

**INCONMENSURABILIDAD, DERECHO Y LÍMITES DE LA RACIONALIDAD
PRÁCTICA
UNA CRÍTICA A LAW - MAKING AND INCOMMENSURABILITY DE HENRY S.
MATHER***

**INCOMMENSURABILITY, LAW AND THE LIMITS OF PRACTICAL
RATIONALITY
A CRITIQUE TO LAW MAKING AND INCOMMENSURABILITY BY HENRY S.
MATHER**

**Guillermo Lariguet
Conicet, CIFFYH, Universidad
Nacional de Córdoba, Argentina**

RESUMEN: Este artículo discute la tesis de Henry S. Mather que defiende la existencia de una elección racional entre alternativas inconmensurables en el contexto de la legislación. El principal argumento de Mather está basado en la idea según la cual cuando la razón no prohíbe o no requiere esta elección, la misma está permitida. El argumento es interesante pero problemático, tal como intentaré mostrar.

PALABRAS CLAVE: Inconmensurabilidad, elección racional, permisión de la razón, balance de razones.

SUMMARY: This paper discusses a thesis by Henry S. Mather that defends the existence of rational choice between incommensurable alternatives in the context of law-making. The main argument of Mather is based in the idea that when reason does not forbid or require this choice, the choice is permitted. The argument is interesting but problematic, as I attempt to show.

KEY WORDS: Incommensurability, rational choice, permission of reason, balance of reasons.

1. Introducción

La vieja discusión filosófica sobre los “conflictos de valores” tiene numerosas facetas, una de las cuales es la de la “inconmensurabilidad”. Si bien el debate teórico sobre esta cuestión ha tenido manifestaciones muy conocidas en epistemología (véase por ejemplo, Sankey; Oberheim; Hoyningen Huene, 1997), su articulación en el dominio de la filosofía práctica es un poco más reciente. Cabe decir que, pese al refinamiento de las discusiones que mantienen los filósofos prácticos, las cuestiones principales siguen en pie² (Por ejemplo, Chang, 1997; Andreou, 2005).

En este trabajo tomaré como centro de mi análisis el ensayo “Law - Making and Incommensurability” de Henry Mather (2002). No pretendo desarrollar este análisis con un afán estrictamente exegético, aunque en la primera parte del presente ensayo describa algunos de los argumentos de Mather. Mi idea, más bien, es tomar los argumentos de Mather con la pretensión de articular una discusión *más general* de los problemas que

plantea, los cuales tienen una difusión muy extendida³, especialmente en el terreno de la filosofía práctica que es el que más me preocupa. Como se podrá apreciar, los argumentos de Mather no están exactamente –al menos presumiblemente- en la línea de aquellos filósofos que piensan que la inconmensurabilidad no es conceptualmente posible (por ejemplo Regan, 1997, pp.129-150) sino de aquellos que piensan que aún si lo fuera, desde cierto punto de vista, su corolario no es el de una elección “irracional” o “ininteligible” (por ejemplo Raz, 1997).

Es importante aclarar que el análisis de Mather se restringe al impacto de la inconmensurabilidad en el ámbito de la legislación⁴: legisladores que tienen que decidir por un ítem⁵ y por una forma determinada de desarrollarlo. Considérese, sólo a título de ejemplo a un grupo de legisladores que desean crear por ley un banco de huellas genéticas de toda la población (medio) a efectos de mejorar a futuro la identificación de delincuentes sexuales (objetivo). Aquí podrían enfrentarse consideraciones basadas en objetivos políticos de índole agregativa (aumentar los recursos para identificar delincuentes sexuales) con consideraciones basadas en derechos individuales (intimidad, inviolabilidad de la persona, inocencia, etc.). Este eventual enfrentamiento de consideraciones agregativas y consideraciones de derechos individuales podría ser agravada *si se viese* como un ejemplo de inconmensurabilidad entre objetivos políticos y derechos individuales.

Ahora bien, la tesis principal de Mather es que de la existencia de alternativas inconmensurables no se sigue que la elección sea “irracional”. Ello es así porque en casos en que la razón está indeterminada, en el sentido de que no prohíba o no requiera una elección determinada, la opción que ejerza el agente por alguna de las alternativas inconmensurables se encontrará *permitida* por la razón⁶. Si bien encuentro perspicaz este argumento, creo que la idea de que la elección “no es irracional” tiene todavía algunas dificultades en las que vale la pena detenerse y que no son discutidas por Mather.

Para revisar el mencionado punto, primero voy a describir las tesis principales de la contribución de Mather al análisis de la idea de inconmensurabilidad.

2. Las tesis principales del trabajo de Mather

La inconmensurabilidad o incomparabilidad

- i) Puede darse entre ítems⁷ abstractos o entre las ejemplificaciones de estos ítems⁸.
- ii) Puede afectar la actividad del legislador⁹ en el sentido de cuáles de todas las alternativas debe o puede elegir “racionalmente”.
- iii) Presupone la ausencia de criterios racionales que permitan o bien la comparación métrica (o cardinal) de los ítems o bien la comparación cualitativa (u ordinal) de los ítems¹⁰.
- iv) Supone que “no es verdad” que un ítem sea *mejor, peor o valga lo mismo que el otro* (o “esté a la par” en la versión cuatricotómica)¹¹.
- v) La idea de que *no es verdad* puede ser interpretada en dos versiones diferentes: la realista y la racionalista¹². Mientras la verdad en su versión realista refiere a hechos que son independientes de la conciencia o creencia de la gente¹³, la segunda es el producto de una serie de reglas de racionalidad¹⁴ aceptadas por la gente para gobernar sus razonamientos¹⁵.

- vi) De acuerdo a lo anterior, hay cuatro posibilidades: a) que dos ítems sean inconmensurables como cuestión de verdad real y racional; b) que dos ítems sean conmensurables desde el punto de vista real pero inconmensurables desde el punto de vista racional debido a la incapacidad de la razón humana de discernir esta conmensurabilidad; c) es posible que los ítems sean inconmensurables como cuestión de verdad real pero ciertas reglas racionales que forman parte de aparatos de razonamiento exijan tratarlas como conmensurables; d) los ítems podrían ser conmensurables como cuestión de verdad real y también conmensurables como cuestión de verdad racional¹⁶.
- vii) La versión que defenderá Mather será la “racional”. Según Mather, la postulación realista de la inconmensurabilidad presupone que las autoridades normativas tienen la posibilidad de acceder a estas verdades reales mediante alguna especulación misteriosa. Dado que es una cuestión problemática mostrar cómo se da el acceso a estas verdades y dado que es más bien una cuestión de fe, la versión de la conmensurabilidad/inconmensurabilidad más plausible es la racional en cuanto depende de un conjunto de reglas de racionalidad¹⁷.
- viii) Si los legisladores se enfrentan a un caso de inconmensurabilidad – racional- ello no supone que la adopción de determinada regla (que opera como medio que promueve determinado fin) sea irracional¹⁸ en cuanto esta acción puede estar permitida por la razón¹⁹.
- ix) El juicio según el cual un ítem deba triunfar sobre otro en un caso de conflicto entre ítems posee un status susceptible de tres versiones: a) la elección esté requerida por la razón; b) la elección esté permitida pero no requerida por la razón; c) que la elección no esté prohibida por la razón.²⁰
- x) Las elecciones permitidas –pero no requeridas por la razón- pueden ser de dos clases: o bien “racionales” o bien “aracionales”²¹.
- xi) Las “elecciones racionales” devienen del hecho de que no se contravienen reglas de racionalidad. Sin embargo, no es condición suficiente de la racionalidad de la elección el hecho de que la misma se halle permitida por la razón. Es necesario que la elección del agente debe apoyarse en razones que superen o tengan más fuerza que otras razones alternativas posibles.²²
- xii) Las “elecciones aracionales” son aquellas que están permitidas por la razón pero que no se fundamentan en un conjunto articulado y explícito de razones²³ que apoyen la selección de un ítem en detrimento del otro. Un ejemplo usual de elección apoyada en factores no articulados es aquella que se basa en “intuiciones”²⁴.
- xiii) Por cierto, la línea entre las elecciones “aracionales” y las “irracionales” o “arbitrarias” no es siempre fácil de trazar. Generalmente, los contextos de creación de normas (también de aplicación, agregó yo) prohíben la elección arbitraria, en cuyo caso la elección, aún si se apoya en intuiciones defendibles, puede ser considerada irracional en cuanto controvierde ciertas reglas de racionalidad.²⁵

- xiv) No es aceptable pensar que la inconmensurabilidad suponga alguna tesis sustantiva que conduzca al rechazo –o aceptación- de posiciones consecuencialistas, liberales, etc. Todo lo que hay es la permisión de la razón de elegir cualquiera de los ítems en conflicto y generadores de desacuerdo²⁶.
- xv) La inconmensurabilidad nos recuerda los límites de la razón humana y sirve de antídoto contra el dogmatismo, enseñándonos humildad intelectual y moral²⁷.

3. Discusión

De los muchos aspectos²⁸ que se pueden discutir de las tesis defendidas por Mather voy a detenerme solamente en uno que es central para el autor. La tesis dice que aún si dos ítems son –racionalmente- inconmensurables no se sigue que la elección sea “irracional”.²⁹ El núcleo de esta tesis reposa en lo siguiente: dado que la elección entre inconmensurables presupone la indeterminación de las reglas de la racionalidad en el sentido de que no hay ninguna de ellas que prohíba o requiera la elección, la misma se encuentra permitida³⁰. Este núcleo es *común* tanto a las elecciones “racionales” como a las “aracionales”. La diferencia entre las elecciones racionales y aracionales estriba en que, mientras en las primeras se verifica el basamento en razones articuladas, no ocurre lo mismo en las segundas.

3.1. El problema

Mather sugiere que la inconmensurabilidad racional *no lleva a* la irracionalidad de la elección. Su tesis es que si no todas, *casi todas* las elecciones entre ítems inconmensurables pueden caer en el saco de las opciones racionales o aracionales, pero no en el de las irracionales o arbitrarias (salvo *muy* excepcionalmente).

Pero si la tesis se define de la forma indicada, ¿qué significa suscribir la conclusión de que la razón humana es “limitada” y esta es la lección de humildad que tenemos que aprender de la filosofía? En todo caso, ¿cómo se define la idea de “límite” de la razón y cuáles son sus implicancias?

Me parece que una intuición sensata debería conducir a una *variación* del planteo de Mather. Dado que la inconmensurabilidad, tal como él la entiende, supone “ausencia de reglas de racionalidad” que fundamenten un juicio comparativo entre ítems, la elección del agente tendría que ser –como regla general- o bien “irracional” o bien “aracional”, esto último en el mejor de los casos. Más no *necesariamente* “racional”. El argumento de Mather es que la racionalidad de la elección es parasitaria de: a) una permisión derivada de la razón; b) más el requisito de apoyar la elección en razones que superen otras alternativas en juego.

3.2. Análisis

a) Permisión y límites de la razón

La idea según la cual la razón tiene “límites” puede significar dos cosas: i) que la razón no conforma un orden pleno o cerrado por reglas de clausura que eliminen analíticamente lagunas; ii) que la razón no conforma un orden necesariamente

consistente en cuanto sus reglas (ciertas reglas de racionalidad podrían ser inconsistentes con otras reglas de racionalidad). I) y II) aluden a dos clases de límite: lagunas e inconsistencias, respectivamente. Dejaré a un lado ii) sólo por un momento.

Conforme i) parece que la tesis de Mather según la cual la razón tiene límites testificados por supuestos de inconmensurabilidad se vincula con la “ausencia” de criterios en los que apoyar un juicio de comparabilidad entre ítems.

Para hacer inteligible su idea es preciso señalar que la razón no sería completa, esto es, tendría límites en cuanto no hay reglas de racionalidad que permitan resolver conflictos entre ítems inconmensurables.

Mi punto es que la idea de porqué Mather suscribe que la razón tenga *límites* es un tanto enigmática. Ello así porque su tesis es que, frente a inconmensurables, cuando la razón no prohíbe ni requiere una elección, ésta se encuentra permitida y en consecuencia es “racional” o “aracional”, pero no “irracional”. La principal hipótesis de elección “irracional” para Mather es aquella donde el agente realiza una elección prohibida por la razón.

Veo enigmática la postura de Mather debido a la falta de transparencia que parece tener su idea de “límite” de la razón. Un sentido posible, no digo que el único, haría suponer que la razón no conforma un orden pleno en el sentido ya explicado.

En efecto, Mather parece tratar a la razón en términos de plenitud. Si una elección no está prohibida ni requerida (u obligada) se encuentra permitida. Este razonamiento parece envolver una tautología con funciones de clausurar el dominio de la razón en la vena de “todo lo que la razón no prohíbe, no está prohibido” (o está “débilmente permitido”). El carácter tautológico del argumento parece operar en virtud de cierta *definición* de la razón que incluye analíticamente³¹ la permisión. Todavía esto no elimina el problema de la *ambigüedad* del uso de la idea de permisión, pues “permitido” puede expresar dos cosas discernibles lógicamente: o bien “no prohibido” o bien “positivamente permitido”. Creo que argumentos del estilo empleado por Mather se deslizan subrepticamente de un sentido al otro y esto los vuelve más débiles. Me explico. La permisión, como han mostrado entre otros Alchourrón y Bulygin (1987), puede ser “débil” o “negativa” (una elección no prohibida tal como indica la tautología ya reseñada) o “fuerte” o “positiva” (efectivamente prevista y autorizada por las reglas de la razón).

En el sentido débil, la idea de Mather no dice mucho: sólo dice que si una elección no está prohibida, ésta se encuentra no prohibida (o débilmente permitida). Empero, cabe la posibilidad de que la elección no esté prohibida pero tampoco positivamente permitida en cuyo caso la razón es incompleta para ciertos casos. En otras palabras, hay una laguna en el sentido de ausencia de criterios para apoyar *objetivamente* un juicio de comparabilidad. Dado que hay una laguna, la elección no puede ser “racional” *sin más* como piensa Mather. Hacen falta argumentos adicionales. El argumento de Mather, podría estar viciado de una *petitio principii* dado que concluye en lo que todavía hay que probar: que la razón cubre positivamente con una permisión tal elección, tornándola genuinamente racional de acuerdo con una regla. La idea de permisión de la razón de Mahter, en consecuencia, es poco precisa³². Es por ello que su estrategia para eliminar el límite de las lagunas (i) es dudoso.

Si se considera al punto ii), vinculado a inconsistencias, la estrategia de Mather también se muestra dudosa. Alchourrón y Bulygin (1987, 193) han mostrado que la introducción de reglas de clausura -del estilo de Mather- en un sistema normativo puede generar incoherencias dado que a una misma acción A se le asignan dos estatutos deónticos

incompatibles: por ejemplo, prohibido y permitido (vía la regla de clausura) simultáneamente.

Sea como fuere, mi punto de crítica se podría objetar alegando que, en realidad, lo que está definiendo Mather son términos como “racional”, “irracional” o “aracional” y no términos deónticos como “permitido” y “prohibido”. La objeción es útil para aclarar los diversos factores por los que mis observaciones son atendibles. En primer lugar, subyace en argumentos del linaje que examino una analogía entre una “autoridad normativa”, históricamente situada, que prohíbe, requiere o permite comportamientos y la “autoridad de la razón” (ver Hampton, 1998) que también prohíbe, requiere o permite determinadas elecciones entre ítems³³. Signo de esta analogía lo constituye el hecho de que para precisar el *definiendum* (elección racional) intervienen en el *definiens* operadores deónticos (prohibido, permitido, obligatorio o requerido) que son, a su vez, inderdefinibles. En segundo lugar, las “reglas racionales” de las que hablan autores del estilo de Mather, y que *integran* la razón, son *normativas* de una manera similar a reglas morales, jurídicas, etc., que califican deónticamente ciertos comportamientos. El rango “normativo” de las reglas, en general, reposa en su función de ser engranajes en la *justificación* de comportamientos o estados de cosas.

Mi propósito en esta parte es más bien modesto: no se dirige a mostrar que no sean posibles las elecciones racionales en hipótesis de inconmensurabilidad, sino que más bien se dirige a mostrar que hay una ambigüedad en la definición de “elección permitida” que requiere ser despejada.

El atractivo de la propuesta de autores como Mather reposa en que parece capturar la intuición de muchos juristas y filósofos prácticos según la cual aún si hubiera inconmensurabilidad entre ítems, por ejemplo ítems recogidos en una Constitución, la consecuencia negativa, esto es, una elección “irracional”, estaría bloqueada. Ello sería así precisamente por lo que sugiere Mather: la activación de reglas de racionalidad explícitas o reglas de racionalidad implicadas en las complejas piezas que componen un material normativo como el constitucional (principios jurídicos o morales, objetivos políticos, razones prudenciales, etc.) cuya función sería, en alguna medida, desconocer los efectos de la inconmensurabilidad³⁴ u obviarlos en algún sentido³⁵ (en un sentido muy similar a estos argumentos de Mahter, se encuentra Anderson, 1997, p.90 y ss.).

Ahora bien, aún si detecto de manera adecuada el problema de la ambigüedad en el uso de “permitido” en un razonamiento como el de Mahter, queda todavía un aspecto más a considerar. Si la analogía que he indicado entre autoridad normativa y autoridad de la razón opera de tal modo que habilita mi crítica, todavía tengo que probar porqué sería relevante poner el acento en el sentido *positivo o fuerte* de la permisión³⁶, esto es, que una elección califica claramente como “racional” no sólo cuando esté permitida (en el sentido de “no prohibida”) sino que el meollo responsable del problema está en saber si es necesario que esté permitida en sentido positivo o fuerte.

Pienso que parte de la respuesta se halla en los propios argumentos de Mather. Él postula que la racionalidad de la elección no sólo presupone su permisión sino también que el agente esgrima razones para optar por un ítem -que se demuestre- *superan* las razones a favor del otro ítem en el marco de un balance de razones. Siendo así, Mather no seguiría nítidamente una estrategia como la de proyectar en su análisis la relación de “indiferencia” entre las alternativas³⁷: se encuentra permitida cualquier elección en el marco de una relación de indiferencia puesto que ambas alternativas resultan intercambiables para el agente (Resnik, 1998, 49;51).

En el fondo, los argumentos de Mather no suponen el empleo de la relación de indiferencia³⁸ para el escrutinio de hipótesis de inconmensurabilidad. Ello así porque “no da lo mismo” escoger “cualquier opción” sino aquella para la cual hay *razones de mayor peso*; por consiguiente, esto supone asumir implícitamente la idea según la cual, aún si hay inconmensurabilidad, es cierto que el agente puede ordenar preferencias aparentemente conflictivas en términos de condiciones de racionalidad tales como la transitividad y la conexidad³⁹.

De cualquier modo, ¿cuál es la “fuente” de estas razones de peso que constituyen el “plus” que exige Mather para calificar de “racional” una elección entre inconmensurables? Aquí no podría bastar con afirmar que la elección de un agente se encuentre permitida en sentido débil o no meramente prohibida. Es necesario que el agente cuente con *razones positivas* en favor de su elección. Si estas razones están conectadas con reglas de racionalidad que operan como fuentes de suministro, la cuestión se halla resuelta en el siguiente sentido: las razones a favor de un ítem no están sólo débilmente permitidas, esto es, no son razones meramente no prohibidas sino razones permitidas en sentido fuerte o positivo. En conclusión, si estas reglas no ofrecen un encuadre en términos de una situación de indiferencia, la estrategia tiene que vincularse con una posibilidad más vigorosa: que exista una regla de racionalidad que positivamente ofrezca una respuesta al dilema de elección del agente.

De todos modos, si lo anterior es así, surge el segundo problema: en la inconmensurabilidad ambos ítems resultan *mutuamente inderrotables*⁴⁰ motivo por el cual resulta complicado pensar que haya razones que, balance mediante, triunfen sobre las razones a favor del otro ítem. Esto hace sospechar la existencia de algún tipo de inconsistencia en el planteo. En lo que sigue, me ocupo de este segundo tipo de problemas.

b) Elección apoyada en razones que superen otras alternativas

Si mi argumento anterior tiene alguna chance, habré mostrado que una tesis inteligible de los límites de la razón solamente es conciliable con la asunción posible de lagunas en el sentido ya especificado. Por tanto, la idea de permisión de la razón, tal como pareciera ser tratada por Mather, no puede ser una condición suficiente de una “elección racional” en el marco de ítems inconmensurables.

Lo que le interesa a un agente que tiene que enfrentar situaciones de inconmensurabilidad es poder mostrar que su elección es justificable “racionalmente” pero en un sentido no meramente tautológico sino *positivo*: esto es, que haya “razones” que apoyen la elección. Esta observación abre el paso a una consideración promisoria en la propuesta de Mather. Como ya apunté, él argumenta que una elección es “racional” – diferente de una “aracional”- cuando se muestra que la misma se apoya en razones que triunfen en un *balance*⁴¹ con otras razones (esto es, que las razones de apoyo de la elección no sean “derrotadas” por las otras razones que se integran al balance).

La idea de Mather es que ya no son reglas de racionalidad las que operan en calificar de racional una elección sino razones. Mientras el permiso apunta a una idea de racionalidad más bien formal, la idea de razones apunta a una cuestión material (en el sentido de que las razones son el “contenido” de una elección). Estas razones pueden tener distintas fuentes: principios morales (sea como sea que los reconstruya), juicios prudenciales, etc. Entiendo que esta vía es promisoria pero no exenta de dificultades. La primera dificultad es que no es

claro porqué estas fuentes que suministran razones no son integradas por Mather –al menos de una manera obvia- dentro del ámbito mismo de la razón desde que ellas contribuyen a una elección racional. La segunda dificultad es que las fuentes de razones indicadas son objeto de desacuerdos refinados entre los filósofos y quienes tienen que elegir y por lo tanto ellas no parecen constituir, al menos no en forma evidente, una base unívoca y estable de respaldo para una elección racional. Antes de ello podrían existir intrincadas cuestiones interpretativas que, al menos en parte, expliquen los desacuerdos filosóficos. Incluso, si se incorporase cierta versión escéptica de la interpretación, se podría pensar que, “cualquier interpretación” de las mencionadas fuentes podría apoyar la tesis de que la elección fue racional. Aunque esto introduce una paradoja, de estilo similar a la del “seguimiento de reglas”, su presencia no sería inerradicable sin más. Por supuesto, aquí no puedo extenderme más allá de esta sugerencia más bien marginal a mi argumentación principal. La tercera dificultad, seguramente la de mayor importancia para mis propósitos, es que, cuando se verifica inconmensurabilidad, generalmente se asume que las dos alternativas son mutuamente *inderrotables*. Precisamente, y tal como subrayé en el apartado anterior, esta asunción aparece de manera diáfana en situaciones de inconmensurabilidad; especialmente en aquellas situaciones de inconmensurabilidad que presuponen algún tipo de *dilema* al que el agente se enfrenta. Desde este punto de vista, resulta complicado aceptar sin más la idea según la cual la elección sería “racional” en cuanto se apoye en este plus indicado: razones que superen (o derroten) y no sean superadas (o derrotadas) por otras.

Tomando en cuenta los requisitos (a y b) de racionalidad de una elección entre inconmensurables la idea de Mather pareciera ser que la razón tiene límites pues no hay reglas que contemplen efectivamente el caso de inconmensurabilidad o permitan jerarquizar o comparar ítems, pero hay agentes que pueden aportar razones mejores que otras. (superadoras y no superadas por otras).

No obstante, el hecho de que haya lagunas en la razón es distinto de la exigencia de integrarlas de alguna manera a fin de llegar a alguna decisión. Que haya *sastres* (agentes que tienen que elegir) no significa que no haya agujeros (lagunas) que remendar, más bien se implica lo contrario. La “exigencia” de decidir es un dato que viene de prácticas como las morales, políticas o jurídicas donde el agente no puede simplemente encogerse de hombros. Estas prácticas exigen una decisión y no puede escaparse a esto como se escapa a un juego que nos aburre o no podemos resolver y que simplemente podemos cambiar por otro que nos divierte y/o entendemos mejor o podemos resolver.

“Decidir” no es lo mismo, empero, que “resolver” sustancialmente en una forma defendible. Mather cree que un ítem puede ser elegido racionalmente si se apoya en razones que derroten a otras. Pero esto es un problema, al menos para situaciones de inconmensurabilidad donde no hay forma alguna de inclinar la balanza. Las situaciones en las que parece pensar Mather son aquellas donde el agente puede trazar alguna comparación en términos de que hay una salida “menos mala” que la otra⁴² (algo así como la aplicación de una regla maximin). Con todo, esta situación no agota todas las posibilidades; de hecho hay una en que *se podría concebir* que ni siquiera esto se puede hacer.

Desde luego, si se concediera mi crítica, todavía se puede divisar una salida: argumentar que la elección del agente es aracional, pero no irracional. Esta salida también es problemática y ello por dos motivos. El primero es que la “aracionalidad” surge para Mather del hecho que el agente no puede articular factores que justifiquen su decisión en

cuanto éstos son “subconscientes”. Pero no veo porqué esto tiene que tornar aracional la elección. Muchas elecciones son “racionales” en el sentido en que se apoyan en razones que no se conocen explícitamente o que no es necesario traer a colación. Podemos usar competentemente un lenguaje, incluso si hay muchas reglas que no están explicitadas conscientemente. Nadie negaría que un sillón tiene resortes por el hecho de que los mismos no se vean. El segundo motivo es que las elecciones que Mather llama “aracionales” podrían ser lisa y llanamente “irracionales” (y no solamente en el sentido de estar prohibidas por la razón). “Irracionales” pero no por su dificultad de articulación sino porque o bien la elección es efectuada de manera arbitraria o bien su contenido es contrario a determinadas reglas de racionalidad. Recuérdese que Mather sostiene que un ejemplo de elección aracional sería aquella fundada en intuiciones. Salvo que las mismas sean sagradas, ¿quién podría negar la posibilidad de que en cierta práctica se sostengan intuiciones erróneas o falsas?

4. Consideraciones finales

En este trabajo he examinado la tesis de Mather según la cual, en situaciones de inconmensurabilidad, el agente (en su caso el legislador) puede ejercer una elección racional, al menos en la gran mayoría de los supuestos.

Tesis como las de Mather no son descabelladas. Otros, incluso, pueden ser los argumentos para desterrar del derecho fenómenos como los de la inconmensurabilidad. Piénsese, por ejemplo, en que muchos sistemas jurídicos poseen un diseño institucional apoyado en un “coto vedado” de derechos individuales que otorga prioridad a éstos sobre otras consideraciones: por ejemplo, basadas en objetivos políticos, por lo cual siempre que hubiese un eventual conflicto entre derechos individuales y objetivos políticos, tendrían prioridad los primeros. Así, no habría problema de inconmensurabilidad alguno ni para legisladores ni para jueces.

He argumentado que la tesis de Mather es perspicaz pero no puede ser aceptada sin más pues hay dificultades vinculadas tanto a su idea de “estar permitido por la razón” y de alegar “razones que superen a otras”. Tomadas seriamente, estas dificultades volverían problemática su tesis de que hay *elecciones racionales* e incluso podrían llevar a reformular el significado de la idea de *elección aracional*.

Las restricciones que Mather impone a su análisis, entonces, no están suficientemente justificadas y no dan un lugar adecuado a otras posibilidades que podrían seguirse de una situación de inconmensurabilidad: por una parte, que no habría elección racional; por la otra, que aún si la hay, la misma se encuentra francamente menguada en el sentido de que el agente elige la opción que tiene menos consecuencias negativas, pero esto no expulsa la idea de que se “sacrificó” una alternativa valiosa, lo cual explica la conocida tesis del residuo normativo que aquí no entiendo en un sentido meramente psicológico (Foot, 2002, p. 37 y ss) y da cuenta de la *lamentación* del agente que decide.

Mather sigue un camino tan atractivo como diferente a la mayoría de las tesis conocidas en materia de inconmensurabilidad. Según estas tesis una elección es “racional” si: i) hay un juicio comparativista presupuesto; ii) aún si no se da un juicio comparativista, se esgrime alguna tesis sustantiva –no comparativista– que justifique la elección, por ejemplo, la elección de la opción del celibato por parte de alguien que pretende ser un monje no está supeditada a la “comparación de opciones” sino al

“sacrificio” del que debe estar consciente el agente que elija dicha opción. (Chang, 1997, pp.19;9); iii) se apoya en virtudes o pasiones –no exactamente originadas en la razón- tales como el buen juicio, la altura de miras, etc., tal como alegan teóricos como por ejemplo Neil MacCormick (1981). Pienso que algunas tesis de Mather sobre el papel de las razones originadas en principios morales, en el uso de la *phronesis*, etc., podrían acomodarse a estas tesituras, pero ello requiere de un puente más explícito en esta dirección.

Con relación a su tesis de elecciones “aracionales” vislumbro más posibilidades. Precisamente, un atajo para evitar afirmar que el agente enfrentado a situaciones de inconmensurabilidad elige o bien “racionalmente” o bien “irracionalmente” sería mediante el recurso a la idea de elección “aracional”. Pero para ello el uso que hace Mather de este recurso podría ser más precisado e incluso explorado por vías filosóficas específicas. Sin pretensión de agotar este tópico, piénsese en vías de *impronta aristotélica*; vías que eventualmente pudieran mostrar una conexión entre las elecciones aracionales y ciertas capacidades de los agentes de *percibir*, bajo ciertas condiciones, los aspectos *salientes* de su situación *concreta* de elección (por ejemplo, McDowell, 1998, p. 73). En el fondo, estrategias de análisis como éstas suelen aspirar muchas veces a conclusiones de mayor calado; por caso, en la inexistencia de situaciones de elección que resulten genuinamente dilemáticas desde que se destacaría la presencia de un agente con una capacidad de percepción y *buen juicio* conducente a una elección plausible. Como quise sugerir en el párrafo anterior en el punto iii), esta mentada *capacidad de percepción* suele operar, muchas veces, sobre el trasfondo de dos *presuposiciones*: por una parte, la existencia de un agente *virtuoso* o *portador* de virtudes (altura de miras, buen juicio, serenidad, paciencia, valentía para tomar decisiones arriesgadas, etc.) y, por la otra, un postulado fuerte según el cual un agente virtuoso puede encontrar la respuesta correcta para un caso práctico admitiendo que las virtudes en última instancia configuran un conjunto coherente.

Otra vía, por cierto, podría ser una que se pusiera en sintonía con una tesis como la de Joseph Raz según la cual en situaciones de inconmensurabilidad, donde se verifica que la razón se ha alejado de su curso, queda la posibilidad de una elección del agente –no racional- pero tampoco “irracional” o “ininteligible”. El agente elige ejerciendo su “voluntad” y no su “razón” pero esta voluntad está bajo el conocimiento y dominio del agente y no es el producto de meras pulsiones inconscientes e indomeñables (Raz, 1997, 110-128).

Por último, la humildad legada por la reflexión filosófica debería dejar un amplio espacio para la posibilidad de examen de elecciones eventualmente “irracionales”. Pues el agente no puede encontrar razones que apoyen su posición y si lo logra esto tampoco elimina el sacrificio de la otra alternativa reputada valiosa. Por cierto, ante esto, la elección podría ser aracional en el sentido raziano. Pero este sentido todavía no dice nada de situaciones imprevistas para el agente y donde éste no puede dominar sus deseos y donde priman las pulsiones indomeñables. Muchos agentes, al decidir, son como la desgraciada Fedra.

Asumir seriamente los límites de la razón es admitir que hay espacio para las elecciones “trágicas” (Atienza, 2002, p. 196; Lariguet, 2004, p. 322), esto es, elecciones no apoyadas en razones o apoyadas en razones pero con sacrificio o destrucción de alternativas valiosas y donde la posibilidad de hacer de la elección algo inteligible o analizable racionalmente se vuelve difusa. Posiblemente, el hecho de que el análisis de

elecciones trágicas en ámbitos jurídicos, particularmente de la legislación o jurisdicción en materia constitucional, no se encuentre completamente desarrollado, vuelve tan seductora como relevante la discusión filosófica sobre la inconmensurabilidad y sus múltiples y posibles consecuencias teóricas y prácticas.

NOTAS

* Agradezco a Jorge Rodríguez y Marisa Velazco por sus útiles comentarios. También a Ricardo Caracciolo por sus minuciosas observaciones y a Pablo Navarro por ayudarme a obtener más consecuencias del aparato conceptual de Alchourrón y Bulygin.

² Ver el número de *University of Pennsylvania Law Review* de Junio de 1998, enteramente dedicado a la cuestión.

³ Andreou, al igual que Mather, aunque por motivos distintos, cree en la posibilidad de una elección racional entre inconmensurables. Desde luego, este tipo de tesis, más allá de su plausibilidad, no es nuevo. En esta línea es ya clásica la tesis de Stocker, Michael, 1992, p. 4. Este autor defiende que la elección entre inconmensurables puede basarse en un juicio válido.

⁴ Aunque las consecuencias de su análisis pueden llevarse al ámbito jurisdiccional, por ejemplo de decisión entre conflictos constitucionales donde se enfrenten principios *eventualmente* inconmensurables.⁴ No podrá en este trabajo, empero, ocuparme de estas consecuencias con referencia a un ámbito como el constitucional.

⁵ Preservo esta expresión propia del ámbito anglosajón cuyo significado es el de “alternativa” u “opción”.

⁶ Mather, 2002, p. 348.

⁷ Que contengan principios o valores morales o jurídicos o políticos vinculados a ciertos fines que se reputan valiosos en cuanto constituyen aspectos del florecimiento humano. Mather, 2002, pp. 358-362.

⁸ Mather, 2002, pp. 358-361.

⁹ Mather, 2002, p. 348.

¹⁰ Mather, 2002, pp. 348-353.

¹¹ Mather, 2002, pp. 348-349.

¹² Mather, 2002, pp. 353-358.

¹³ Mather, 2002, p. 354.

¹⁴ Reglas que no es fácil identificar y que además varían de un campo de razonamiento a otro (por ejemplo, del campo de la legislación, al campo del gobierno o la aplicación judicial de las leyes). No obstante esto, hay bastante acuerdo respecto de la existencia de unas pocas reglas generales de racionalidad que exigen que los razonamientos deben ser reflexivos y deliberativos, deben considerar los hechos relevantes, estar basados en premisas o razones, no deben violar las reglas de la lógica, etc. Ver “Law – Making and Incommensurability”, *op.cit.*, p. 356.

¹⁵ Mather, 2002, p. 355.

¹⁶ Mather, 2002, p. 357.

¹⁷ Mather, 2002, p. 357.

¹⁸ Mather, 2002, p. 364.

¹⁹ Por lo tanto, el agente no necesita abstenerse de elegir. Mather, 2002, p. 365.

²⁰ En cuyo caso, si el agente realiza una elección prohibida esta es “irracional”. Mather, 2002, p. 364.

²¹ Mather, 2002, p. 365.

²² Mather, 2002, pp.365-366.

²³ Estas razones pueden tener diferentes fuentes examinadas por Mather tales como principios morales, tradiciones sociales, juicios prudenciales, intuiciones, etc. Mather, 2002, pp. 367-372. No voy a examinar la naturaleza de cada una de estas fuentes.

²⁴ Por supuesto, no hay una sola versión acerca de las intuiciones; una de ellas puede asignarles carácter racional en cuanto a que las mismas puedan ser explicitadas, articuladas y defendidas racionalmente. Mather, 2002, pp. 366; 370-371.

²⁵ Mather, 2002, p. 366 y nota pie de página 44.

²⁶ Mather, 2002, pp.372-388.

²⁷ Mather, 2002, p. 388.

²⁸ Uno de estos aspectos intrincados se vincula con el rechazo de Mather de la versión realista de la inconmensurabilidad. Tal rechazo obedece a la idea de Mather –que él da por sentada– de que la versión realista de la inconmensurabilidad compromete con una noción de verdad misteriosa. Como se sabe, este tipo

de rechazo no resulta indisputable, pero su eventual discusión deberá ser diferida para un trabajo independiente.

²⁹ Ver puntos viii a xiii de mi descripción.

³⁰ Su idea tiene sugestivos paralelos con otras estrategias. Aquí solamente mencionaré tres: en primer lugar la estrategia de Joseph Raz (1999, 103) según la cual cuando dos opciones son inconmensurables es razonable que el agente escoja cualquiera; en segundo lugar, la conocida estrategia de la teoría de la decisión racional según la cual en casos de inconmensurabilidad triunfaría un juicio de indiferencia (cualquier alternativa escogida da igual); en tercer lugar, la estrategia de filósofos morales del *estilo Michael Zimmerman* según los cuales en situaciones de ese tipo (propias de dilemas morales) le “está permitido” (facultado más precisamente) cualquiera de las alternativas. Esta última posibilidad es una manera de reinterpretar casos dilemáticos donde un agente está obligado a dos acciones incompatibles y es una forma de tomar partido por una interpretación del principio “debe implica puede” y de su relación con obligaciones en el contexto de situaciones dilemáticas.

³¹ Lo cual no dice mucho si uno da crédito al embate de Quine a la idea de que las verdades analíticas no son revisables empíricamente.

³² Su distinción, incluso, entre supuestos de prohibición, requerimiento y permisión no es claramente excluyente y exhaustiva. Así, la idea de que la elección puede estar permitida en el sentido de no estar requerida por la razón es un tanto ingenua pues una elección requerida por la razón, presupone o implica algún sentido también de permisión: me refiero a que si la elección *x* está requerida, entonces también se implica que está permitido realizarla.

³³ Por supuesto, escapa a mis intenciones realizar aquí un estudio exhaustivo de esta analogía con numerosas implicancias de interés. Sólo a modo de ejemplo, téngase en cuenta que buena parte de la discusión sobre la idea de que el Derecho pretende tener autoridad no puede preterir el tratamiento de la mencionada analogía.

³⁴ Tengo la impresión de que una función así tiene implicancias para una discusión que he dejado a un lado: me refiero a la distinción entre inconmensurabilidad como cuestión ontológica y a la inconmensurabilidad como déficit de reglas de racionalidad. La idea de que se pueden desconocer los efectos de la inconmensurabilidad tales como una elección irracional, tiene implicancias para la cuestión ontológica. Ello así por cuanto una idea así deja abierta la posibilidad de que la inconmensurabilidad sea un fenómeno ontológico independiente de nuestras reglas de racionalidad. Aún así estas reglas tendrían la virtualidad de *eliminar, desconocer u obviar* de “algún modo” -considerado aceptable- un efecto deletéreo como el de una elección irracional vista como consecuencia lógica de la “existencia” de inconmensurables.

³⁵ Como acertadamente me ha sugerido Juan Antonio Cruz Parceró, hay argumentos jurídicos complejos muy conocidos, como el del “legislador racional”, que suelen ser empleados con esta función. Digo que son muy “complejos” en el sentido de que involucran numerosas y diferentes directivas interpretativas tendientes a encontrar respuestas “correctas” *siempre*.

³⁶ El argumento de la “permisión fuerte” surge naturalmente como crítica a la propuesta de Mather. Esto es *independiente* de una defensa de la permisión fuerte *en sí misma*, algo que no pretendo hacer. Existen diversas líneas de crítica a la categoría de permisión fuerte. Para una revisión de las críticas de Opalek y Woleński y Raz véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1991, pp.227-233). Más recientemente, Mazzarese (2002, pp.131-151).

³⁷ Que se podría activar allí donde ha resultado infructuoso ordenar transitivamente preferencias de un agente o varios agentes interactuantes debido a, como en este caso, la existencia de razones inconmensurables e inderrotables. La posibilidad de ordenar preferencias presupone que éstas no resultan mutuamente inderrotables.

³⁸ En un sentido similar, Regan, 1997, p. 130. Regan sostiene que, en el debate sobre la inconmensurabilidad, no es claro qué significa que una cuestión sea vista como “materia de indiferencia”. Regan que piensa que esta estrategia encubre la “no inteligibilidad” de una deliberación sobre ítems inconmensurables.

³⁹ Esto pondría el argumento de Mather –tal como lo reconstruyo- en la senda de un razonamiento como el de Chrisoula Andreou (2005, p. 250) según la cual es falso que la inconmensurabilidad implique un sistema “incompleto” de preferencias, esto es, uno donde el agente no pueda racionalmente ordenarlas de acuerdo a criterios como los de transitividad y conexidad.

⁴⁰ Marisa Velasco me ha preguntado sobre las relaciones entre “inconmensurabilidad” e “inderrotabilidad” y creo que la respuesta es que hay un vínculo estrecho dado que si “dos alternativas son inconmensurables no es verdad que una derrote a la otra”. Ver Raz, 1999, 98.

⁴¹ El mismo aparece en cuanto se asume que hay un conflicto entre razones y un desacuerdo. La idea tácita de Mather es que este balance no es puramente intuitivo o subjetivo sino racional y objetivo, incluso no puramente ad-hoc. Es lamentable que esta concepción solamente se halle presupuesta pues la misma no resulta obvia ni excluyente respecto de otras concepciones posibles frente al problema de balancear razones en el marco de una hipótesis de inconmensurabilidad.

⁴² Lo cual no expulsa la idea de que se “sacrificó” una alternativa valiosa, lo cual explica la conocida tesis del residuo normativo (no meramente psicológico) y da cuenta de la lamentación del agente que decide.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1987, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Bs As.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991, “Permisos y Normas Permisivas”, en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Anderson, Elizabeth, 1997, “Practical Reason and Incommensurable Goods”, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press.
- Andreou, Chrisoula, 2005, “Incommensurable Alternatives and Rational Choice”, *Ratio (new series)*, XVIII.
- Atienza, Manuel, 2002, "Los límites de la interpretación constitucional". De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo Vázquez Compilador, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México.
- Chang, Ruth Ed, 1997, *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press.
- Foot, Philippa, 2002, “Moral Realism and Moral Dilemma”, in *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Hampton, J.E, 1998, *The Authority of Reason*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Lariguet, Guillermo, 2004, “Conflictos Trágicos y Derecho. Posibles Desafíos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N.27..
- Mather, Henry. S, 2002, “Incommensurability and Law-Making”, *McGill Law Journal*, Revue de Droit de McGill, vol.45.
- Mazzaresse, Tecla, 2002, “Permisión fuerte y permisón débil: notas al margen”, en Pablo. E. Navarro y María Cristina Redondo *Compiladores, La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona.
- McCormick, Neil, 1981, “The limits of reason and the infinity of argument”. Réplica a H. Haakonssen”, *A.R.S.P*, N°.67.
- McDowell, John, 1998, “Virtue and Reason”, en *Mind, Value and Reality*, John McDowell, Harvard University Press, Harvard.
- Oberheim, Eric and Hoyningen-Huene, Paul, 1997, “Incommensurability, Realism and Meta-Incommensurability”, *THEORIA*, Vol.12, N°.30, San Sebastian.
- Stocker, Michael, 1992, *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, Oxford.
- Raz, Joseph, 1997, “Incommensurability and Agency”, in *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press. También en

Engaging Reason. On Theory of Value and Action, Oxford University Press, Oxford, 1999.

- Raz, Joseph, 1999, “Explaining Normativity: Reason and the Will”, en *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford.
- Resnik, Michael.D, 1998, *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, Traducción de Stella Villarrea y Blanca Rodríguez, Gedisa, Barcelona.
- Regan, Donald, 1997, “Value, Comparability and Choice”, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press.
- Sankey, Howard, 1997, “Incommensurability: the current state of play”, *THEORIA*, Vol.12, N°.30, San Sebastian.