondo calado, por ejemplo cuando se considera la posibilidad de discriminalizar una conducta, la alteración de las costumbres, la estabilidad social, la existencia de mecanismos alternativos de reprobación o censura social.

En todo caso, los argumentos a partir de las consecuencias como repercusiones de la decisión son hipotéticos pero no probabilísticos. No se funciona sobre la base de una mayor o menor probabilidad de las consecuencias ni sobre un cálculo de probabilidades con base en inducciones a partir de datos acumulados previamente sobre las repercusiones de decisiones similares anteriores, sino que se postulan dichas repercusiones como suposiciones, o en el mejor de los casos, como hipótesis basadas en el sentido común.

Pero, ¿cómo discriminar o discernir entre hipótesis? ¿Existen algunas hipótesis más plausibles que otras? ¿Puede hipotetizarse cualquier consecuencia? ¿Dónde se debe parar en la cadena o en el continuum de repercusiones y cómo se formula dicha cadena? Existen en esta sede numerosos problemas metodológicos. Nos encontramos en el terreno de los futuribles y de las predicciones. Éstas, normalmente se realizan sobre la base *floue* o borrosa del sentido común, pero no sobre la base de hipótesis científicas corroborables o falseables.

Ni siquiera los científicos sociales son capaces de afirmar la plausibilidad de ciertas consecuencias. Menos aún los juristas prácticos, jueces y abogados, que no son científicos sociales, y normalmente carecen de formación en este sentido, a pesar de ciertos intentos laudables por parte de la escuela del análisis económico del derecho o de la jurisprudencia sociológica. Posiblemente podría contarse con la colaboración de expertos en ciencias

sociales y economía para asesorar, a modo de peritos, a los jueces sobre las repercusiones de sus posibles decisiones, pero entonces entraríamos en un terreno nuevo y controvertido que implicaría la transformación del modelo judicial de adjudicación tal y como lo entendemos.

En efecto, por parte de algún autor (Rasmussen; 1986) se ha llegado a sugerir para el Tribunal de Justicia la adopción del así llamado *socio-economic fact briefing* o informe sobre datos socio-económicos. Es sabido que existen ciertas áreas del derecho comunitario en las que dichos razonamientos, de hecho, juegan una función relevante como el derecho fiscal, las ayudas económicas públicas, la agricultura, la legislación antidumping, el derecho de la competencia, etc. En la práctica, se realizan razonamientos poco sofisticados sobre las posibles repercusiones de las decisiones judiciales. Ello supondría, si se me permite la licencia de razonar a partir de las consecuencias como implicaciones, integrar en el razonamiento jurídico razonamientos traídos de otras disciplinas como la economía o la sociología. Pero estas propuestas no han sido bien acogidas en la comunidad de juristas, celosa de innovaciones que se le puedan escapar de las manos. Además permanecería la pregunta ideológica sobre el modelo deseable de jurisdicción y sobre los valores jurídicos (seguridad y certeza) que se pondrían en peligro si se adoptara un modelo cientificista.

Precisamente por existir estos problemas de control de las hipótesis puede suponerse que los razonamientos a partir de las repercusiones socio-económicas no figuran frecuentemente de forma explícita en la motivación. Sería como introducir elementos extrajurídicos, lo cual no se casa bien con el modelo dominante en función jurisdiccional (¿estamos nuevamente ante la «mentira noble»?) Aún y todo cabría preguntarse si dichos razonamientos figuran en la deliberación. Mencionaré un ejemplo de un asunto en curso (Kuhn, asunto 289/91) únicamente en lo que se desprende del *Rapport d'Audience* público:

«El reglamento (CEE) 823/87 del Consejo intenta regular la producción de vino de calidad producido en región de origen. Para ello define como tal a los vinos producidos en una región o subregión determinada producidos dentro del límite de cierto rendimiento máximo por hectárea a fijar por cada Estado miembro, de tal manera que si se produce por encima de dicho rendimiento máximo se pierde la condición de vino de calidad para toda la cosecha. Alemania, en su Ley sobre el Vino ha introducido este requisito de una forma un tanto original que afecta más a la comercialización del vino de calidad que a su producción. En efecto dicha ley dispone que sólo podrá comer-

cializarse como vino de calidad la cantidad que respete el rendimiento máximo por hectárea, y la cantidad excedentaria no podrá comercializarse como vino de calidad aunque de hecho sea de la misma calidad que el vino comercializado como de calidad por respetar el rendimiento máximo. El conflicto surge porque a Kuhn no se le había permitido comercializar como vino de calidad una cantidad excedentaria. Al Tribunal de Justicia se le pregunta si se puede interpretar el reglamento de forma que sea compatible con el mismo la ley alemana sobre el vino».

La mayoría de los productores alemanes se encuentran en similares condiciones resultando que apenas existe vino de mesa en Alemania. En teoría cabrían distintas opciones: declarar la ley alemana incompatible con el reglamento comunitario y temperar para Kuhn y los restantes viticultores alemanes las consecuencias de dicha decisión. Declararla compatible y consentir que se mantenga la actual situación. Dejo en manos del lector la tarea de imaginarse las consecuencias de una decisión en un sentido o en otro, y la tarea de intentar dar una respuesta a la cuestión suscitada sin mencionar las consecuencias. Al hacerlo, se dará cuenta que las decisiones cobran un sentido especial una vez que se contemplan las consecuencias de la decisión, al menos a nivel de explicación.

En efecto, a nivel teórico, la dificultad reside en los casos en que, a nivel de descubrimiento, se supone que se razona a partir de consecuencias aunque luego estos razonamientos no figuren en la motivación, pues en tales casos no podría comprenderse la decisión en todas sus dimensiones.

Las consecuencias como implicaciones en el derecho. En este caso, el derecho podría tomarse en un sentido dogmático como ordenamiento jurídico o en un sentido social como conjunto de operadores jurídicos y prácticas jurídicas operativas. Las implicaciones jurídicas de una decisión podrían ser distintas en ambos casos, y podrían estar también más o menos alejadas de la decisión inicial que da comienzo a la cadena de consecuencias.

1) En el primer caso se trata de observar lo que les ocurre a las normas interpretadas o a las normas relacionadas sistémicamente con las interpretadas al tomar una u otra decisión jurídica de interpretación o de validez, es decir se trata de analizar el impacto de una decisión determinada dentro del ordenamiento en su conjunto entendido como sistema jurídico. Normalmente este tipo de argumento se utiliza a nivel de la elección de la norma aplicable y no a nivel de la elección de interpretación de la norma a aplicar; se limita a listar las consecuencias perniciosas de la re-

gla alternativa, para lo cual se utiliza el razonamiento apagógico, y no a afinar o refinar la propia regla como en el caso de las consecuencias externas (Rudden;1979). La directiva de elección de la norma aplicable resultante sería:

«debe rechazarse la interpretación de la norma que implique consecuencias inconscientes o incoherentes con el resto de las normas válidas del sistema».

Esta concepción de las consecuencias como implicaciones jurídicas está estrechamente relacionada con la idea de la consistencia y la coherencia del derecho: una norma lista para la aplicación se evalúa, no sólo en función de los efectos que produce sobre el entorno del derecho sino también por el impacto que esta norma (tal y como se interpreta) tendría sobre otras normas relacionadas. Debido a esta conexión cabría dudar de la calificación de este tipo de razonamiento consecuencialista como argumento dinámico de interpretación. Sería preferible clasificarlo como un argumento sistémico pues lo que está en juego no son los resultados externos de la decisión sino la cuestión de cómo dicha decisión se integra en el sistema jurídico. Sin embargo, seguidamente veremos cómo el razonamiento a partir de implicaciones jurídicas opera también por referencia a criterios dinámicos por lo que cabe igualmente calificarlo de argumento dinámico.

En el asunto arriba citado de Mary Murphy tenemos un buen ejemplo de implicaciones jurídicas. La An Bord Eireann piensa que el principio *la misma retribución por el mismo trabajo* no puede aplicarse a los casos de trabajos desiguales como pretende Mary Murphy, pues ello implicaría otorgar la misma retribución por distinto trabajo, lo cual parece contraintuitivo. A pesar de estar de acuerdo a nivel de razonamiento, el Tribunal contra-argumenta con otro razonamiento a partir de implicaciones normativas absurdas: si se permitiera pagar menos a una trabajadora por un trabajo superior ¡se privaría al principio del artículo 119 de toda efectividad y se le vaciaría de contenido!

La utilización correcta de este tipo de razonamiento consecuencialista sistémico exigiría el estar en condiciones de analizar con cierta precisión el impacto que la construcción de una norma tendría sobre las restantes normas. Para ello se debería contar con un bagaje teórico sólido sobre las relaciones de tipo lógico-estructural entre normas. En la práctica jurídica no se da un alto grado de sofisticación en este tipo de análisis. A lo sumo se postulan o hipotetizan ciertos impactos normativos pero no se constatan o verifican mediante el análisis. Ello constituye una prueba

más de la necesidad de un sólido utillaje teórico a proporcionar por la ciencia jurídica para los juristas prácticos.

2) En el segundo caso se trata de analizar las implicaciones de la decisión dentro del derecho como fenómeno social: como orden normativo con ciertas funciones sociales, con ciertos operadores y ciertos roles específicos y con una subcultura particular. Nos encontramos ahora con un tema difícil de controlar, por cuanto se trata de consecuencias que normalmente no figuran en la motivación, salvo que conecten con valores de rango jurídico-normativo, por ejemplo la certeza jurídica, la efectividad del derecho, la posibilidad de invocar el derecho ante los órganos jurisdiccionales, etc. Además son difíciles de controlar pues podrían conceptualizarse igualmente como repercusiones sociológicas de la decisión. Sin embargo, aquí las consideramos como implicaciones sociológicas sobre el funcionamiento del derecho mismo más que como repercusiones sociológicas en la realidad social regulada por el derecho.

El ejemplo de Mary Murphy nuevamente viene al caso, así como todas las sentencias donde el Tribunal de Justicia ha desarrollado su doctrina de efecto directo. Un núcleo de cuestiones donde se puede suponer (sólo suponer, pero no probar) que se toman en cuenta las implicaciones en el funcionamiento del derecho son las cuestiones relacionadas con la necesidad de evitar una pléyade de asuntos que ahoguen la función jurisdiccional: si una decisión conllevara el riesgo de originar un sinfín de recursos planteados ante los tribunales, en principio sería descartable.

En el Tribunal de Justicia se da una circunstancia curiosa. Al principio, en su primera época, el Tribunal intentaba incrementar su jurisdicción para decidir más y más casos y de ese modo dar impulso a su función de integración y de interpenetración del derecho comunitario en los ordenamientos domésticos. Por ello dictó sentencias tan transcendentales como *van Gend en Loos* (asunto 26/62 [1963] ECR 1), *Costa/ENEL* (asunto 6/64 [1964] ECR 585) o *Simmenthal* (asunto 186/77 [1978] ECR 629) que suponían que el derecho comunitario era invocable ante la jurisdicción doméstica e incluso era de rango superior al derecho doméstico. Esto alentó un gran número de cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal, a medida que los juristas de los Estados miembros se iban familiarizando con el derecho comunitario y se iban dando cuenta de su potencial jurídico.

Además, con el tiempo el derecho comunitario se ha ido extendiendo a nuevos ámbitos competenciales con la consecuencia del

incremento de pleitos. El resultado final ha sido un retraso considerable en el tiempo requerido para producir decisiones (hasta 18 meses en las cuestiones prejudiciales) lo cual por otra parte ha llevado a que varios tribunales de los Estados miembros hayan dejado de plantear cuestiones en vista del tiempo excesivo que debería transcurrir hasta disponer de la respuesta, lo cual, a su vez perjudicaría el principio de la celeridad de las decisiones judiciales. Todas éstas son consecuencias en el sistema jurídico como subsistema social y son muy importantes para entender la labor del Tribunal.

En la actualidad el Tribunal parece estar preocupado por mejorar su funcionamiento interno para utilizar al máximo sus recursos (condicionados siempre por la presencia de nueve lenguas oficiales), pero ello parece pasar a su vez por un cuidadoso mecanismo latente de disuasión hacia los órganos jurisdiccionales domésticos para evitar cuestiones innecesarias y poder así concentrarse en las realmente importantes. A estos mecanismos se les llama en la jerga socio-jurídica anglosajona los *docket control mechanisms*. En todo caso estamos en el terreno de las suposiciones, las cuales cobran significado especial desde la perspectiva de la sociología jurídica.

Rudden habla de un tercer tipo de consecuencias, a las que llama consecuencias implícitas (*inbuilt consequences*), que consistirían en los efectos de una regla sobre sí misma como consecuencia de adoptar un modo de razonamiento determinado. Por ejemplo, al utilizar un modo de razonamiento basado en reglas, el agente de la argumentación se obliga a utilizar la regla en todos los casos similares a los que tendencialmente se aplica. Como lo veremos al discutir las ideas de Hodgson en la sección siguiente, la utilización de reglas y la justificación de decisiones en función del tenor literal de las reglas tienen sus propias consecuencias en la mayor predictibilidad y certeza del derecho, frente a sistemas alternativos que se fijan exclusivamente en las consecuencias de las normas individuales judiciales que implicaría un utilitarismo del acto. Pero en mi opinión estas consecuencias implícitas de las que habla Rudden serían consecuencias o implicaciones más remotas en el sistema jurídico entendido como subsistema social, en el sentido del párrafo anterior.

Existen conexiones entre las consecuencias como resultados externos al derecho y las consecuencias como implicaciones internas. La cadena de consecuencias mencionadas más arriba respecto al caso Defrenne son una buena muestra. Normalmente las consecuencias se entremezclan de forma que su división en gru-

pos no se da en la práctica, pero desde un punto de vista analítico se puede observar cómo las consecuencias externas y las consecuencias internas funcionan de modo diverso, se detectan por procedimientos distintos y plantean cuestiones diversas también, e incluso se valoran desde criterios distintos.

b) Llegamos ahora a la segunda distinción importante al hablar de consecuencias. Se trata de la distinción entre la identificación de las consecuencias y su valoración. Hasta ahora nos hemos ocupado con cierto detenimiento de la identificación de las consecuencias a partir de las cuales se razona. Ahora nos ocuparemos, más brevemente de su valoración. En efecto, no es suficiente con detectar las consecuencias que se seguirían de una u otra decisión.

Además de este paso inicial, el razonamiento a partir de consecuencias comprende un segundo paso consistente en la atribución de cierto valor, positivo o negativo, a las consecuencias detectadas o, mejor, hipotetizadas. Según dicho valor positivo o negativo de las consecuencias presumidas se aceptará o rechazará la premisa inicial de la cual se desprenden dichas consecuencias y que actúa como detonante de las mismas. En efecto, no basta con apuntar que tal o cual consecuencia se sigue de tal o cual decisión sino que es necesario añadir que se trata de una consecuencia aceptable o inaceptable. La consecuencia en sí es un dato neutro que no permite sacar conclusiones de carácter normativo o deóntico. La introducción de la valoración positiva o negativa de la consecuencia es lo que permite dar una impronta normativa al razonamiento práctico a partir de consecuencias.

Por tanto, las consecuencias se analizan desde criterios axiológicos, e interesa examinar dichos criterios, tarea harto difícil. Sin embargo, procederemos a un análisis de los criterios axiológicos dominantes en la valoración de consecuencias a partir de la clasificación de las consecuencias que hemos realizado en el apartado a) y refiriéndonos al Tribunal de Justicia.

Las consecuencias como repercusiones en la realidad social en que se aplica el derecho se valoran desde criterios axiológicos, en principio extrajurídicos como por ejemplo la estabilidad económica, el crecimiento económico, la ayuda al desarrollo de países no industrializados, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la reducción de desequilibrios regionales, la paz y la libertad, la unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa son todos valores mencionados en el preámbulo del Tratado constitutivo de la CEE y que, de hecho, tienen cierta fuerza nor-

mativa pues inspiran la actividad interpretadora del Tribunal: en principio son valoradas positivamente las consecuencias que fomenten dichos valores. Este dato es ignorado con relativa frecuencia por quienes critican las interpretaciones «osadas» del Tribunal.

Respecto a los valores desde los que se examinan **las consecuencias como implicaciones en el derecho** se trata de valores típicamente jurídicos. Destacan en un primer bloque 1) los principios **substantivos** mencionados en la primera parte del Tratado o los mencionados en artículos aislados como el ya citado 119 sobre no discriminación por razón de sexo, y que igualmente funcionan para apoyar las tesis de las que se desprenden consecuencias que reafirman dichos principios y para desechar tesis de las que se desprenden consecuencias que los temperan u obstaculizan. Dichos principios son la realización del mercado común, la aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, la libre competencia, la aproximación de legislaciones de cara al mercado interior con la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, la cooperación leal de los Estados miembros, la eliminación de toda discriminación por razón de nacionalidad.

A estos principios sustantivos mencionados en el Tratado, el Tribunal ha añadido otros por vía jurisprudencial (Edward y Lane; 1991: 39-42), se trata 2) de los principios generales del derecho extraídos de la tradición común de los Estados miembros: derechos fundamentales, seguridad o certeza jurídica, proporcionalidad, legalidad y *rule of law*, principios de justicia formal y procesal, y de 3) los principios estructurales inherentes a la dinámica propia del derecho comunitario: primacía del derecho comunitario y *pre-emption* respecto al derecho doméstico, efecto e invocabilidad directa, uniformidad del derecho comunitario en los distintos ordenamientos jurídicos en que se integra, y el benjamín principio de subsidiariedad en la distribución de competencias.

En un segundo bloque son de destacar 4) los principios **formales** del ordenamiento entendido como sistema jurídico: principios de unidad, consistencia, completud y coherencia, de los que me he ocupado en otro lugar (Bengoetxea; 1991). Estos principios o valores funcionan para controlar, normalmente por vía apagógica, aquellas interpretaciones que implican contradicciones internas entre normas o a defectos sistémicos de derecho comunitario. Cuando las implicaciones jurídicas de ciertas decisiones se valo-

ran desde estos principios formales, nos encontramos ante argumentos consecuencialistas que podrían calificarse como sistémicos más que dinámicos.

Por último, respecto a **las consecuencias como implicaciones sobre el funcionamiento del derecho**, encontraríamos un amplio y borroso conjunto de valores institucionales del derecho, que, en principio, funcionan para desechar aquellas tesis que provocarían un mal funcionamiento del derecho o alguna disfunción en el mismo, y para apoyar todas aquellas consecuencias que aseguran, directa o indirectamente el funcionamiento armonioso, eficaz y célere del derecho comunitario, es decir la utilización óptima de los recursos escasos de que dispone. Éste es el criterio valorativo que MacCormick (1978: 114) llama de conveniencia o «*expediency*»; es una versión del argumento de interés público y se propone para mostrar que una pretensión, que puede ser digna de consideración sobre la base de la justicia correctiva, no debe sin embargo admitirse si conlleva una pléyade de recursos que provocaría grandes inconvenientes y sería contraria al interés general. Añade el autor: *yo no pretendo saber calcular estas cuestiones, pero observo que los jueces recurren a dicho tipo de argumentos con suficiente frecuencia como para indicar que ellos sí las saben calcular.*

VI. EL ATAQUE AL CONSECUENCIALISMO

Llegados a este punto, hemos detectado ejemplos en los que los jueces han recurrido a argumentos de tipo consecuencialista, y hemos explicado y analizado los distintos tipos de argumentos consecuencialistas utilizados y su valoración. Ahora nos dedicaremos a presentar el debate sobre el consecuencialismo en su versión normativa: lo hagan o no de hecho, ¿deben los jueces a nivel de principio recurrir a razonamientos a partir de consecuencias para tomar y justificar sus decisiones judiciales?

Comenzaré en primer lugar presentando y rebatiendo los argumentos de la tesis contraria a la utilización de este tipo de razonamientos consecuencialistas, tanto a nivel de teoría ética como a nivel de teoría jurídica para analizar críticamente en la sección siguiente los argumentos esgrimidos en defensa del consecuencialismo. Lo haré centrándome en los autores que me parecen más relevantes. Aunque hay una conexión estrecha entre

argumentos consecuencialistas y utilitarismo, mi exposición no pretende ser una trivialización del utilitarismo, corriente que sólo examinaré de pasada. Sobre esta relación entre el argumento consecuencialista y el utilitarismo, pienso que MacCormick ha dado en el clavo al sostener (1978: 115) que

«sería confuso contemplar los argumentos consecuencialistas en el derecho como simplemente utilitaristas. El argumento consecuencialista desde luego que está interesado en establecer que una decisión preferida es la mejor decisión posible, en vista de todos los factores; pero las conclusiones sobre «lo mejor» no se determinan por referencia a una escala de valoraciones simple o unívoca, como p. ej. la escala placer-dolor en el utilitarismo hedonista de un Bentham, sino que son un tipo de juicio ponderado y concluyente obtenido tras sopesar los resultados acumulativos o contradictorios de la evaluación mediante la referencia a un número de criterios de valor, incluyendo la justicia y el sentido común, así como la utilidad o el bienestar públicos, y la conveniencia. Algunas versiones del utilitarismo ideal, en contraposición con el utilitarismo hedonista pueden permitir la utilización de criterios complejos y ya no simples, de «lo mejor», y sobre esa base, la justificación consecuencialista en el derecho podría contemplarse como implicadora de algún modo de utilitarismo ideal»

A modo de prelude simplemente me limito a señalar que los argumentos contrarios al consecuencialismo en el derecho o en ética curiosamente adoptan una forma consecuencialista. ¿Será quizá porque el consecuencialismo es, después de todo, inevitable?

En efecto, el razonamiento consecuencialista parece una trampa lógica. Michel J. Perry (1985) ha pasado revista a las versiones consecuencialistas más relevantes en la ética. Piensa el autor que la mejor articulación de la postura consecuencialista es la propuesta por Kupperman (1981: 305-6):

«El argumento consecuencialista es que en cualquier caso en que no sea cierto que uno deba hacer lo que conduzca a las mejores consecuencias, la razón para ello debe estar basada en algún juicio de consecuencias... De acuerdo con esta postura, alguna forma de consecuencialismo debe ser correcta; la única razón válida para no hacer aquello que lleve a las mejores consecuencias... sería que el acto óptimo en cuestión viene excluído por alguna norma moral, algún motivo o algún sistema de actitudes que, a su vez, resultan deseables en virtud de sus consecuencias...».

Pues bien, según este esquema nunca podría salirse uno del razonamiento consecuencialista. Perry matiza bastante su postu-

ra al sostener que el planteamiento defendible es, sin duda, que existen algunas situaciones de elección en las que uno *puede* decidir, y algunas situaciones de elección en las que uno *debería* decidir, directa o indirectamente, por referencia a las consecuencias. Es decir, que no habría reglas de conducta absolutas cuya justificación fuese no-consecuencialista. Ésta sería la mayor oposición última al rigorismo normativista kantiano. Pero del mismo modo, cabría preguntar si existen reglas de conducta absolutas cuya justificación fuese no-principal, es decir, que no hiciera referencia a principios, pues, al fin y al cabo, las consecuencias son valoradas desde principios y valores. En este orden de cosas parecería imposible proceder a una separación radical de consecuencias y principios. Serían simplemente distintos momentos del razonamiento práctico normativo.

Germain Grisez, en un extenso artículo titulado *Contra el consecuencialismo* (1978), ha arremetido contra el consecuencialismo, no ya en su vertiente normativa, sino como teoría o método ético. Grisez plantea que el consecuencialismo no es racionalmente justificable o aceptable porque la frase «*greater good*» o el «bien mayor» tal y como se usa en cualquier teoría consecuencialista, en el sentido de las máximas del tipo «haz aquello que lleve al mayor bien», necesariamente carece de referencia.

Grisez no se opone al consecuencialismo por considerarlo un modo de razonamiento peligroso, sino por considerarlo un sinsentido peligroso (*dangerous nonsense*); un sinsentido en cuanto que aquellas expresiones esenciales a la articulación de las consecuencias necesariamente carecen de referencia y, por lo tanto, la teoría consecuencialista carecería de sentido. Hablar del «bien mayor» tal como lo hacen los consecuencialistas implica que los bienes son mensurables y conmensurables. Pero los bienes no pueden medirse salvo que exista una medida, *standard* o criterio que se les aplique como bienes, y no pueden ser conmensurables salvo que todos ellos se consideren «bienes» en un mismo y único sentido, y salvo que se les pueda aplicar a todos ellos una misma y única medida, *standard* o criterio.

Si existiera algún *standard* determinado con base en el cual medir o comparar las consecuencias, como por ejemplo «la mayor felicidad posible sin violación de los derechos fundamentales», entonces caería el argumento de Grisez. Pero, ¿existen tales criterios? ¿En qué consiste la mayor felicidad, y quién tiene el privilegio de definirla? ¿Se trata del bienestar o *welfare*, y en qué consiste éste, en una mera riqueza material, en una riqueza cultural

o espiritual, en el mero placer sensual, en la armonía con la naturaleza? ¿Cuáles son los derechos fundamentales inviolables?

En el campo jurídico la cuestión radica más bien en los límites que se imponen institucionalmente a este tipo de justificación consecuencialista o en el requisito de una justificación última con base en principios. Por tanto, el planteamiento desde la teoría ética a favor del consecuencialismo no nos serviría de gran ayuda para abordar nuestro problema de la justificación de las decisiones judiciales.

En el campo jurídico, la discusión podría entonces centrarse en decidir si disponemos o no de valoraciones o criterios axiológicos, en función de los que medir las consecuencias (como repercusiones o como implicaciones) de las posibles decisiones jurídico-normativas (del creador o del aplicador del derecho), cuestión que acabamos de abordar al final de la sección anterior, pero que difícilmente podremos abordar desde la discusión ética en contra del consecuencialismo. Dentro del razonamiento jurídico hemos visto que existe una multitud de valores jurídicos que se consideran deseables institucionalmente: ¿son dichos valores commensurables?

El legislador recurre frecuentemente y con persistencia a razonamientos consecuencialistas de eficacia al proponer una ley para los casos en general. El juez recurre a argumentos consecuencialistas de eficacia de su decisión respecto a los fines propuestos por el legislador en el caso concreto.

Precisamente en función de esta distinción entre el legislador y el juez suelen presentarse los argumentos en contra del razonamiento judicial a partir de consecuencias: el análisis de las consecuencias y objetivos a alcanzar competiría al legislador, quien estaría mejor preparado para tal labor y quien tendría legitimidad democrática para tener en cuenta las consecuencias de sus propuestas legislativas en caso de adoptarse. En cambio el juez se debería limitar a aplicar las normas válidas, sin tener en cuenta las consecuencias de su decisión: ¡que se haga justicia y perezca el mundo! De otro modo, el juez estaría usurpando el rol del legislador.

Este tipo de argumentos, que de forma magistral ha venido esgrimiendo a lo largo de toda su obra Ronald Dworkin, se ha utilizado en alguna ocasión para criticar la jurisprudencia «intervencionista» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Rasmussen; 1986). A este tipo de argumentos se les puede reba-

tir apuntando que, si bien es cierto y adecuado que sea el poder legislativo quien se interese principalmente por las consecuencias, también es acertado que los jueces no ignoren la cuestión de las consecuencias y objetivos buscados por el legislador precisamente para poder llevar a cabo en la práctica la norma formulada de forma general.

El juez no debe entonces ignorar el objetivo que idealmente busca el legislador y, al interpretar las normas dictadas por éste en las situaciones de duda o al reconstruir normas en casos de dificultad en la determinación de la norma aplicable, debe tener en cuenta y optar por aquella decisión interpretativa o reconstructiva que lleve a las mejores consecuencias en vista de aquellos objetivos. Al hacerlo, el juez no estaría usurpando el rol del legislador sino reforzándolo lealmente como co-partícipe en el proceso normativo. Como lo ha expresado MacCormick (1978: 149-50):

«las leyes deben concebirse como dotadas de objetivos racionales relacionados con la consecución de bienes sociales o la exclusión de perjuicios sociales de un modo consistente con la justicia entre los individuos; y la consecución de estos valores debe mostrar una consistencia racional, en el sentido de que las consecuencias de una decisión particular deben ser consonantes o coherentes con las finalidades y objetivos que se adscriben a los principios de derecho relacionados... Ya que las leyes se conciben de esta manera racional finalista, parece sin duda esencial que la justificación de cualquier decisión en un área no gobernada por una regla obligatoria concreta, o cuando dicha regla sea ambigua o incompleta, deba proceder comparando y evaluando las decisiones propuestas a la luz de sus consecuencias»

Las críticas al razonamiento judicial a partir de las consecuencias se basarían por tanto en un modelo concreto de rol y la función judicial que limitan la creatividad del juez al análisis textual y, si acaso, sistémico, de las disposiciones legislativas, pero que niegan la conveniencia del análisis dinámico: teleológico, de eficacia y de consecuencias. La discreción judicial puede, sin embargo, entenderse perfectamente como una colaboración institucional entre agentes normativos u operadores jurídicos basada en una mutua relación de confianza, y no, como en el caso de los críticos del consecuencialismo, en una desconfianza institucional hacia la labor judicial recelosa hacia cualquier labor judicial de tipo creativo. Pero veamos más detenidamente los argumentos de quienes se oponen al consecuencialismo en el razonamiento judicial.

Hodgson (1967) curiosamente anticipa una conclusión similar a la que propondrá Dworkin al explicar su modelo de derecho.

Como el propio autor dice, su libro *Las consecuencias del utilitarismo* critica la idea de que cualquier medio puede estar justificado por un fin suficientemente bueno pues la adopción de este punto de vista en sí misma impediría la promoción de fines buenos. Las consecuencias buenas o malas dependen a menudo de la existencia de expectativas de que ciertos actos ocurrirán o no ocurrirán. Un agente que actúa con base en un utilitarismo del acto, es decir, con base en las consecuencias a las que lleva su decisión o acto concreto, está eliminando dichas expectativas. Por ello Hodgson aceptaría el utilitarismo de las reglas como un mal menor frente al utilitarismo de los actos: las buenas consecuencias que dependen de las expectativas de que las reglas jurídicas se apliquen por los jueces no se podrían promover de una manera satisfactoria por un sistema jurídico en el que los jueces justificasen sus decisiones mediante la referencia a las consecuencias a las que dichas decisiones, individual y autónomamente consideradas, llevarían, sin referencia a regla alguna.

Pero, en última instancia, y al igual que Dworkin, Hodgson se pronuncia en contra del utilitarismo de las reglas, y en contra de Wasserstrom, cuyas ideas analizaremos en la sección siguiente. Parece deseable, dice, que los jueces deban tomar sus decisiones normativas de acuerdo con las reglas generales, para evitar la inseguridad jurídica. Las buenas consecuencias que dependen de la predictibilidad de las decisiones judiciales no se promoverían debidamente por un sistema jurídico en el que los jueces justificasen las reglas generales por referencia a las consecuencias de dichas reglas. Si aceptamos la posibilidad de desacuerdo entre los jueces sobre la utilidad de las reglas entonces los problemas del sistema utilitarista de las reglas se agudizan. Para conseguir un grado satisfactorio de predictibilidad debe haber un área suficientemente amplia en la que el derecho esté establecido y bien asentado. El consecuencialismo tiene como consecuencia el disminuir la predictibilidad, y tal consecuencia se valora negativamente. Por ello se rechaza el consecuencialismo. Observe el lector que nos encontramos curiosamente ante un esquema consecuencialista.

Por tanto para Hodgson, la seguridad o certeza jurídica es el valor fundamental del derecho, y aquí reside precisamente el problema pues Hodgson no se para a pensar que la certeza y predictibilidad, que él mismo justifica con base en un esquema utilitarista sin darse cuenta, son valores ideológicos, pero que la justicia del caso y la equidad pueden ser otros valores ideológicos igualmente válidos. Hodgson le critica a Wasserstrom el no acer-

tar a comprender el argumento sobre la inseguridad jurídica. Para Hodgson, un sistema de reglas como el del *Common law*, basado en el precedente da más seguridad o certeza que un sistema jurídico utilitarista en el que uno no estaría nunca seguro de los límites a las reglas que el tribunal podría formular y aplicar, y en el que en cada caso concreto donde surgiera una cuestión de derecho sería necesario acceder a la evidencia sociológica sobre las posibles consecuencias de las reglas alternativas en consideración. Esto implicaría un gasto mucho mayor de tiempo y esfuerzo a la hora de alcanzar decisiones sobre cuestiones de derecho. Paradójicamente nos encontramos nuevamente ante un esquema de razonamiento consecuencialista.

En efecto Hodgson habla de las «consecuencias del utilitarismo»: pérdida de tiempo y recursos, y pérdida de certeza. Podría incluso decirse que se acerca al utilitarismo pero invocando valores de control especiales en lugar de la mera felicidad. El autor parece asumir, sin argumentarlo debidamente, que el valor principal que debe protegerse en el derecho es el de la celeridad y la economía de esfuerzo, y no tanto el del mérito del caso, que puede requerir dicho tiempo y esfuerzo para alcanzar una solución adecuada, lo cual a su vez, contribuiría a aumentar la legitimidad de los órganos decisorios ya que las partes litigantes seguramente se sentirían más satisfechas y pensarían que se les habría hecho justicia si los jueces dedicasen precisamente ese tiempo y esfuerzo suplementarios a la consideración de las consecuencias de la adopción de una regla u otra como base para la decisión del caso concreto. Pero ahora yo mismo estoy argumentando con base en un esquema consecuencialista e incluso utilitarista. Parece bien difícil librarse de dichos esquemas, incluso para argüir en contra del utilitarismo. En este sentido todos somos algo utilitaristas.

Dworkin ha atacado también el esquema consecuencialista y utilitarista inherente a la corriente que él llama «pragmatismo» y que podría identificarse con las tendencias del uso alternativo o de la búsqueda libre del derecho, o incluso del realismo jurídico, y en general de las corrientes antiformalistas. Dworkin (1986) caracteriza el pragmatismo del siguiente modo: el pragmatismo mantiene que los jueces deberían adoptar aquel método de resolución de casos que produzca lo que ellos piensen que sea la mejor comunidad para el futuro.

El pragmatismo no descarta ninguna teoría sobre lo que hace mejor a una comunidad. Pero no se toma los derechos jurídicos en serio. Niega que las personas puedan tener derechos jurídicos es-

peciales como *triumfos* (trumps) o como elementos prioritarios sobre lo que de otro modo sería el mejor futuro posible entendido correctamente. Los pragmatistas mantienen, por razones puramente pragmáticas, que los jueces deben actuar algunas veces *como si* las personas tuvieran tales derechos jurídicos, ya que el actuar de ese modo beneficiará a la sociedad a la larga. Nos encontramos nuevamente ante una versión de la mentira noble: los pragmatistas no creen en la prioridad de los derechos pero actúan como si creyeran pues al actuar así la sociedad misma se registrará como si existiesen dichos derechos absolutos.

Consecuentemente, el pragmatismo reconoce la existencia de razones estratégicas para explicar porqué las leyes deben interpretarse normalmente según su significado literal más inmediato y para explicar porqué deben respetarse normalmente los precedentes judiciales. De otra forma la actividad normativa no funcionaría. Pero, según los pragmatistas, los jueces deben estar dispuestos a superar tales razones en los casos en que la desviación de las reglas pre-existentes serviría mejor al interés general a pesar de mermar de algún modo la autoridad de las instituciones políticas.

En opinión de Dworkin el pragmatismo sólo sería plausible como un modo de explicar lo que hacen y lo que dicen los jueces en los casos difíciles si asumiésemos que un pragmatista tendría razones del tipo de la mentira noble para interpretar las normas y los precedentes de acuerdo con la mejor explicación posible de los principios que las subyacen. En opinión de Dworkin, esto es mucho asumir. A pesar de todo, Dworkin dice preferir el pragmatismo al convencionalismo pues las razones estratégicas al menos requieren que los jueces actúen *como si* las personas tuvieran algunos derechos jurídicos, mientras que los convencionalistas negarían la existencia de dichos principios en todos aquellos casos en que no viniesen explícitamente desarrollados en las disposiciones jurídicas.

VII. LA DEFENSA DEL CONSECUENCIALISMO

Pasemos ahora a los argumentos en defensa del consecuencialismo comenzando de la mano de Wasserstrom (1961). Este autor propone un modo general de justificación de las decisiones judiciales al que llama «procedimiento de justificación a dos niveles».

En el primer nivel la justificación se basa en la universalizabilidad (que, en adelante, llamaré universalidad), consistencia y coherencia de la decisión propuesta en sí misma y respecto al ordenamiento jurídico en su conjunto, mientras que la justificación en el segundo nivel se basa en las consecuencias y el utilitarismo. En el primer nivel se pregunta el juez si la decisión por él propuesta es universalizable y si está dispuesto a aplicarla a todos los casos relevantemente similares, si la decisión propuesta no contradice a normas establecidas del ordenamiento o a su interpretación, e incluso si la decisión es coherente con los principios inspiradores del ordenamiento o de una parte especial del mismo. Si la propuesta o las propuestas posibles en juego superan estas condiciones, entonces se pasa al segundo nivel.

En el segundo nivel el juez se pregunta si es conveniente mantener la regla con base en la cual se propone tomar la decisión o si el cumplir y adoptar dicha regla conduce a consecuencias deseables. El tipo de utilitarismo al que se recurre en este segundo nivel, en opinión del autor, es un utilitarismo de la regla, y se puede expresar del siguiente modo: «¡formula y cumple aquella regla que, después de considerar todos los factores en juego, conduzca a un estado de cosas deseable, el cual, a su vez, tras un análisis de las restantes opciones, sea preferible a cualquier alternativa!». El utilitarismo de la regla resulta pues más adecuado que el utilitarismo del acto según el cual, el juez no tomaría la decisión en función de una regla sino en función de las consecuencias directas de su decisión o de su acto.

Wasserstrom distingue tres modos principales de justificación de la decisión: la regla estricta de precedente, el procedimiento a dos niveles y el procedimiento de equidad basado en el utilitarismo del acto, y añade:

«el procedimiento a dos niveles se parece a la regla de precedente en su insistencia en que las decisiones individuales se justifiquen apelando a las reglas jurídicas relevantes. Pero se distingue del sistema del precedente en su insistencia en que la presencia o existencia de una regla no es una justificación suficiente de la decisión judicial. El procedimiento a dos niveles se parece al procedimiento de equidad por su insistencia en que las consideraciones de justicia o de utilidad sean relevantes para la justificación de las decisiones, pero se distingue del mismo por su insistencia en que las consideraciones de justicia o equidad sean relevantes a la justificación de las reglas sobre las que se basan las decisiones, más que a la justificación de las decisiones concretas.» (1961: 171)

Anticipándose al contra-argumento sobre la predictibilidad y el consecuencialismo que hemos visto antes mantiene Wassersstrom que su procedimiento a dos niveles puede asegurar un cierto grado de predictibilidad. Una vez que se formula una regla y que se juzga como una regla deseable, es bastante improbable que las circunstancias que contradirían dicha deseabilidad surgieran en un futuro inmediato, aunque siempre le cabría a una parte del litigio el intentar demostrar que otra regla distinta sería más deseable aún. Sin embargo, la carga de la argumentación a favor de una regla distinta correría de su parte. Además, el juez, al plantearse la introducción de una nueva regla debe ser consciente de su necesaria justificación sistémica (primer nivel de justificación) y también de las consecuencias de su posible introducción (segundo nivel de justificación o consecuencias en el sistema jurídico).

Anticipándose al contra-argumento sobre la usurpación de las competencias del poder legislativo, que hemos visto antes, Wassersstrom admite (1961: 157) que se trata de un problema difícil. En el *Common law*, un juez o tribunal que se enfrente a un problema novedoso igualmente se encontrará en la tesitura de crear o formular una nueva regla que más tarde funcionará como precedente y tendrá que buscar la mejor regla posible, la cual será, en buena medida, aquella que conduzca a las mejores consecuencias. Si existe alguna evidencia que indica que una regla lleva a mejores resultados, no parece razonable impedir al tribunal el acceso a dicha evidencia: si los tribunales van a decidir controversias de una manera razonada y justificable o aceptable racionalmente, entonces deberán llevar a cabo investigaciones sobre los hechos y los datos socio-económicos siempre que les sea posible, pues (1961: 173):

«El procedimiento a dos niveles dispone expresamente que únicamente aquellas premisas, aquellas reglas jurídicas cuya implementación haya sido demostrada como conducente a la producción de las consecuencias socialmente deseables puedan figurar como buenas razones para las decisiones judiciales individuales. Las técnicas de investigación empírica son tan esenciales para la producción de justificaciones razonadas como lo son para la operación exitosa de cualquier otro programa social que se funde sobre la verdad o la falsedad de pretensiones descriptivas. Las características de la argumentación intelectualmente persuasiva son tan necesarias para la presentación de argumentaciones jurídicas aceptables como lo son para la defensa de cualquier otra decisión con impronta normativa»

MacCormick acepta el esquema o procedimiento de justificación a dos niveles de Wasserstrom, pero quizás insistiendo particularmente en el primer nivel como un filtro muy ajustado o muy fino de toda justificación. MacCormick utiliza la idea de un cuerpo consistente de normas en un sentido estricto, con el resultado de que por muy deseable que sea una decisión en términos consecuencialistas, dicha decisión no puede adoptarse si resulta contradictoria con alguna regla válida y vinculante del sistema jurídico (1978: 106). Toda decisión debe estar apoyada por el derecho. Su mensaje es: «consecuencialismo sí, pero sólo una vez que la regla propuesta como base para adoptar la decisión encuentre soporte en el sistema jurídico».

Una vez superado el primer test, se analizan las consecuencias de la regla propuesta, pero ¿qué consecuencias? Dado que la justificación de la decisión judicial sigue el cauce de mostrar por qué una decisión debe seguir una dirección u otra, las consecuencias relevantes serán aquellas de la decisión basadas en una regla genérica y no tan sólo los objetivos específicos de la decisión particular concreta sobre las partes litigantes individualmente consideradas (1978: 150). De este modo uno satisface en todo momento el requisito de la universalidad o del principio de la justicia jurisdiccional que consiste en tratar los casos iguales del mismo modo; y así uno evita la arbitrariedad. El argumento subyacente aquí es nuevamente la necesidad de universalidad, que trae consigo la certeza jurídica, y la eliminación de la arbitrariedad. Respecto a los valores dignos de protección no habría grandes diferencias entre MacCormick, Wasserstrom y Hodgson, aunque los dos primeros serían quizás más cautos a la hora de elevar la certeza al máximo rango, sin duda porque son conscientes de sus limitaciones en los casos difíciles.

Partiendo del planteamiento de Wasserstrom y MacCormick cabe preguntarse si puede haber situaciones en que el utilitarismo del acto sea posible o incluso aceptable. En el segundo nivel de razonamiento justificativo el juez puede y suele tomar algunas decisiones que se acercan a un utilitarismo del acto, sobre todo en los que Lon Fuller llamara (1972) *person-oriented cases*, es decir casos donde predominan los rasgos particulares y específicos irrepetibles. Ejemplos de tales casos serían asuntos de divorcio, adopción o tutela, algunos asuntos de derecho penal, etc. En ellos los jueces motivan sus sentencias o normas individuales, sus actos, por referencia a las consecuencias de dichos actos o decisiones sobre las partes litigantes únicamente, y sin pretensiones de argumentar que dicha decisión sea deseable en todos los demás

casos: cada caso es distinto, y el juez tiene en cuenta las consecuencias de su decisión concreta sobre las personas concretas a las que afecta, y no piensa necesariamente en las consecuencias de tomar dicha decisión en función de una regla universal para todos los casos. Se trata de áreas que resultan especialmente difíciles de regular y de someter a políticas concretas, y donde sólo cabe proporcionar criterios muy vagos como «los mejores intereses del niño» o «la decisión que menor coste psicológico conlleve», etc. Sin embargo, la justificación de tales decisiones ¿podría prescindir del requisito de universalidad?

¿Sería aceptable un mero consecuencialismo o utilitarismo del acto en estos casos? La racionalidad de la decisión judicial no puede obviar el requisito de universalidad, el primer filtro de toda justificación. Lo que ocurre es que ante tales *person-oriented cases* la regla universal con base en la cual se deberían examinar las consecuencias se formularía de un modo tan detallado y específico que nos acercaríamos a reglas irrepetibles en casos sucesivos, pero en ningún caso debería descartarse la existencia de aplicar exactamente la misma regla ante un caso igual. Por tanto, a nivel de justificación, es necesario tener en cuenta las consecuencias (como repercusiones socio-económicas y como implicaciones en el sistema y en el funcionamiento del derecho) de adoptar una u otra regla como base de la decisión concreta.

VIII. CONCLUSIÓN

Los tribunales tienen que conseguir la aceptación de su trabajo, la aceptabilidad racional (Aarnio; 1983) de su acción social, y siempre hay un límite ideológico muy integrado en la cultura jurídica o en la ideología normativa: el ideal del *rule of law* o la certeza jurídica y la legalidad; lo cual impone un cierto límite a un consecuencialismo desenfrenado y a un utilitarismo del acto generalizado. Pero, por otra parte, al juez debe preocuparle el buscar la mejor solución, la solución que resuelva un conflicto social o consiga implantar los fines propuestos por el legislador. El juego de los argumentos consecuencialistas se ubica precisamente entre estos dos polos: 1) el límite infranqueable de la solución impuesta por el derecho de forma hipotética en los casos en que esta solución se desprende sin mayores dificultades interpretativas, y 2) la necesidad de cumplir con su función de resolución de conflictos y de participar como fiel colaborador en la empresa normati-

va. Los jueces deben buscar la mejor solución al litigio planteado pero deben aparecer en esta tarea como aplicadores del derecho vigente previamente establecido.

La decisión judicial es el método predominante de resolución de conflictos de las sociedades modernas y, como tal, la decisión judicial tiene como finalidad social el dar solución —jurídica, eso sí— a un conflicto social interpersonal definido jurídicamente. Ello implica en cierto modo que al juez debe preocuparle el cumplir con su misión de resolución de conflictos, el comprobar si su decisión es realmente eso, una solución. Utilizando lenguaje dworkiniano podríamos decir que al juez debe preocuparle el buscar la mejor solución, la que él considere como la mejor. Ello no quiere decir que efectivamente lo sea. El afirmarlo o negarlo supone la adopción de un punto de vista cognitivista allende nuestras capacidades y nuestras aspiraciones.

Esta perspectiva bipolar constituye el marco en el que entran en juego los razonamientos consecuencialistas. Cuando la disposición normativa es clara y no existe una situación pragmática de duda, se extrae mecánicamente la norma contenida en la disposición y se aplica directamente y sin más. Aquí no entran en juego los argumentos consecuencialistas porque no entran en juego elementos interpretativos. Cuando existe una situación pragmática de duda y de la disposición aplicable pueden extraerse varias normas, o bien no está claro cuál sea la norma aplicable por ausencia o conflicto de disposiciones, entonces habrá varias normas candidatas a la aplicación. Entre estas candidatas se procede a una selección. El primer examen eliminatorio que deben superar las candidatas es un examen sistémico: el aprobado consiste en la no-contradicción con otras normas del sistema jurídico, y los puntos adicionales se otorgan según el grado de coherencia o integridad de las candidatas con los principios inspiradores del ordenamiento.

La segunda prueba es consecuencialista y los puntos se otorgan según las consecuencias a las que llevaría la aplicación de la norma candidata en el caso presente y en todos los casos relevantemente similares, midiendo dichas consecuencias según los resultados en el contexto social en que opera el derecho y según las implicaciones sistémicas sobre el funcionamiento del derecho, valorando dichas consecuencias de acuerdo con los valores y objetivos fijados por la cultura o tradición jurídica en la que se opera, por el ordenamiento jurídico en su conjunto, y por la ley donde se integra la norma. Se seleccionará la norma candidata que más puntos obtenga en virtud de sus consecuencias.

Dado que el primer límite, la primera prueba eliminatoria, viene expresamente proclamada por el legislador y coreada por la cultura jurídica, ésta quedará siempre **patente** en la justificación de la decisión judicial; y dado que la función social de los jueces, es decir, la adjudicación como método de resolución de conflictos, es un elemento socio-político implícito y una finalidad **latente** de la institución judicial, este elemento queda frecuentemente obviado, o quizás olvidado, en el contexto de justificación o presentación oficial de la decisión judicial, de tal suerte que, para seguir con la analogía anterior, no es posible presentar reclamaciones de nota con base en este criterio.

Según la ideología judicial imperante, los jueces pueden estar buscando la mejor solución al litigio planteado, la solución que mejores consecuencias conlleve, pero en todo caso deben ser vistos como meros aplicadores del derecho. Si, de hecho, uno tiene suficientes motivos para hipotetizar que la decisión fue escogida, en la deliberación, en virtud de sus consecuencias, y si dicha decisión, una vez adoptada, puede comprenderse mejor teniendo en cuenta los razonamientos a partir de consecuencias, pero si, a pesar de todo, en la motivación no aparece mención alguna de las consecuencias de la regla en la que se habría basado la decisión ni de los argumentos de principio con base en los cuales las consecuencias habrían sido valoradas, entonces siempre le queda a uno la crítica de la labor judicial concreta con base en el no respeto hacia los criterios de sinceridad y transparencia, criterios en función de los cuales podría decirse que la justificación judicial es un tipo especial de la justificación general práctica, al modo de Alexy.

Recapitulando pues los resultados obtenidos a lo largo del camino recorrido:

1. Los jueces utilizan de hecho argumentos a partir de las consecuencias. Al hacerlo están optando por un modelo concreto del rol judicial como colaborador del legislador.
2. Las consecuencias a las que se refieren son de distintos tipos: 1) repercusiones socio-económicas y 2) implicaciones a) en el derecho (como sistema jurídico) o b) implicaciones sobre el funcionamiento del derecho y se valoran de acuerdo con distintos criterios axiológicos 1) extrajurídicos y 2) jurídicos.
3. Los jueces no utilizan siempre los argumentos consecuencialistas de forma abierta.

4. Este dato, en sí, puede explicarse desde la perspectiva de la teoría de la acción social, y puede criticarse desde el punto de vista del discurso racional práctico.
5. A nivel normativo es deseable que los jueces se embarquen en razonamientos consecuencialistas con una condición: que la regla en función de la cual fundamenten su decisión cumpla en primer lugar el requisito de universalidad y ciertas condiciones sistémicas.
6. En tales supuestos es deseable además que procedan a un examen exhaustivo y documentado de las consecuencias que hay en juego, en sus distintas versiones, como repercusiones y como implicaciones. Consecuentemente es deseable también que los jueces estén formados para hacerlo.
7. Es deseable además que especifiquen con base en qué criterios proceden a evaluar dichas consecuencias.
8. Es deseable que lo hagan abierta y sinceramente, de tal modo que sea posible el control de la racionalidad de la decisión.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO; 1983: Aulis Aarnio: «Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica», 23-24 *Anales de Cátedra Francisco Suárez*.
- ALEXY; 1978: Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, München.
- ATIENZA; 1991a: Manuel Atienza: «Razón práctica y legislación», ponencia plenaria presentada al 15 Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado en Göttingen, 75-111.
- ATIENZA; 1991b: Manuel Atienza: *Las razones del Derecho*, Madrid.
- ATIENZA; 1992: Manuel Atienza: «Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos», 25 *Claves*, págs. 16-30.
- BELL; 1983: John Bell: *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford.
- BENGOETXEA; 1991: Joxerramon Bengoetxea: «Legal System as a Regulative Ideal», comunicación presentada en el 15 Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado en Göttingen.
- BENGOETXEA; 1993: Joxerramon Bengoetxea: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford.

- CROSS; 1976: Sir Rupert Cross: *Statutory Interpretation*, London.
- DWORKIN; 1986: Ronald Dworkin: *Law's Empire*, London.
- EDWARD Y LANE; 1991: David Edward y Robert Lane: *European Community Law*, Edinburg.
- EZQUIAGA; 1987: Francisco Javier Ezquiaga: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati.
- FULLER; 1972: Lon L. Fuller: «The Justification of Legal Decisions», NF 7 *Archiv für Rechts- und SozialPhilosophie*.
- GRISEZ; 1978: Germain Grisez: «Against Consequentialism», 23 *The American Journal of Jurisprudence*, págs. 21-78.
- HARPER; 1929: F.V. Harper: «Some Implications of Juristic Pragmatism», 39 *International Journal of Ethics*.
- HODGSON; 1967: D.H. Hodgson: *Consequences of Utilitarianism. A Study in Normative Ethics*, Oxford.
- KUPPERMAN; 1981: «A case for Consequentialism», 18 *American Philosophical Quarterly*.
- MACCORMICK; 1978: D. Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford.
- MACCORMICK; 1983: D. Neil MacCormick: «On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin», 58 *New York University Law Review*, 239-258.
- MACCORMICK Y BANKOWSKI; 1991: D. Neil MacCormick y Zenon K. Bankowski: Capítulo dedicado a la interpretación en el Reino Unido, en la obra editada por Neil MacCormick y Robert Summers: *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, Aldershot.