

UNIVERSALES Y PARTICULARES *

Neil MacCormick

Universidad de Edimburgo

RESUMEN. El autor expone una serie de consideraciones a favor de la universalización como algo esencial para la justificación en el razonamiento práctico. Esta defensa no supone una negación de que siempre tienen que existir razones particulares para decisiones particulares, razones justificadas. Tampoco implica que la desatención a la totalidad del detalle particular de un caso sea compatible con una toma de decisión justa o satisfactoria. La cuestión concierne al significado de la relación justificativa entre razón y decisión, y si esto implica la universalizabilidad de los fundamentos de decisión. Buena parte de la discusión en el presente trabajo trata de casos jurídicos y razones jurídicas. Con ello el autor pretende llamar la atención sobre las maneras en que el pensamiento moral difiere del jurídico.

Palabras clave: N. MACCORMICK, teorías del razonamiento práctico, universalismo, particularismo, universalización.

ABSTRACT. The author elaborates on some considerations in favour of universalization as essential to justification within practical reasoning. However, this defence does not entail a denial of the need for particular reasons in particular decisions, justified ones. Nor does it imply that the inattention to the full particular details of a case would be compatible with just and satisfactory decision. The issue concerns the significance of the justificatory relation between reason and decision, and whether or not this involves the universalizability of grounds of decision. The debate in this paper is mainly on legal cases and legal reasons. The author's purpose is to emphasize the differences between moral and legal thinking.

Keywords: N. MACCORMICK, practical reasoning theories, universalism, particularism, universalization.

* Fecha de recepción: 27 de octubre de 2008. Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2008.

Originalmente publicado como «Universals and Particulars», cap. 5 del libro *Rhetoric and the Rule of Law* (Oxford University Press, 2005). Traducción de G. MORO (Argentina, FCJS, Universidad Nacional del Litoral).

INTRODUCCIÓN

Ha habido, y hay, teorías del razonamiento práctico que presentan las razones para la decisión y para el juicio como fundamental e intrínsecamente particulares. Tales teorías nos dicen, bastante acertadamente, que nuestras decisiones son siempre decisiones para hacer cosas particulares. De ahí que la toma de decisiones requiera que sopesemos las razones particulares a favor y en contra de uno u otro curso de conducta particular abierto para nosotros. Estas razones particulares se encuentran entre los hechos y circunstancias particulares del caso a decidir. Los universales —reglas y principios— pueden ser contruidos mediante una generalización inductiva a partir de razones particulares en casos particulares. Pero tales generalizaciones, aunque pueden ser útiles como guías generales, no son nunca en sí mismas adecuadas para justificar una decisión. Porque no pueden suplantar la necesidad, en cualquier dilema particular, de una completa y cuidadosa revisión y evaluación de todas las consideraciones que son relevantes para hacer una elección entre uno y otro de los cuernos del dilema.

Este trabajo no apoya ninguna teoría puramente particularista *. Presenta la universalización como algo esencial para la justificación en el razonamiento práctico. Esto

* Este capítulo es sustancialmente nuevo, aunque tuvo su origen en una publicación anterior del autor, «Universalization and Induction in Law», aparecida en C. FARALLI y E. PATTARO (eds.), *Reason in Law - Proceedings of the Conference Held in Bologna*, Milán, Giuffrè Editore, pp. 91-106. Sin embargo, en tanto ahora aparece publicado como un capítulo del libro *Rhetoric and the Rule of Law*, es conveniente brindar al lector al menos un panorama acotado de las temáticas abordadas en ese libro. MACCORMICK comienza con una presentación general de su enfoque teórico, describiendo su versión de la teoría institucional del Derecho (que años antes había elaborado junto a O. WEINBERGER en *An Institutional Theory of Law*, Kluwer Academic Publishers, 1986, y que luego recibiría su forma definitiva en el último libro de MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007) y proponiendo recuperar una perspectiva, a su juicio, marginada de la teoría del Derecho: la perspectiva del legislador, generalmente soslayada en favor de la perspectiva judicial (cap. 1). A continuación, plantea el interrogante central del libro: ¿Es posible sostener el ideal del Estado de Derecho como valor positivo de las sociedades, en tanto gobierno de las leyes y no de los hombres, a la luz del carácter no demostrativo (es decir, siempre disputable) de las argumentaciones jurídicas desarrolladas al «aplicar» esas leyes a los casos concretos? Su respuesta se construye sobre la base de dos pilares: a) atenuar la idea de certeza jurídica que parecería ínsita en el Estado de Derecho, sumándole la idea de «derrotabilidad», en el sentido de que la certeza a la que podemos aspirar en el Derecho es siempre una certeza *derrotable*; b) destacar el aspecto dinámico de protección contra el accionar arbitrario del gobierno que estaría ínsito en la ideología del Estado de Derecho (cap. 2). Sin embargo, estas consideraciones no son suficientes, y es necesario explorar con más detalle el razonamiento jurídico (anteriormente, en el Prefacio, había dicho el autor que «el razonamiento jurídico importa, entre otras razones, porque es una llave a la posibilidad de un Estado de Derecho genuinamente objetivo mediado por el juicio razonado de los tribunales»). En ese empeño, MACCORMICK defenderá el lugar limitado pero esencial que el silogismo, y el razonamiento deductivo en general, desempeñan en la argumentación jurídica, en tanto constituyen el esqueleto básico de la aplicación del Derecho: normas generales cuyos «hechos operativos» resultan ejemplificados por algún suceso particular, al cual se aplica la «consecuencia normativa» prevista. Esta derivación es deductiva (caps. 3 y 4). Sin embargo, el proceso puede ser problematizado, y de hecho suele problematizarse en la práctica. Estos problemas pueden ser de cuatro tipos: problemas de relevancia, problemas de interpretación, problemas de calificación y problemas de prueba. La solución de estos problemas requiere una adecuada justificación, y ésta requiere razones que, aun si estrictamente circunscriptas a los particulares de un caso, deberán ser siempre universalizables, en el sentido de que deberán ser razones con una pretensión de validez que no se agote en el caso específico en cuestión sino que sea extensible a *todo* caso con características iguales, o similares en algún sentido esencial (tema desarrollado en el trabajo que aquí traducimos, cap. 5). Esta validez, por su parte, deberá justificarse sobre la base de las consecuencias de una decisión adoptada con arreglo a aquellas razones, con especial atención a las «consecuencias jurídicas», lo que implica atender a los valores o principios generales del Derecho, y/o a los propios de alguna/s de sus ramas particulares (cap. 6). Esto dirige luego la atención hacia la interpretación jurídica, destacando allí el autor, a más de

está en línea con la tendencia de pensamiento sobre el Estado de Derecho que acentúa su carácter universalista, y por tanto igualitario¹. Aquí se expondrán las consideraciones a favor del universalismo. He de decir desde el comienzo, sin embargo, que estas consideraciones no suponen una negación de que siempre tienen que existir razones particulares para decisiones particulares, razones justificadas. Tampoco implican que la desatención a la totalidad del detalle particular de un caso sea compatible con una toma de decisión justa o satisfactoria. La cuestión concierne al significado de la relación justificativa entre razón y decisión, y si esto implica la universalizabilidad de los fundamentos de decisión. Para ver cómo surge esta cuestión, vale la pena examinar de cerca algunos de los argumentos de los particularistas.

1. EL PARTICULARISMO

En el Primer Libro de los Reyes, en el Viejo Testamento, se recoge la historia de dos mujeres que compartían su vivienda y que habían dado a luz cada una a un hijo con tres días de diferencia entre sí. Una noche, una de las mujeres se dio la vuelta mientras dormía y ahogó a su bebé. Pero cambió al niño muerto por el vivo, y afirmó que era el otro el que había muerto. Comparecieron ante el Rey Salomón, cada una afirmando que el bebé vivo era el suyo.

El rey entonces dijo: «Esta dice: “Mi hijo es el que vive, y tu hijo es el muerto”; y la otra dice: “No, mas el tuyo es el muerto, y mi hijo es el que vive”».

Y dijo el rey: «Traedme una espada». Y trajéronle al rey una espada.

En seguida el rey dijo: «Partid en dos al niño vivo, y dad la mitad a la una, y la otra mitad a la otra».

Entonces, la mujer de quien era el hijo vivo habló al rey, porque sus entrañas se le conmovieron por su hijo, y dijo: «¡Oh, mi señor! Dad a esta el niño vivo, y no lo matéis». Mas la otra dijo: «Ni a mí ni a ti; partídllo».

los tradicionales problemas y restricciones lingüísticas y sistémicas a las versiones posibles del contenido de los textos legales, la conexión clave con la teleología razonablemente imputada a una norma para su interpretación (cap. 7). Mayor profundidad sobre todos estos puntos se pretende obtener del estudio de la dinámica de los precedentes, fundamentalmente, de las posibilidades y problemas de una justificación a partir de precedentes (cap. 8), así como del análisis de la «razonabilidad» como uno de los valores invocados por abogados y jueces para justificar sus sucesivas decisiones interpretativas, en procesos de razonamiento multi-factorial (cap. 9). Pero, por supuesto, todo este tipo de decisiones no se toman en el vacío: tanto los valores como otros factores relevantes para las decisiones jurídicas están «entretnejidos en la tela del Derecho» (p. 188). Por eso, es necesario dirigir la atención hacia el requisito de coherencia, tanto en su forma normativa como narrativa. Este requisito restringe fuertemente lo que puede ser considerado «acceptable» como conclusión jurídica, a la vez que indica el rol esencial desempeñado por la argumentación desde principios y la argumentación por analogía en el Derecho (caps. 10 y 11). De cualquier manera, cualquier aplicación de reglas o propuesta universalizable de razones para la decisión resultará derrotable a la luz de excepciones explícitas o implícitas, lo cual deja el camino abierto a distintos desarrollos posibles del Derecho vigente (cap. 12). Esta idea de desarrollo, como opuesta a la del cambio del Derecho, será uno de los puntales con los que MACCORMICK aborde el problema final del libro: ¿pueden equivocarse los jueces al decidir un caso de acuerdo a Derecho? ¿Cuáles son las implicancias para los principios del Estado de Derecho? (cap. 13). Este raudo y muy ajustado resumen no debe ocultar la riqueza y detalle de cada una de las discusiones que MACCORMICK, incansablemente, acomete a lo largo de varios cientos de páginas. Tan sólo pretende situar en contexto el capítulo que aquí se publica [N. del T.].

¹ Comp. R. DWORKIN, «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004, pp. 1-37, en p. 30, para su discusión sobre HAYEK acerca del Estado de Derecho y la igualdad ante la ley.

Entonces el rey respondió y así habló: «Dad a aquella el hijo vivo, y no lo matéis: ella es su madre».

Y todo Israel supo de aquel juicio que había dado el rey; y temieron al rey, porque vieron que había en él sabiduría de Dios para juzgar.

A través de los siglos resuena la sonora sabiduría de Salomón. Él mira los particulares del caso, y la solución se le aparece. Al mostrarse inmediatamente dispuesto a dividir al niño en dos, crea las condiciones para la sentencia correcta. La sabiduría divina penetra hasta el fondo del asunto y la decisión es aceptada como correcta de una manera que satisface la intuición tanto como demuestra su ejercicio.

Pero no podemos imaginar a un juzgado de familia contemporáneo en un Estado de Derecho actuando de esa manera. Es obvio que no. Ningún juez en un Estado de Derecho tiene poder para ordenar que un bebé sea partido en dos; cualquiera lo sabe. Incluso si los jueces pudieran hacerlo, y usaran la amenaza de Salomón, se correría la voz de que se está usando este mecanismo de prueba, y los litigantes serían aleccionados para adoptar el comportamiento adecuado ante el tribunal. Se volvería un procedimiento rutinario, y por esa misma razón no funcionaría. El caso bíblico no es en modo alguno parte de una rutina burocrática. Intrínsecamente, es una decisión extraordinaria. Tiene que serlo. La horrible amenaza de la espada y la inmediata reacción de las mujeres en ese preciso momento y lugar hacen a la esencia del juicio salomónico. Funciona porque es único; y eso es, sobre todo, lo que despertó el temor y el asombro de «todo Israel», y quizás de cualquiera hasta nuestros días cuando se aproxima por primera vez al relato de 1 Reyes 3: 16-28. El miedo, tal vez, es que una persona capaz de ver con tal divina agudeza las entrañas de un asunto ostensiblemente intratable puede ver también las de cualquier otro. De ser así, entonces, incluso a pesar de que cada decisión esté basada en una chispa de intuición irrepetible, todas ellas van a mostrar el mismo tipo de corrección intuitiva. Sería como si Dios, el buscador de corazones, fuera un juez terrenal disponible para vigilar a cualquier persona en cualquier momento.

Es un aspecto importante del Estado de Derecho que los tribunales y los jueces se tomen en serio las reglas establecidas del orden normativo institucional en que consiste un sistema contemporáneo de Derecho estatal*. Debido a esto, podemos ver que la justificación de afirmaciones y decisiones va a contener, y enfocarse en, un elemento silogístico, mostrando qué regla está siendo aplicada, y cómo. Al mismo tiempo, sin embargo, está claro que hay más que esto. Las reglas no pueden resolverlo todo por sí mismas, pues pueden surgir problemas de calificación, de evaluación, de interpretación, de relevancia y de prueba, y estos problemas pueden ser planteados por las partes en juicios y litigios de todo tipo. Una vez que la aplicación del Derecho resulta problematizada, los problemas que han sido planteados (sea quien sea quien los haya planteado) deben ser resueltos. La pregunta es cómo hacerlo.

El Rey Salomón podría considerarse un modelo para guiar nuestro pensamiento sobre esto. Nosotros, como humanos, tal vez tengamos algún instinto o intuición, algún sexto sentido —«un sentido moral» lo han llamado algunos— que nos señala la respuesta que las reglas no proporcionan. Podría suponerse que un sentido tal

* El autor hace referencia aquí a la discusión abordada en los capítulos anteriores del libro al que pertenece el presente trabajo [N. del T.].

«aprehendería» los particulares del caso problemático, en buena medida como podría decirse que hizo Salomón. Podemos ver lo que es correcto en el caso particular, y por supuesto eso podría darnos un precedente para casos futuros. Pero la corrección sería intrínseca al juicio, y sólo un juicio correcto tendría algún valor como precedente. De cualquier manera, los precedentes sólo pueden ser analogías para las nuevas decisiones, dado que ningún conjunto de sucesos en el mundo puede nunca ser exactamente igual que otro. Cualquier incidente que involucre a dos o más personas tiene que diferir de cualquier otro, por lo menos en cuanto a lugar y tiempo, y a menudo en cuanto a las personas y a otras circunstancias también. Por tanto, un precedente en un caso podría ser una guía en otro caso en la medida de su corrección. Podría alertarnos sobre aspectos de lo que está bien y lo que está mal en el nuevo caso; pero el nuevo juicio tendrá que ser tan correcto para este caso en toda su particularidad como el precedente lo fue con respecto al suyo².

A su vez, esto podría prevenirnos frente a una confianza demasiado precipitada en las reglas, incluso en un orden normativo institucional. Si estamos dotados de una capacidad para el juicio práctico, o de intuición, o sentido moral, de un modo relevante y apropiado para la toma de decisiones públicas, entonces esta capacidad debe emplearse también en las situaciones en las que nos remitimos a una regla aplicable para la decisión de un caso. Juzgaremos que es correcto tener una regla para tal caso, y seguirla en este caso. La responsabilidad del fabricante por daños ocasionados por sus productos [*product liability*] puede ser un buen ejemplo. En las sociedades contemporáneas tiene lugar una producción industrial a gran escala, y los productos se venden impersonalmente a través de cadenas de grandes almacenes sin ninguna especial confianza de los clientes en la pericia y buen juicio de quienes venden lo que se vende. Aquí hay razones obvias a favor de tener una regla que haga recaer sobre los fabricantes la carga de asegurar contra los riesgos de daños ocasionados por productos que resulten ser defectuosos. Supongamos que los legisladores han deliberado sobre esto, han llegado a la conclusión de que una regla así sobre responsabilidad por productos es la mejor considerando todas las cosas, y han promulgado leyes en consecuencia. Podría entonces parecer obviamente correcto, en casi todos los casos de daños derivados de defectos en un producto, responsabilizar al fabricante por provocar ese daño al consumidor. La decisión que aplica la regla es correcta porque es correcto tratar el caso particular como un «caso reglado» [*rule-case*] (por usar el término sugerido por M. DETMOLD³). Pero aparecerán casos anómalos en los que no parecerá correcto pronunciarse a favor de la consecuencia normativa que la regla ostensiblemente estipula. Nos preguntaremos si la regla admite alguna otra interpretación en vez de la que apunta hacia un resultado que nos deja intranquilos; o si todos los hechos ante nosotros de verdad están correctamente calificados cayendo dentro de los predicados que especifican los hechos operativos de la regla. Nuestro sentido de la corrección nos llevará a problematizar la aplicabilidad de la regla al caso en cuestión y así a sacarlo de la categoría de «casos reglados», tratándolo como un caso de primera impresión que necesita un juicio fresco dirigido a sus específicos particulares. Al fin y al cabo cualquier juez,

² Comp. S. J. BURTON, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Boston y Toronto, Little Brown, 1985, pp. 21-24.

³ M. J. DETMOLD, *The Unity of Law and Morality*, London, Routledge and Keagan Paul, 1984.

para estar a la altura de su profesión, tendría que poseer alguna pequeña porción de la sabiduría de Salomón.

Tomemos ahora el problema de Salomón y situémoslo ante un tribunal contemporáneo. Hoy sabemos que el perfil del ADN puede brindarnos una manera de identificar qué mujer era la madre natural del niño no menos precisa pero mucho menos drástica que el recurso a la espada de Salomón. Podríamos sentirnos inclinados también a establecer una regla, a saber, que los niños deben estar bajo la custodia de sus madres naturales. En esta concepción simplista, tenemos una regla para tratar casos de custodia de niños, y un test de prueba para aplicarlo en cualquier caso de duda. Tenemos razones para creer que el medio de prueba es cien por cien fiable, siempre que (esta es una condición importante) los científicos y técnicos que hagan el análisis de ADN sean competentes, diligentes y honrados, y hayan tomado las medidas adecuadas en todo caso particular. De este modo habremos transformado la brillante proeza del juicio particularista de Salomón en una práctica rutinaria en la que la mayoría de las disputas sobre maternidad van a ser simples «casos reglados». La tesis de DETMOLD es que la complejidad del mundo real siempre podrá dar sorpresas. Tomemos cuatro posibilidades:

1. *El caso del intercambio inadvertido.* En la maternidad de un hospital los bebés **ba** y **bb** fueron accidentalmente confundidos, y la madre **ma** se fue a casa con el bebé **bb**, mientras que la madre **mb** se fue a casa con el bebé **ba**, y durante cinco años esos niños han sido criados como miembros de la familia a la que por error fueron asignados. Ahora la verdad ha salido a la luz a raíz de una exploración genética rutinaria llevada a cabo en una de las familias.

2. *El caso de la deficiencia materna.* Una madre natural tiene una adicción grave y crónica a drogas prohibidas y se muestra totalmente incapaz de proporcionar un hogar seguro y estable para su bebé.

3. *El caso de la maternidad no deseada.* La madre ha quedado embarazada accidentalmente y no quiere asumir la responsabilidad de criar al niño; ella vive en una sociedad en la que la gente sin hijos está ansiosa por adoptar niños al nacer, y parece probable que un hogar adoptivo proporcionará un ambiente para criar al niño al menos tan bueno como el que podría proporcionar la madre si fuera forzada a aceptar esta responsabilidad.

4. *El caso de la madre de alquiler.* La madre natural convino quedar embarazada del marido de una madre adoptiva predeterminada, y lleva su embarazo a término bajo un contrato por el cual acuerda entregar al niño en adopción al nacer, recibiendo a cambio un sustancioso apoyo económico durante el embarazo y una cuantiosa gratificación al completarse las formalidades de la adopción.

Ninguno de estos casos es muy sorprendente en la sociedad actual, pero supongamos un sistema jurídico en el que rige la regla simple de asignar la custodia a la madre natural, y en el que estos otros problemas aún no están contemplados por la legislación. Una jueza que se enfrenta con cualquiera de los cuatro casos como un caso de primera impresión tiene dos opciones. O tiene que tratar al caso simplemente como un caso reglado, y otorgar el niño a la custodia de la madre natural, ya que eso es lo que dice la ley; o tiene que reconocer que este es efectivamente un problema nuevo que no encaja de modo sencillo como un caso particular del supuesto de hecho genérico previsto por

la regla en una interpretación razonable de la misma. Por ejemplo, enfrentada por primera vez con el *caso de la deficiencia materna*, la jueza sostiene que la regla cubre sólo las situaciones, en la práctica la gran mayoría, de una madre normalmente competente. Porque ella considera que lo básico de la regla es ante todo asegurar el bienestar del niño. De modo que otorga el niño a otra custodia adecuada, tal vez la de un abuelo.

Si el siguiente problema que surge es el *caso del intercambio inadvertido*, la jueza afrontaría una serie diferente de cuestiones, especialmente la de si una o ambas madres quisieran la restitución del hijo biológico en vez del hijo al que han criado. Los hechos operativos de la regla están no menos satisfechos que en el caso del Rey Salomón. Se sabe exactamente quién es la madre natural de quién. No parece haber ninguna cuestión de incapacidad, ciertamente no el tipo de incapacidad culpablemente adquirida que podría considerarse involucrada en un caso de drogadicción. Todos en el caso son la víctima inocente del error (posiblemente culpable) de otro, pero la cuestión sigue siendo qué hacer. Probablemente la jueza pedirá a las partes que aporten informes periciales de psicólogos infantiles sobre los efectos que para cada niño tendría sacarlo de un hogar en el que se han forjado relaciones felices con padres y hermanos, y mandarlo a vivir con unos perfectos extraños que simplemente resultan ser sus padres biológicos (supongamos que **ma** vive y está casada con el padre **pa** y que tienen otros hijos propios, y lo mismo pasa con **mb** y **pb**). Pero la jueza puede también querer escuchar opiniones sobre qué pasará con esas relaciones una vez que se pruebe que estuvieron basadas en un error. Este caso es incluso menos fácil de tratar que el anterior.

Pero una vez que casos de este tipo y del anterior han sido solucionados, parecerá relativamente sencillo autorizar la adopción por una madre adecuada en el *caso de la maternidad no deseada*. Y entonces el *caso de la madre de alquiler* puede parecer no tan difícil cuando todas las partes están de acuerdo en seguir adelante con el contrato, al menos si la jueza llega al convencimiento de que la madre adoptiva es plenamente capaz y competente. Sin embargo, podría haber reservas en torno a aspectos de política pública en relación con el «alquiler de úteros», y podría ponerse en duda si el contrato de pago de un precio es exigible conforme a Derecho. Mucho más problemático sería el caso de la madre de alquiler que se arrepiente de su negocio y al nacer el niño se niega a entregarlo a los adoptantes acordados, sobre todo si ya se ha sostenido que el contrato de maternidad de alquiler es nulo por contradecir la política pública, el *orden público*, las *buenas costumbres*, o un concepto similar. De cualquier manera, una vez que la decisión deja de poderse tratar adecuadamente como un caso reglado, la jueza se queda otra vez sola con su propio criterio, como el Rey Salomón.

Nadie va a dudar o discutir que cualquiera de estos casos, especialmente en cuanto casos de primera impresión, requieren un gran cuidado. Debería haber un esfuerzo serio por determinar con todo detalle todos los particulares del caso, incluyendo la personalidad y las circunstancias de las partes, en estos casos sobre todo en lo que respecta a las mujeres involucradas, y también a los niños, aunque sobre la personalidad de los niños poco tendríamos que fuera aplicable en términos de información—como algo distinto del potencial—, salvo en el caso de niños de cinco años en el supuesto del intercambio inadvertido. La decisión sería una decisión particular sobre una concesión particular de custodia con todas las consecuencias que ha de tener para un niño particular y su relación con una madre, sea natural o adoptiva, y con otros

miembros de la familia. Una decisión así no es sobre una clase de personas. Es sobre personas particulares, parte de cuya naturaleza o circunstancias nos permite afirmar que pertenecen a ciertas clases, que satisfacen ciertos predicados, o que ejemplifican ciertos universales (que son tres maneras de decir lo mismo). Por tanto, las razones que pueden darse para justificar una decisión serán razones que estarán enraizadas en el caso particular. La exigencia de que una decisión esté justificada se cumple sólo si hay buenas razones para decidir de la particular manera elegida, y si estas derrotan de alguna manera a cualesquiera otras razones que puedan ser ofrecidas para cualquier resolución alternativa del caso. Estas razones rivales tienen que ser superadas, o canceladas, o anuladas, por aquéllas.

R. SUMMERS sugiere que las razones sustantivas para las decisiones son de dos tipos, a los que llama «razones de corrección» [*«rightness reasons»*] y «razones de fin» [*«goal reasons»*]⁴. En un caso como el que estamos considerando, se podría adoptar el fin del bienestar del niño y decir que la decisión correcta sería aquella que brinde la mayor probabilidad de maximizar ese bienestar. Esto no significaría sostener que el bienestar de la madre no tenga importancia, sino sólo considerar que es un factor secundario respecto al del niño. También puede ser relevante reflexionar sobre el bienestar general de la sociedad. Una decisión que pudiera tomarse como modelo podría tener implicaciones para la forma en que la gente vaya a comportarse en el futuro, desincentivando la drogadicción entre las mujeres jóvenes, por ejemplo; o dando luz verde o luz roja a los acuerdos comerciales de maternidad de alquiler, según qué se considere mejor para favorecer el interés general. Mantener la estabilidad familiar y la seguridad de los acuerdos a largo plazo sobre la educación de los niños podrían ser también consideraciones en un caso así. En todo caso, cualesquiera que sean los fines que se consideren relevantes, tiene que haber algún orden de prioridades entre los fines relativos a un caso particular, y la decisión particular que en sus particulares circunstancias mejor favorezca el logro del fin más alto en esa jerarquía será la decisión más justificada en lo que concierne al razonamiento según fines.

Las razones de corrección relevantes en los casos que estamos tratando bien pudieran empezar por la corrección de asegurar que una madre tenga la custodia del niño al que ha dado a luz, y que ella sea la persona principalmente encargada del cuidado y crianza del niño hasta su madurez. Esto incluso podría considerarse un derecho de la mujer. Es justo que ella tenga al niño consigo, porque tiene un derecho a ejercer como madre criando a su propio hijo. Quizás también el niño tiene un derecho al cuidado de su propia madre, y sufriría una grave injusticia si fuera entregado a otra persona, a menos que algunas circunstancias extraordinarias dictaran una respuesta diferente. Acertadamente, SUMMERS no equipara razones de corrección con derechos, porque estos son un subconjunto de aquéllas. La idea de que sería incorrecto tratar los contratos de maternidad de alquiler como jurídicamente vinculantes, por ejemplo, es una razón de corrección que es de carácter negativo.

Un enfoque intuicionista a la toma de decisiones nos diría que tenemos una capacidad de discernir (de «intuir»), en situaciones de elección, los factores que hacen que

⁴ R. S. SUMMERS, «Two Types of Material Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell L. Rev.*, 63, 1978, pp. 707, 716-722.

una decisión sea correcta o incorrecta. También tenemos una capacidad de decir en su contexto qué razones de corrección derrotan a qué otras, ya sea por sí solas o acumulativamente con otras razones relevantes. Tenemos además una capacidad de discernir cuándo es correcto considerar que los fines justifican decisiones, de jerarquizar fines diferentes, y de ver cuándo un fin importante derrota a otros aspectos de un caso, incluyendo razones de corrección que pueden ser aplicables. Toda persona que reflexione cuidadosamente sobre cualquiera de las cuestiones que he mencionado acerca de la custodia de niños tiene que ser consciente (afirman los particularistas) de que posee una capacidad semejante. ¿Cómo, de otro modo, podría llegarse a una decisión en tales casos de una manera que no sea un procedimiento azaroso como lanzar una moneda al aire? La diferencia entre un buen juez y un mal juez dependería de si una persona tiene una intuición sensata, o de si ha desarrollado sabiduría práctica a través de una larga experiencia tomando decisiones en casos problemáticos de este tipo. Dependería aún más del cuidado que ella o él pusieran en examinar atentamente todos los aspectos de cualquier caso a decidir hasta estar seguros de que todas las razones se han sacado a la luz, se han considerado cuidadosamente, y se han evaluado en relación a todas las demás. Un buen procedimiento de toma de decisiones sería uno que maximizara las oportunidades de prestar ese tipo de cuidadosa atención a todos los aspectos de una situación problemática, y que encomendara la tarea de tomar decisiones a las personas apropiadas. Estas serían personas de intuición sensata y dotadas tanto de una adecuada preocupación por el detalle como de una imparcial predisposición a no tomar decisión alguna hasta estar en posesión de todas las razones relevantes en cualquier caso particular. Son personas con sabiduría práctica, «*prudentes*».

¿Existe esa intuición? ¿Puede cultivarse esa sabiduría? ¿Cómo podría ocurrir que las personas sean capaces de conducirse de la manera en que este enfoque particularista nos pide que imaginemos? La respuesta más prometedora que yo conozco viene de la filosofía moral de A. SMITH, o al menos partiría de algunas de sus ideas⁵. Los casos moralmente significativos, nos dice SMITH, son aquellas situaciones interpersonales que despiertan la emoción de resentimiento o de satisfacción, o emociones parecidas. Esto puede suceder directamente, como en el caso de la persona que siente resentimiento por un golpe que otra persona le ha asestado. Y puede ocurrir también por empatía, como en el caso de un golpe infligido a otro por un tercero. Durante las elecciones generales de 2001 en el Reino Unido, ante las cámaras de televisión, el vicepresidente Mr. John Prescott, mientras pasaba a través de un grupo de manifestantes contra la política del gobierno, fue alcanzado por un huevo arrojado desde corta distancia. Inmediatamente, en lo que pareció ser un una reacción automática e irreflexiva, se dio la vuelta y asestó un vigoroso puñetazo en la mandíbula de su agresor. Las secciones de cartas al director de los periódicos se llenaron durante varios días con cartas del público sobre ese incidente. Algunas expresaban un fuerte sentimiento de solidaridad con Mr. Prescott, otras con el manifestante golpeado. El de Mr. Prescott fue un caso

⁵ Vid. A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments* [edición de GLASGOW, D. D. RAPHAEL y A. L. MACFIE (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1976; 1.ª ed., 1759], esp. Parte II, s. III, cap. 1. Vid. también T. D. CAMPBELL, *Adam Smith's Science of Morals*, London, Allen & Unwin, 1971; K. HAAKONSEN, *The Science of a Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981; y N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, cap. 6, pp. 106-108.

de resentimiento directo; el de los remitentes de las cartas, que habían sido testigos televisivos, es un ejemplo de resentimiento por empatía.

Según SMITH, si el resentimiento directamente sentido por la parte agredida excede en mucho el resentimiento por empatía que sienten los espectadores, de manera que estos son incapaces de acompañarlo, la situación es desagradable para la parte agredida. Preferimos disfrutar la solidaridad, o la empatía, de nuestros prójimos (Mr. Prescott, a pesar del daño a su dignidad, habrá obtenido algún consuelo de muchas de las cartas de los periódicos y sin duda también de mensajes privados de buena voluntad). El deseo de que otros nos acompañen en nuestros resentimientos nos enseña una estrategia de autocontrol. Cada uno de nosotros puede, y la mayoría lo hace, ajustar sus reacciones reduciéndolas hasta el nivel en que los espectadores puedan acompañarnos con total empatía. Los espectadores, sin embargo, pueden ser tendenciosos; este es obviamente el caso en relación a un ejemplo tomado de un periodo electoral. Uno recibe más empatía de quienes están de su lado que de quienes están del lado opuesto. Si hay alguna posibilidad de encontrar un estándar común que excluya el prejuicio, tenemos que buscarlo en las empatías de un espectador imparcial que no tenga ningún motivo previo para preferir a ninguna de las partes directamente implicadas. Así que el test de una reacción apropiada es en términos de las empatías del espectador imparcial.

Una dificultad adicional es que los espectadores reales pueden estar insuficientemente informados. Tomando eso en cuenta, SMITH desarrolla el modelo de un espectador ideal, plenamente informado e imparcial. Cada uno de nosotros puede intentar observar sus propias relaciones con otros, así como las relaciones de los otros entre sí, a través de los ojos de este espectador imaginario, de este espectador imparcial ideal. Al ajustar nuestros (directos o empáticos) resentimientos y afectos al nivel en el que este «hombre [*sic*] dentro del pecho» puede empatizar, logramos tener un sentido de lo apropiado. Este es un sentido de corrección e incorrección, que puede ser por lo menos intersubjetivo y acaso incluso totalmente objetivo. Pero cada juicio permanece enraizado en una apreciación de todos los particulares de cada ocasión de juicio y de decisión. Para casos recurrentes —*v. gr.*, cuando se hizo una promesa y se debe actuar en consecuencia, por usar el habitual y manido ejemplo— podemos generalizar inductivamente a partir de nuestras anteriores aprobaciones y desaprobaciones, estableciendo así máximas y reglas («Cumple siempre tus promesas»). Pero el juicio particular tras una evaluación completa del caso particular siempre tiene primacía.

DETMOLD es, como A. SMITH, un sentimentalista: un creyente en los sentimientos morales, en «las pasiones», como las llamaba D. HUME⁶. Y su tesis es que las razones morales (incluyendo las razones jurídicas) comprometen a nuestra voluntad precisamente porque representan un involucramiento apasionado o emotivo con los particulares de nuestro mundo. Las personas incapaces de amor y odio, de ira y placer, serían también incapaces de verdaderos compromisos morales. Son los particulares de la vida

⁶ Vid. DETMOLD, *op. cit.*, en p. 105: «No hay escapatoria, en el Derecho o en el pensamiento moral en general, a la necesidad del compromiso pasional, porque sólo el compromiso pasional puede proporcionar el peso de las razones y principios; y sin ese peso no se puede hacer ningún juicio que sea difícil». La referencia a D. HUME es, por supuesto, primordialmente al Libro II de su *Tratado de la Naturaleza Humana* [D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (citado en adelante como *Treatise*), L. A. SELBY-BIGGE y P. H. NIDDITCH (eds.), Oxford, Clarendon Press, 2.^a ed., 1978].

cotidiana y de las relaciones humanas, tal como nosotros los aprehendemos apasionadamente, lo que constituye las razones. En contraste con esto, la postura de SUMMERS es de alguna manera más racionalista, aunque todavía no está del todo claro cómo su teoría llega a mostrar cómo razonamos hacia una conclusión sobre los pesos relativos de las razones atómicas. En la visión de DETMOLD, sin embargo, parece correcto decir que nosotros más o menos literalmente *sentimos* hacia una conclusión. Para él esto es un arte, no una ciencia; se puede aprender pero no describir. Y aún así, por supuesto, dado que es una verdad obvia que hechos diferentes pueden tener un atractivo emocional diferente, uno puede al menos usar esta verdad para darle sentido al proceso, muy aludido pero poco explicado, al que hoy en día se le llama «ponderar» razones.

En su reciente *Ethics Without Principles*⁷, J. DANCY defiende el particularismo de una manera que rechaza tanto la idea de un «sentido moral» como la idea de ponderar o «pesar» razones. El juicio es una habilidad práctica, no un sentido, sugiere⁸. La misma facultad de juzgar se pone en juego al considerar razones tanto para proposiciones teóricas como para juicios prácticos. No se necesita un sentido especial para decir si los argumentos que he defendido en este trabajo son sólidos o no, diría DANCY. Juzgar quién debe tener la custodia de un niño sobre la base de las razones a favor y en contra de cada una de las alternativas es un juicio en ese mismo sentido. Las razones relevantes para el juicio son relevantes de distintas maneras: favoreciendo tal o cual decisión, o posibilitando o intensificando una razón que ya es operativa, o imposibilitando una razón que de otra forma sería una razón a favor. «Peso» es una mala metáfora para describir lo que se tiene en cuenta en un proceso de juzgar, porque sugiere, erróneamente según DANCY, que una razón de un cierto tipo siempre hace la misma contribución en relación con todo acto para el que cuente como una razón. Sin embargo, él argumenta persuasivamente que esto no es así⁹. Habiendo yo expresado en un trabajo anterior mis dudas sobre la aplicación de la idea de peso en relación con las elecciones entre principios jurídicos, me alegra tener la confirmación de DANCY de mis fundamentos para la duda. Menos persuasivo para el presente contexto es su rechazo de la idea kantiana de universalizabilidad de los fundamentos del juicio práctico¹⁰, cuestión sobre la que después volveremos.

Como muestra incluso este breve esbozo, tanto SMITH como DETMOLD y SUMMERS defienden argumentos poderosos e interesantes, y el reciente trabajo de DANCY brinda una firme corroboración desde el campo de la filosofía moral. Sin embargo, merece la pena todavía indagar cómo es que tenemos éxito en alcanzar un juicio objetivo en casos donde hay razones en conflicto, cosa que sucede tan a menudo. SMITH es quien tiene quizás la visión más completa y casi convincente, puesto que su recurso del observador ideal imparcial nos proporciona un criterio intersubjetivo común con el que ajustar y objetivar nuestras particulares respuestas pasionales a los casos. ¿Pero cómo funciona esto en cuanto teoría sobre cómo *justificar* decisiones? Lo que hacemos al justificar

⁷ (Oxford, Clarendon Press, 2004). G. PAVLAKOS llamó mi atención sobre la importancia de este trabajo para la presente investigación; y V. TADROS llamó mi atención sobre el error de confundir cuestiones epistemológicas y ontológicas.

⁸ *Ethics Without Principles*, pp. 140-148.

⁹ *Ibid.*, pp. 190-191.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 67-70; me parece que la presente caracterización puede en realidad no ser kantiana a la manera que DANCY quiere rechazar.

juicios, si SMITH está en lo correcto, consiste en mostrar que hemos ido más allá de una reacción inmediata a una situación según se nos apareció a primera vista. Habremos intentado estar completamente informados y haber logrado una ideal imparcialidad, para movernos del mero enojo, empático o directo, a una preocupación moral asentada y tal vez a una condena (o, en el caso contrario, a una aprobación con diversos grados de entusiasmo). En un proceso así de corrección o ajuste de los sentimientos inmediatamente sentidos, uno literalmente racionaliza la reacción pasional, en busca de una visión que pueda ser común para todas las personas interesadas. El balance total del juicio involucra una respuesta racionalizada a la totalidad de una situación en toda su particularidad. Por tanto, el peso de nuestras respuestas finales de desaprobación y aprobación de una situación en todos sus aspectos proporciona una métrica común que hace inteligible cómo podría funcionar este tipo de ponderación.

Hay que decir además que una explicación smithiana mostraría cómo un agente moral completamente desarrollado podría ser leal a reglas morales, en tanto guías asentadas derivadas de respuestas generalizadas a tipos recurrentes de casos. Pero por supuesto, en un proceso de desarrollo el agente formaría parte de una comunidad cuyos miembros deben lealtad a tales reglas. El desarrollo de una capacidad moral completamente refinada sería algo que sobreviene desde un apego menos refinado a reglas de carácter heterónomo. Ello a su vez estaría sin duda entre las condiciones necesarias para desarrollar tanto el autogobierno, que SMITH considera esencial para la madurez humana, como la capacidad asociada para juicios de espectador ideal. De nuevo, no encontramos ninguna barrera insoslayable entre juzgar conforme a reglas y juzgar de una manera más profunda afrontando toda la complejidad de las situaciones de la vida real. Así pues, no se trata tanto de una simple capacidad de «ver» o «intuir» la corrección cuanto de una sabiduría acumulada a través de decidir y reflexionar sobre decisiones y sus resultados durante un periodo considerable de tiempo. Lo que necesitamos no es la intuición de Salomón, sino su sabiduría.

2. UNIVERSALIZAR PARTICULARES

Ninguno de los elementos de comprensión derivados de tesis particularistas como las que acabamos de examinar debería ser pasado por alto o minusvalorado. Pero también sería un error exagerar el carácter particularista del juicio, especialmente del juicio intuitivo o pasional una vez que es racionalizado de la manera sugerida por SMITH. Para mostrar esto, volvamos al caso del Rey Salomón y pensemos un poco más sobre él, para recoger un aspecto muy importante que ha sido desatendido hasta ahora. «Entonces el rey respondió y así habló: “Dad a aquella el hijo vivo, y no lo matéis: ella es su madre”». ¿Cuál es el punto aquí? El Rey ha utilizado un recurso brillante para descubrir cuál de las mujeres quiere más profundamente al niño. Infiere que ella es la madre, precisamente por la profundidad visceral de su amor por él («porque sus entrañas se le conmovieron por su hijo»), como tan vívida y terrenalmente lo expresa la Biblia). Por tanto su juicio es, sustancialmente, «Dadle a ella el niño... [porque] ella es su madre». El nexa «porque» es importantísimo. La calidad lacónica y reveladora de la historia bíblica se debe al hecho de que desbroza los acontecimientos hasta su esencia: una disputa por la maternidad de un niño; el recurso de un patriarca para clarificar el hecho

crítico de *¿cuál de las mujeres es verdaderamente la madre?*; y luego, la concesión del niño sin vacilación. El drama de la espada le muestra al juez y a todos los demás quién es la verdadera madre. Ser la verdadera madre es la razón para otorgarle el niño.

Seguro entonces que tanta razón sería, y la misma razón, para restituir cualquier niño en disputa a su madre natural, una vez que los hechos fueran esclarecidos. Una vez que se sabe quién es la madre de un bebé, se sabe quién debería cuidar de él, y a quién se debe restituir su custodia si por alguna desafortunada circunstancia el bebé ha sido separado de su madre. Si eso no fuera así, sería difícil ver a qué equivale el «porque». Para que la relación de maternidad sea una razón justificante, una «razón-porque» [*«because-reason»*], en este caso ante Salomón, debe ser entendida como igualmente una razón-porque en cualquier otro caso. En ese sentido, las razones son, y tienen que ser, univerzalizables. Racionalizar la reacción de uno afirmándola como una razón en sentido objetivo —tal vez, como SMITH sugiere, a través de alguna especie de razonamiento de tipo «espectador ideal»— es explícita o implícitamente afirmarla en términos universales. «X es la madre de Y» es una relación que es un universal lógico. Resulta ejemplificada en todos los casos de este proceso básico de la vida animal. Si en algún caso uno puede decir con buenas razones «Bueno, X debe cuidar y criar a Y, porque X es la madre de Y», entonces uno tiene que poder decir lo mismo en cualquier otro caso.

Esto no quiere decir, y es vital enfatizar inmediatamente este punto, que un universal normativo como ese («toda madre debe tener el cuidado y la crianza de todo niño suyo») tenga un carácter absoluto. Ya hemos discutido casos problemáticos que incluían la incapacidad autoinducida de una madre biológica de proveer un cuidado adecuado, o casos en los que ella desea dar su bebé en adopción, o casos de inadvertida confusión entre dos niños tal que cada uno está con la madre «equivocada», o problemas planteados por acuerdos de maternidad de alquiler. Cada uno de estos casos sugiere la posibilidad de factores contrarios relevantes, donde concluimos que el principio de que los bebés estén con sus madres biológicas deja de aplicarse, debido a que otras relaciones o circunstancias (relaciones y circunstancias que son igualmente universales en sentido lógico) han entrado en juego de un modo que marca una diferencia en lo que parece ser el juicio apropiado.

Tales problemas nos desafían inevitablemente a encontrar razones para nuestras razones. ¿Cuál es la *ratio* del principio «madre con hijo»? En una sociedad patriarcal puede que ambos, madre e hijo, estén sujetos al mismo poder del padre (excepto para «rameras» con hijos ilegítimos, como ocurría en el caso del Rey Salomón¹¹), y que la autoridad paterna se considere tanto correcta en sí misma como una base necesaria para la cohesión social. En circunstancias más igualitarias la cuestión puede ser vista más como un derecho de la mujer, quedando los derechos paternos subordinados al derecho primario de la progenitora femenina, excepto en casos excepcionales. Finalmente, lo típico de las sociedades occidentales contemporáneas es que el interés propio del niño sea la razón fundamental para la preferencia entre principios de decisión más inmediatos y detallados¹². La idea entonces tiene que ser que en todos los casos

¹¹ 1 Reyes 3: 16: «En aquel tiempo acudieron al rey dos mujeres que eran ramerás, y comparecieron ante él».

¹² Comp. la UK Children's Act 1989 s (1): «Cuando un tribunal determine cualquier cuestión relativa a - (a) la crianza de un niño... el bienestar del niño será la consideración primordial del tribunal» (aplicable en Inglaterra y Gales).

normales es abrumadoramente en el mejor interés del niño ser criado por su madre. En circunstancias ordinarias hay una coincidencia entre el interés de la madre, deseosa de criar a su propio hijo, y los intereses del niño, y en circunstancias familiares afortunadas hay coincidencia también con los intereses del padre, de los abuelos, y de otros familiares. Pero si la razón para la decisión es el interés del niño, ello a su vez proveerá un fundamento para casos excepcionales como algunos de los que hemos imaginado. En el *caso de la maternidad deficiente*, parece que el interés normal de un niño o niña de recibir el cuidado de su propia madre es derrotado por circunstancias en las que la madre es discapacitada o se ha incapacitado a sí misma. En el *caso de la maternidad no deseada*, por otro lado, la madre se ha descalificado a sí misma, y el interés del niño se protege mejor (sin controversias, según la opinión actual) mediante procesos adecuados de adopción.

Lo que de aquí se sigue es que cualquier proposición universal sobre lo que es correcto hacer puede resultar sujeta a excepciones o matizaciones no formuladas hasta ese momento, derivadas de una interacción entre más de un principio relevante. Se ha sugerido que todas las reglas jurídicas tienen una derrotabilidad intrínseca¹³. Es verdad que cualquier universalización a partir de una razón particular en un caso particular tiene que ser aceptada con cierta cautela, porque circunstancias diferentes pueden sugerir excepciones y matizaciones que no se plantean en las circunstancias del caso bajo consideración.

Los jueces contemporáneos no usan —puede que no usen— el método salomónico en los casos ordinarios sobre filiación o custodia de niños. Pero el fenómeno de los hermanos «siameses» puede plantear cuestiones casi tan horribles como el de la espada del rey. Porque puede surgir la cuestión de si se debe o no realizar una operación para separar a dos hermanos siameses en circunstancias en las que uno tiene una razonable esperanza de sobrevivir sin daños sustanciales pero el otro no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir a la operación. Esta fue precisamente la situación que se planteó ante el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra en el caso *Re A (children) (conjoined twins)*¹⁴. El Tribunal decidió que, en las circunstancias particulares de las siamesas Jodie y Mary, una operación para separarlas y que permitiera que Jodie viviera era jurídicamente permisible, es más, era obligatoria, aunque su efecto sería también terminar con la vida de Mary. Para nuestros propósitos, las palabras finales del magistrado ponente Lord Justice Ward son instructivas¹⁵.

«Para que no vaya a pensarse que esta decisión podría convertirse en una autoridad para proposiciones más amplias, tales como que un médico, una vez que ha determinado que un paciente no puede sobrevivir, puede matar al paciente, es importante reafirmar las circunstancias únicas [*unique*] respecto de las cuales este caso es autoridad. Estas son: que tiene que ser imposible preservar la vida de X sin causar la muerte de Y; que la mera existencia continuada de Y causará inevitablemente la muerte de X en un corto periodo de tiempo; y que X es capaz de vivir una vida independiente pero Y es incapaz, bajo cualquier circuns-

¹³ Vid. R. H. S. TUR, «Defeasibilism», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 2001, pp. 355-368. [MAC-CORMICK también se remite aquí al tratamiento de la derrotabilidad que él mismo desarrolla en el cap. 12 (*N. del T.*).

¹⁴ [2001] Fam. 147 [2000] 4 All ER 961.

¹⁵ [2001] Fam. en pp. 204-205 [2000] 4 All ER en p. 1018.

tancia (incluyendo toda forma de intervención médica), de una existencia independiente viable. Como dije al principio de esta sentencia, este caso es muy único [*very unique*].

Lo «único», cabría replicar, no admite grados (¿cómo podría algo ser «muy único»?). El comprensible énfasis del juez sobre el carácter «muy único» del caso debe ser entendido como que significa «muy improbable que se repita». Pero el hecho es que la decisión final del juez reconoce que el caso, a pesar de lo inusual que es, a pesar de que es muy improbable que se repita, tiene que ser visto en Derecho como un caso-tipo, como una situación formulada universalmente. Sin duda que hay muy pocos ejemplos en la vida real de una relación entre un ser humano X y un ser humano Y que sea exactamente como la describió Lord Justice Ward. Pero la idea es que, si se diera otra vez, entonces una operación similar para salvar a X a costa de acelerar la muerte de Y estaría tan justificada en este último caso como lo estuvo en el caso de Jodie y Mary. Y si no estuviera justificada en el último caso imaginario, entonces tampoco podría estarlo en el caso meticulosamente considerado y descrito que ahora se presenta ante el Tribunal. Porque no es un inefable rasgo particular de esta Jodie interactuando con esta Mary lo que justifica la decisión, sino ciertos aspectos estables de la relación entre ellas en el contexto de un dilema práctico particular. Estos aspectos son correctamente presentados por el juez como justificación de su decisión sobre la manera apropiada de resolver el dilema. El hecho de que la existencia continuada de Mary causará la muerte de Jodie, porque sus pulmones no podrán sustentarlas a las dos por muchas más semanas, hace imposible preservar la vida de Jodie y asegurarle la probabilidad de una existencia normal a menos que se realice la operación. Pero es también un hecho que la operación provocará inevitablemente la muerte de Mary. Ambas tienen un derecho a la vida, pero el derecho de Jodie sólo se puede preservar realizando la operación que terminará con la vida de Mary. Si alguien, sin embargo, afirmara tanto que realizar la operación es correcto como que esta es la única ocasión en toda la historia del mundo en la que una operación así es correcta aunque en el futuro aparecieran mellizos unidos básicamente de la misma forma, estaría replegándose hacia la inefabilidad. Si una relación precisamente de este tipo justifica la operación en algún caso, tiene que ser así en todos los casos, por más infrecuentes que esperemos y recemos por que sean los casos así. El «porque» de la justificación es un nexo universal, en este sentido: para que un determinado acto sea correcto porque en una situación existe una determinada propiedad o conjunto de propiedades, tiene que ser también correcto básicamente el mismo acto en todas las situaciones en que básicamente la misma propiedad o propiedades estén presentes. Esto está sujeto a la excepción de que pueden presentarse propiedades relevantes adicionales que alteren el resultado correcto, pero la excepción es válida sólo si a su vez tiene el mismo carácter universal. Tenemos que estar frente a algún conjunto adicional de relaciones tal que éste a su vez, de repetirse, sería tomado como justificación de la misma excepción en un caso futuro similar.

Esto no depende de ninguna doctrina o práctica de seguir precedentes. Al contrario, es la racionalidad de un sistema de precedentes lo que depende de esta propiedad fundamental de la justificación normativa, en cualquier marco justificativo: su universalizabilidad. Todo compromiso con la imparcialidad entre diferentes individuos y diferentes casos implica exigir que los fundamentos del juicio en este caso sean considerados repetibles en casos futuros. Por supuesto, se tiene que añadir la consistencia a lo largo del tiempo como otro requisito, y además, dentro de cualquier sistema norma-

tivo, la idea de una coherencia general de valores y principios, perdurables a través del tiempo, antes de tener las bases de un verdadero sistema del precedente*.

3. ¿UNIVERSALIZACIÓN O GENERALIZACIÓN?

La idea de universalizabilidad, incluso fundada en esa concepción de imparcialidad racionalidad, está sin embargo expuesta al ataque y ha sido atacada por S. BURTON¹⁶. A su modo de ver, mi afirmación sobre la necesaria universalidad o al menos universalizabilidad de las razones justificativas es exagerada y confunde universalización con generalización. El problema que él plantea se deriva de la relativa ignorancia de los hechos y la relativa ignorancia de los fines y valores bajo los cuales todo decisor humano tiene que operar. ¿Cómo, en efecto, se pregunta BURTON, puede un juez estar satisfecho por haber considerado exhaustivamente todo conjunto, o variante, relevante posible de los hechos del caso dado, de manera tal que pueda decidir exactamente cómo formular, sobre la materia en cuestión, una regla del tipo que hemos formulado en términos de «siempre que HO entonces CN»**? En el mejor de los casos, seguramente, un juez de la vida real sólo puede sostener que, *en tanto generalización*, es correcto decidir que CN cuando se da HO. Esto supone, acertadamente, un prudente reconocimiento del hecho de que no podemos estar seguros de que hemos pensado en todo lo que en una visión completa (o sea, sobrehumana) podríamos llegar a considerar relevante para un juicio particular en un caso particular.

Cuando se provoca que cosas que no están naturalmente sobre la tierra queden situadas en un espacio de tierra (por ejemplo, al construir un embalse), y cuando esas cosas se salen de control y dañan a alguien, incluso sin culpa por parte del demandado, los meros hechos de que hubo una pérdida de control y de que ello ha causado daño, incluso sin ninguna prueba de culpa, pueden ser considerados suficientes para justificar una sentencia que obligue a compensar a la parte dañada a expensas del creador del riesgo (*vid.*, por ejemplo, *Rylands vs. Fletcher*¹⁷, *Kerr vs. Earl of Orkney*¹⁸). Pero dictar y justificar una decisión en esos términos ni zanja ni debería suponerse que zanje la cuestión de qué es correcto hacer si se produce una pérdida de control sin que esa pérdida traspase el perímetro del espacio de tierra involucrado, sufriendo la lesión una persona que se encuentra dentro de la tierra del demandado. En *Read vs. Lyons and Co.*¹⁹, una explosión en el interior de una fábrica de armas lesionó a un inspector que estaba dentro de la fábrica visitándola legalmente. Por primera vez se decidió que una pérdida de control más allá del perímetro de la tierra era un requisito para justificar un juicio de responsabilidad sin culpa.

* El autor se remite aquí al cap. 8, donde aborda más a fondo estas cuestiones al analizar la justificación a partir de precedentes [*N. del T.*].

¹⁶ S. J. BURTON, «Professor MacCormick's Claim Regarding Universalization in Law», en C. FARALLI y E. PATTARO (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Milán, Dottore A. Giuffrè, 1988, pp. 155-166.

** Las letras «HO» se refieren a los «hechos operativos» (en el original, OF, *operative facts*) de una norma (lo que nosotros solemos llamar «supuesto de hecho»). Las letras «CN» se refieren a las «consecuencias normativas» previstas para cuando esos hechos tienen lugar [*N. del T.*].

¹⁷ (1868) LR 3 HL 330.

¹⁸ (1857) 20 D 298.

¹⁹ [1947] AC 156.

Los casos nuevos no siempre tienen que conducir al abandono de una línea de desarrollo jurisprudencial relativa a la responsabilidad de la manera en que ocurrió en el caso *Read*. Ejemplo de esto es el cauteloso crecimiento de la doctrina de la responsabilidad indirecta, haciendo al empresario responsable por las faltas de su empleado. ¿Debe un empleador ser responsable por los actos fraudulentos cometidos por un empleado en el ejercicio de sus funciones? Un primer caso abordó la situación en la que el fraude del empleado fue beneficioso para el empleador, y se sostuvo que en esas circunstancias el empleador era indirectamente responsable. Pero entonces surgió un caso en el que un empleado cometió un fraude durante su trabajo que perjudicó a un cliente del empleador, sin beneficio alguno para este último. Claramente, los precedentes no exigían una decisión favorable a la responsabilidad del empresario en un caso como ese: los precedentes mostraban que, si un empleador se beneficiaba, ese empleador debía ser responsable. Pero igualmente, no tenían por qué ser interpretados como sosteniendo que sólo si el empleador se beneficiaba podría haber responsabilidad indirecta. De hecho, en *Lloyd vs. Grace, Smith, and Co.*²⁰ se sostuvo que era correcto considerar responsable al empleador, por el fraude cometido por su empleado en el ejercicio de sus funciones, incluso en ausencia de un beneficio para el empleador. Esta decisión era perfectamente razonable, incluso a pesar de que en *Barwick vs. Joint Stock Bank*²¹ se había tratado como un hecho relevante el que los fraudes del empleado hubieran sido para beneficio del empleador. Lo que el desarrollo posterior reflejó fue (uno podría suponer) una comprensión más amplia de los fundamentos de la responsabilidad indirecta, es decir, de sus principios subyacentes, en términos de la manera en que el empleo de una persona puede crear un ámbito de conductas dañosas que de otro modo él o ella no hubieran podido realizar, y asumiendo que es más razonable que sea el empleador quien se asegure contra esto o de alguna manera tome medidas dirigidas a proteger los intereses de terceras partes expuestas a ese riesgo. Líneas de desarrollo del Derecho como esta estarían severamente inhibidas si los tribunales debieran en todo punto intentar resumir en términos concluyentes todas las condiciones necesarias y suficientes para alguna forma de responsabilidad jurídica o para el reconocimiento de algún tipo de derecho. Lo máximo que un tribunal debería hacer es contentarse con que haya razones *suficientemente* buenas para la decisión en el caso presente. Que las razones sean suficientes implica suficiencia a la luz de los hechos y circunstancias que las partes han alegado ante el tribunal como material relevante para la decisión. Un enfoque así, tentativo, paso a paso, de la toma de decisiones es ciertamente muy característico del estilo de desarrollo jurisprudencial de doctrinas y principios jurídicos en el *common law*. En su *Introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, BURTON brinda algunas vívidas ilustraciones de este punto, tomadas del Derecho mercantil, sobre cuestiones relativas a la responsabilidad del vendedor por defectos en el producto²².

La observación que hace BURTON es muy importante. Debería aceptarse, sin embargo, no como que contradice la presente tesis sobre la universalizabilidad, sino como que subraya en ella una matización útil y necesaria que ya fue brevemente mencionada antes en este trabajo. Lo que él muestra, creo, es el carácter siempre tentativo del com-

²⁰ [1912] AC 716.

²¹ (1886) LR 2 Ex. 259.

²² Boston y Toronto, Little Brown, 1985, pp. 21-64.

promiso que una persona sabia y racional tendrá respecto de cualquier principio de decisión universalizado. Lo que él no muestra es que las propiedades lógicas de un buen principio de justificación o de un buen fundamento para las decisiones sean otras que las de la universalidad. Un fundamento universalizado de un fallo dice «siempre si *c* haz *v*», mientras que uno generalizado no puede decir más que «muy a menudo si *c* haz *v*» o acaso «casi siempre si *c* haz *v*». Compárese «siempre si la madre del niño reclama su custodia, la custodia le debe ser otorgada» con «muy a menudo si la madre de niño reclama su custodia, la custodia le debe ser otorgada». En cualquier caso que pueda ocurrir, la segunda fórmula fracasa totalmente en cuanto a decirnos qué hacer. Porque no hay manera de saber si el caso que tenemos frente a nosotros es uno de la mayoría de casos particulares en los que la custodia debe ser otorgada, o uno de la minoría en que no. No nos da una guía. El problema de la segunda fórmula es el opuesto, porque sí nos da una guía, pero nos la da de una manera demasiado categórica. Que una persona sea la madre de un niño es siempre, en efecto, una razón muy fuerte para que ella tenga su custodia, pero puede haber circunstancias en las que esa razón sea derrotada por otras consideraciones tales como las que vimos en el caso de la deficiencia materna o en el de la maternidad no deseada, y en algunos otros en los que cabría pensar. Así que tiene más sentido postular una suerte de universalización con reservas: «Siempre si la madre de un niño reclama su custodia, la custodia le debe ser otorgada, *excepto cuando se muestre que una razón suficientemente fuerte para un otorgamiento diferente está presente*». Esto nos dice qué hacer, pero también nos advierte que tengamos en cuenta las consideraciones en contrario si alguna es presentada en un caso particular. El sentido de un cuerpo de precedentes sobre la concesión de custodias es que a lo largo del tiempo brindará una universalización básica, cualificada por un listado más o menos exhaustivo de consideraciones opuestas (consideraciones, cabe suponer, fundadas primordialmente en el bienestar de los niños, teniendo en cuenta su edad y la cercanía de su relación con su padre así como con otros familiares).

Es bueno decir «más o menos exhaustivo». La variedad de circunstancias humanas es tal que uno nunca puede estar absolutamente seguro de haber previsto todas las posibilidades, y es por tanto una simple muestra de sabiduría práctica permanecer abierto a sorpresas, y estar dispuesto a responder a ellas con inteligencia. Uno no debería quedarse contento con una certeza *ex ante* de que por fin ha diseñado la regla perfecta y completa para la decisión, la regla que explicita toda condición imaginable de derrotabilidad o matización a que está sujeta. La universalizabilidad jurídica de una persona sabia se circunscribe a una universalizabilidad derrotable*. Allí donde impera, la universalizabilidad derrotable puede por supuesto dar lugar a generalizaciones descriptivas acerca del Derecho: «Según el Derecho de Brobdingnag, en los litigios de custodia de niños la custodia es casi siempre otorgada a la madre». Pero la generalización descriptiva, aunque es útil como guía para la predicción de decisiones, es por sí misma de muy poca ayuda para tomarlas. La universalidad derrotable es universalidad, no generalización; y la universalizabilidad debe defenderse como un requisito para la justificación, tanto en el Derecho como en el razonamiento moral. Esto es así, incluso si uno sabiamente admite la siempre presente posibilidad de acontecimientos y circuns-

* El autor señala aquí que la idea de «derrotabilidad» se examina con más detalle en un capítulo posterior del libro [N. del T.].

tancias imprevistas que requieren que uno revise lo que hasta ahora eran cuasi-certezas aceptadas. Si el «particularismo» es entendido como no más que una posición que insiste en esta apertura a evaluar nuevos casos y circunstancias cuando surgen, entonces es aceptable. Pero esta es una apertura a nuevos particulares dentro de un esquema justificativo formado por universales derrotables; y cada nueva excepción, una vez que es reconocida, se convierte ella misma en una excepción universalizada²³.

Si esto capta lo que BURTON quiere decir con «generalización» como opuesto a «universalización», coincido con él en la sustancia, pero no en la preferencia terminológica. Porque sigue siendo valioso contrastar la universalidad (incluso la universalidad derrotable) con la «generalización», por una razón articulada hace muchos años por R. M. HARE²⁴. «Universal» se opone a «particular», como «general» se opone a «específico». El último par de términos admite diferencias de grado, pero el primero no. «Universal» y «particular» son propiedades lógicas, mientras que la generalidad y la especificidad son propiedades cuantitativas. En Derecho, tanto las reglas como los principios son universales, como lo son las formulaciones interpretativas sobre el Derecho contenidas en la fundamentación de las sentencias [*rulings on law*] que justifican los fallos particulares. Pero algunos enunciados normativos son más generales que otros. Los principios jurídicos son normas muy generales, que a menudo compiten con otras normas igualmente generales en dilemas prácticos. Las reglas jurídicas son típicamente mucho más específicas e inmediatamente aplicables. Los contrastes trazados sobre el eje «general-específico» tienen un sentido diferente a los referidos al par mutuamente excluyente «universal *versus* particular». Son términos y conceptos que están llamados a jugar un papel distinto en la teoría general de la justificación jurídica. Las generalizaciones, en el sentido de formulaciones generalizadas de principio, tienen un papel especial que jugar en la justificación jurídica. Tales formulaciones de principio son mucho más generales en sus términos que el tipo de formulaciones judiciales interpretativas sobre el Derecho [*rulings on law*] que hemos estado discutiendo hasta ahora. La generalidad, como esta observación muestra, es una cuestión de grado. En el nivel más alto de generalización jurídica, el de los principios, nos preocupa la coherencia de conjunto en el Derecho más que la estricta consistencia*, que es en cambio en lo que nos centramos cuando probamos si una posible formulación interpretativa es o no conforme con reglas preestablecidas y precedentes vinculantes. A veces, de hecho, esta diferencia pasa a ser crucial cuando los jueces niegan que sea correcto considerar «universales» a las formulaciones amplias de principio. Una ilustración muy clara de esto puede encontrarse en *Home Office vs. Dorset Yacht Co. Ltd.*²⁵ En resumen, preservar una distinción terminológica entre generalización y universalización parece altamente deseable.

²³ Comp. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, trad. J. FARELL, Alban, NY, SUNY Press, 1993, pp. 224-226.

²⁴ R. M. HARE, «Principles», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1972-1973, 1.

* El autor se remite aquí a los capítulos posteriores del libro [*N. del T.*].

²⁵ [1970] AC 1004, esp. en p. 1054, donde Lord PEARSON se refiere al célebre «principio del prójimo» como un «principio básico y general pero no universal». [El «principio del prójimo» («*neighbour principle*») es el que ordena que se tome la diligencia debida para evitar acciones u omisiones que uno pueda prever razonablemente que probablemente dañarán a nuestro prójimo, entendiendo por tal todas las personas tan cercana y directamente afectadas por el acto que el sujeto debería razonablemente pensar en ellas cuando emprende esa acción u omisión (*N. del T.*)].

4. UNIVERSALIZACIÓN E INDUCCIÓN: EL PENSAMIENTO CAUSAL

Hay una posible analogía a trazar entre la concepción del razonamiento práctico y la justificación defendida aquí, y el proceso inductivo del juicio cognoscitivo, o juicio científico, en la medida en que este trata de causas y efectos. Es una tesis que se puede discutir la de que cada suceso y estado de cosas particular tiene alguna potencia causal intrínseca tal que a través de algún mecanismo explicable genera otros sucesos o estados de cosas. Esto tiene una cierta credibilidad, toda vez que es cierto que las causas y los efectos son siempre sucesos, procesos o estados particulares, y que la acción causal es la acción de un suceso o proceso de provocar otros particulares. Es cada suceso particular el que tiene su propia causa —si es que hay causas en algo—, no los sucesos en general los que tienen causas en general. La tesis de que las cosas y estados de cosas tienen en la realidad una potencia causal intrínseca (permítaseme llamar «realismo causal» a esta concepción) encaja perfectamente bien con esta observación sobre la particularidad de las series de causas y efectos. Cualquiera que fuera la cosa o combinación de cosas particular que provocó el suceso examinado —pongamos, la erupción del Monte Santa Helena o el terremoto y tsunami del océano Índico del 26 de diciembre de 2004—, identificar la causa es identificar la cosa o combinación cuya particular potencia fue liberada de tal manera que provocó justamente ese y no cualquier otro resultado o efecto directo.

En tanto en cuanto podamos descubrir conjuntos así de encadenamientos causa-efecto, podremos establecer generalizaciones inductivas a partir de ellos. Pero en la visión del realismo causal, ninguna adscripción particular de efectos a causas correctamente realizada sería correcta en virtud de su encaje en una generalización así. Al contrario, sería la generalización la que estaría mejor o peor fundada tan sólo en función del número de ejemplos de confirmación que pudiésemos encontrar, pues las causas son particulares y sólo son conocidas como tales en y por sí mismas. Podemos tener más certeza de que algún particular x causó algún particular v , que de que todo miembro de la clase de todos los x tiene la misma potencia causal respecto de la producción de sólo un v por cada x . Que se haya mostrado que un particular ha causado otro particular no sería prueba de que alguno más haya causado, esté causando o vaya a causar alguna otra cosa.

Esto es precisamente lo que D. HUME mostró que era la debilidad del realismo causal²⁶. No tenemos de hecho, afirmaba, ninguna prueba sensorial o de cualquier otro tipo de ningún vínculo particular de necesidad natural entre cualquier par de cosas, sucesos y estados de cosas. En el nivel de la mera observación particular de particulares, nunca observamos que algo cause algo. Podemos ver que la serpiente muerde, podemos ver que la reina muere. Pero no vemos que este mordisco cause esta muerte. E incluso si viéramos que este mordisco causa esta muerte de Cleopatra, eso no sería fundamento alguno para suponer que toda mordida de ese tipo será una causa de muerte (y no lo sería: muy pocas formas de veneno de serpiente son inevitablemente letales). La proposición según la cual sucesos particulares causan efectos particulares es muy distinta de la proposición según la cual hay un curso regular de sucesos en la naturaleza, y ninguna demuestra a la otra. Lo mismo, me parece a mí, se aplicaría al particularismo ético. Incluso si yo tengo alguna facultad para juzgar con la misma

²⁶ HUME, *Treatise*, Libro I, Parte III.

exactitud que estos particulares hechos A, B, C son una razón para esta decisión d (una razón que tiene más peso que los hechos rivales E, F, G), nada se sigue respecto de la reaparición futura de hechos similares. Si las razones son particulares, es una conjetura de alguien decir si reparaciones de los mismos o parecidos particulares tendrán un peso similar la próxima vez.

En la medida en que la crítica de HUME al realismo causal y a las pretensiones de la inducción era una crítica lógica, fue una crítica acertada. Pero el problema lógico que HUME planteó no fue resuelto satisfactoriamente por él mismo, sino sólo mucho después por K. POPPER²⁷. La relación entre particulares y generalizaciones es una relación de falsación potencial. Que haya regularidad en nuestro universo es una hipótesis puesta a prueba en nuestro mismo momento de pensar, y corroborada hasta ahora en diversas esferas de sucesos y fenómenos. Que hay particulares regularidades recurrentes también ha sido sometido a prueba y, para algunas de ellas, todavía no ha sido refutado.

En tanto que HUME planteó un problema epistemológico, estaba en lo correcto. La causalidad no es una parte intrínseca del mundo perceptible. Es una categoría explicativa impuesta por nosotros sobre nuestro mundo fenoménico (aunque aquí la versión trascendental kantiana del argumento es claramente más plausible que el intento de HUME de sustentar al empirismo sobre sí mismo²⁸). Quedan entonces las cuestiones de cuándo es *justificable* aplicar esta categoría en nuestras explicaciones de sucesos, y de cómo debemos aplicarla. Mi respuesta es de nuevo popperiana: las adscripciones razonables y justificables de efectos a causas requieren recurrir a generalizaciones no refutadas, y están mejor justificadas cuanto más extensamente corroborada y cuanto más en riesgo de falsación esté una hipótesis. Además, cualquier hipótesis explicativa que uno ponga a prueba tiene que ser capaz también de formar parte consistentemente de una teoría general coherente. Las hipótesis no vienen como espías solitarios, sino en batallones.

Esta quizá sobria toma de posición en una cuestión tan sumamente importante y discutida durante tanto tiempo tal vez sea suficiente para un trabajo que se centra en otros asuntos. De todas formas, la principal cuestión aquí es hasta qué punto la postura popperiana, tal como la he esbozado crudamente, es una analogía útil para el razonamiento práctico. Así que dejemos que una observación final a modo de conclusión sea suficiente sobre esto: no hay nada en esta postura que implique negación alguna de que las causas son siempre particulares. Por supuesto que es el mordisco de la serpiente, no la teoría de que los mordiscos de serpiente pueden ser letales debido a las propiedades del veneno de serpiente, lo que causa la muerte de Cleopatra. Pero lo que nos permite conceptualizar la muerte de Cleopatra es que el hecho particular de la serpiente que muerde pertenece, como premisa menor, a una argumentación cuya premisa mayor es una hipótesis extraída de la teoría sobre el veneno de serpiente y cuya conclusión es la muerte.

²⁷ K. R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, Hutchinson, 1959; *Objective Knowledge*, Oxford, Clarendon Press, 1972, cap. 1.

²⁸ HUME, en *Treatise* Libro I, Parte III, s. 15, prescribe «Reglas para el razonamiento en términos de causas y efectos» [*Rules by which to judge of causes and effects*]; allí y en otros lugares él da como razón para que creamos en causas y efectos la actuación de la costumbre sobre nuestra imaginación; claramente, es circular hacer descansar la teoría de la causalidad en una hipótesis de causa-efecto en el nivel de la psicología empírica. Por esa razón, la psicología trascendental de KANT (si puede llamarse así) es preferible. Vid. I. KANT, *Critique of Pure Reason*, London, Macmillan, 1933, pp. 30-31, según se discute en W. D. LAMONT, *Law and the Moral Order*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1981, cap. 5, «causalidad y teleología».

5. LA UNIVERSALIZACIÓN EN LA JUSTIFICACIÓN

El último punto tiene ciertamente una relevancia analógica en la esfera práctica: es verdad, como sostienen los particularistas, más tenazmente DETMOLD²⁹, que las razones para acciones particulares son tanto particulares como fácticas. El hecho de que la serpiente se cierne sobre Cleopatra para morderla es la razón de mi intervención para impedirlo. Pero esto no muestra, igual que en el caso de las causas, que el vínculo entre una razón particular y una acción particular no sea un universal relevante. Parece, en efecto, bastante obvio que el hecho justifica la acción sólo si ambos forman parte de algún silogismo práctico formulable que tiene como premisa mayor algo como: «Cualquiera que pueda hacerlo debe rescatar a una reina del inminente mordisco de una serpiente». Por supuesto, es verdad que un principio así carece de aplicabilidad o de relevancia inmediata para la conducta en todas las infinitas ocasiones en las que uno no está en compañía de alguna reina en particular y de alguna particular serpiente a punto de morderla. Por supuesto, es verdad que nadie en el mundo había jamás pensado o formulado antes este principio: no aparece en ninguna moral personal o moral social positiva existente de la que yo haya oído hablar. Pero decir que el hecho del inminente mordisco de la serpiente *justificaría* la intervención (y condenaría la no-intervención) implica reconocer que algún principio así es correcto.

Esto se sigue, creo, de las implicaciones inherentes a la idea misma de «justificación». Justificar una acción es mostrar que es correcta. Mostrar que es correcta es mostrar que, desde cualquier enfoque objetivo del asunto, la acción debería haberse realizado, o incluso tenía que realizarse, dado el carácter de la acción y las circunstancias del caso. Decir: «es correcto hacer *esto* en *estas* circunstancias debido a lo que esto es y lo que estas son», por mucho que uno se explaye en la alusión que hace señalando con el dedo y asintiendo con la cabeza, es no lograr mostrar nada distinto a un enfoque puramente subjetivo del asunto. Es sólo una vez que al «esto» y al «estas» se les da algún valor cuantificado (no necesariamente mediante una explicación verbal, por supuesto: quizás podría lograr expresar al final lo que quiero decir con suficiente claridad señalando con el dedo y cabeceando, como en un juego de charadas) cuando hay algo susceptible de algún escrutinio objetivo. Sólo una vez que se me muestra que la «esto-idad» de la acción es ser la acción de salvar a Cleopatra —Cleopatra *la reina*, Cleopatra *la mujer hermosa*, Cleopatra *el ser humano*—, siendo las circunstancias las del peligro de ser atacada por una serpiente, es cuando surge una cuestión objetivamente discutible.

Ciertamente, puede haber desacuerdo: alguien, yo mismo por ejemplo, podría negar que las reinas o las mujeres hermosas tengan derechos especiales en cuanto tales; y el mismo acto puede ser considerado justificado sobre la base de distintos fundamentos de juicio, incluso cuando tal desacuerdo existe en el nivel del principio involucrado. Pero yo no creo que algo pueda considerarse una razón justificante si no formula o indica la naturaleza genérica de la acción y las circunstancias genéricas de la acción. Y desde el momento en que estas se formulan, se revela un principio implícito, universal en sus términos. Decir: «Fue correcto hacer *v*, porque era un caso de *v*-ar en circunstancias *C*», es implicar que al menos *prima facie* uno debería hacer *v* siempre que se

²⁹ DETMOLD, *op. cit.*, cap. 6.

dé C. De hecho, significa lo mismo que «Si C uno debe hacer *v*; y C; luego uno debe hacer *v*».

Cuando se considera el asunto una y otra vez, no parece haber otra manera de dar sentido a ideas como «justificación» y «razones justificativas» para la acción que no nos lleve a esta conclusión. La clave aquí radica en la tesis de que las razones justificativas para la acción son conceptualmente distintas tanto de las razones explicativas como de las motivacionales³⁰. Esta es una tesis de fundamental importancia. Que yo quiera mucho *x* y que *v*-ar sea una manera de lograr *x* es, para mí, una razón para hacer *v*. Que *x* era lo que yo más quería y que me parecía que *v* probablemente produciría *x* será ciertamente una buena explicación de por qué hice *v* en una determinada ocasión. Tales razones son, por supuesto, particulares, aunque caen bajo los principios explicativos de que es muy probable que la gente haga lo que más quiere hacer, y de que los deseos fuertes son causas comunes de la acción. Pero lo que las razones explicativas y motivacionales *no* hacen es precisamente *justificar* una acción. Buena parte de la actual discusión sobre razones para la acción y sobre razonamiento práctico me parece que deja esta cuestión crucial en la oscuridad. Por qué quiero *x* y si mi deseo es tan fuerte que me motivará hacia una acción orientada a conseguir *x* son cuestiones de algún interés e importancia. Pero si es o no correcto que yo busque o consiga *x* es otra cuestión. Que haya alguna razón *justificativa* para que yo busque o consiga *x* es una cuestión totalmente distinta de la de si hay alguna razón motivacional para que lo busque.

No hay, afirmo, justificación sin universalización; la motivación no necesita universalización; pero la explicación requiere generalización. Y para que hechos particulares —o motivos particulares— sean *razones justificativas* tienen que ser subsumibles bajo algún principio relevante de acción universalmente formulado, incluso si se admite que el universal es derrotable. Esto se aplica al razonamiento práctico en general, y al razonamiento jurídico como un sector del razonamiento práctico³¹. Buena parte de la discusión en el presente trabajo ya ha tratado de casos jurídicos y razones jurídicas. Esto no es irrelevante. La tesis de J. DANCY en *Ethics Without Principles* proyecta lo que parece ser una duda bien fundada sobre la idea que hay algún tipo de libro maestro de reglas de moralidad³², o de que el pensamiento moral se dirige al intento de construir uno. Los principios de los cuales él nos apremia a prescindir son un conjunto imaginario de universales invariablemente aplicables, tales que, a menos que la máxima de una acción presente encaje en uno de ellos, la acción es incorrecta. Yo estoy dispuesto a aceptar esa visión, pero también a llamar la atención sobre las maneras en que el pensamiento moral difiere del jurídico³³. Primero, en Derecho sí hay una suerte de libro maestro de reglas: la

³⁰ W. LUCY objeta la idea de «razones explicativas», y piensa que uno debería hablar sólo de «causas explicativas». Sin embargo, es evidente que uno puede hablar de la razón por la que el Monte Santa Helena hizo erupción, o de la razón por la que Cleopatra murió. La «explicación racional» es una actividad importante. *Vid.* LUCY, *Understanding and Explaining Adjudication*, p. 104.

³¹ *Vid.* R. ALEXY, *Theory of Legal Argumentation*, trad. de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 5-10, 212-220 y 294-295, sobre la tesis de que el razonamiento jurídico debe ser entendido como un caso especial de razonamiento práctico general.

³² *Vid.* *Ethics Without Principles*, por ejemplo, pp. 130-132.

³³ DANCY subraya (*Ethics Without Principles*, p. 190) que: «Para ser racional, para pensar racionalmente, para ser un evaluador de razones competente, no se necesita ser un manejador de reglas competente, ni se necesita ser un competente evaluador de las contribuciones individuales de las razones presentes en el caso que son independientes del contexto, porque puede que no haya tales contribuciones independientes del contexto

Constitución, las leyes, los códigos, los reglamentos, y similares; y también, posiblemente, los precedentes judiciales y (si los precedentes generan tal cosa) las «reglas del *common law*». Todo sistema jurídico contemporáneo en cualquier Estado tiene algunas de estas cosas, aunque quizás ninguno las tenga todas. Sistemas jurídicos no estatales, como el de la Unión Europea, tienen tratados fundacionales en lugar de una «constitución» en sentido formal como la que muchos Estados poseen (y, después de 2006, los tratados fundacionales puede que sean reemplazados por un «Tratado por el que se que establece una Constitución»). De aquí que el razonamiento jurídico siempre incluya una reflexión sobre la incidencia que las reglas jurídico-positivas relevantes tienen sobre las situaciones particulares. Esto sucede cuando quienes tienen un derecho privado o una competencia pública para hacerlo inician procesos jurídicos civiles o penales, o cuando llevan a cabo acciones potencialmente preparatorias para tales procesos. El Estado de Derecho exige que tales intervenciones siempre estén, y se muestre que están, apoyadas de algún modo apropiado en el Derecho preestablecido. De aquí que la universalización que se realiza en el Derecho se halla en un contexto que en buena medida ya está jurídicamente definido, y tiene que ver con el esclarecimiento de cuestiones en las que el sentido del Derecho establecido es discutido o discutible. Más aún, en contraste con la mayoría de las deliberaciones morales, la deliberación jurídica, una vez que el asunto ha llegado a los tribunales, es (con poquísimas excepciones) un proceso público. En ese proceso público, debido a la responsabilidad pública de los jueces, se exige a estos (a veces por el Derecho, a veces simplemente por los usos y costumbres) que declaren públicamente qué es lo que hacen y por qué es correcto decidir como deciden. Esto es lo que significa «justificación» para los propósitos que aquí nos ocupan. De las maneras ilustradas y argumentadas anteriormente, esta formulación de razones como razones públicas, por magistrados comprometidos con la justicia imparcial en todos los casos, participa necesariamente de la universalidad, aun siendo derrotable. En un sentido cuidadosamente explicado, quizá se pueda concebir una «ética sin principios»; pero eso no funciona en el Derecho³⁴.

(Traducción de Guillermo Moro)

para ser evaluadas». Los abogados sí tienen que ser manejadores de reglas competentes, al tiempo que deben contar con las capacidades más generales apuntadas.

³⁴ E. CHRISTODOULIDIS observa con contundencia que «[L]a complejidad de lo particular (siempre-) ya ha sido reducida en el Derecho. La particularidad sólo podría abordarse regresando a la esfera de la alta complejidad, lo cual, de hecho, destruiría al Derecho como un logro institucional». Vid. «The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular», *Law and Philosophy*, 18, 1999, pp. 215-241, en p. 237.

[N. del T.: Para enlazar con los capítulos posteriores del libro, el autor concluye el presente capítulo con el siguiente párrafo: «La tesis sobre la universalizabilidad, sin embargo, no es privativa del Derecho, aunque puede que tenga en él un papel necesariamente más visible. Descubrir cómo se conecta esto con otros aspectos del Derecho, en especial con un sistema de precedentes jurídicos, es materia para un capítulo posterior. Pero antes será necesario desarrollar un argumento relativo a las consecuencias. Parece ser una tesis bien fundada la de que la justificación de una decisión en un contexto jurídico exige universalizarla (o mostrar que sería aceptable si se universalizara). Pero esto plantea enseguida la cuestión de cómo se justifica la proposición universalizada misma. La respuesta que yo doy es una respuesta controvertida: se justifica en vistas a sus consecuencias; pero sólo en un sentido bastante especial del término “consecuencias”. Hacer buena esa tesis es el objetivo del próximo capítulo»].

