

DERECHO NATURAL Y RAZONAMIENTO JURÍDICO*

El razonamiento moral, el razonamiento jurídico y sus interrelaciones no pueden ser comprendidos reflexivamente sin atender a dos causas diferentes de ambigüedad. Estas causas son, en cada caso, bien conocidas: 1) la distinción entre las razones y los sentimientos, y 2) la distinción entre la acción (formación de la propia existencia por medio de las propias elecciones) y el hacer (ejercicio de la técnica por medio de la actividad sobre cierta forma de objeto o método cultural). Pero esas distinciones no son bien comprendidas en general y las trampas que ellas establecen para el análisis de la moralidad y la adjudicación son generalmente descuidadas.

I

Nosotros somos animales, pero inteligentes. Nuestras acciones tienen todas una motivación emocional; involucran nuestros sentimientos, nuestra imaginación y otros aspectos de nuestra corporeidad, y pueden ser observadas íntegramente (aunque sea en algunos casos por introspección) como partes del comportamiento. Pero las acciones, racionalmente motivadas, tienen también una motivación inteligente —buscan realizar (proteger, promover) un bien inteligible—.

Así, nuestros propósitos, los estados de cosas que típicamente buscamos realizar, tienen un doble aspecto: la meta que imaginamos y que compromete nuestros sentimientos y el beneficio inteligible que apela a nuestra racionalidad por la promesa de realizar, ya sea inmediatamente o instrumentalmente, algún bien

* Traducción de Carlos I. Massini-Correas. Publicado originalmente en *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 33, 1995.

humano básico. Mientras que algunos de los propósitos con que empleamos la inteligencia para perseguir algo pueden ser motivados, en su esencia, solamente por el sentimiento, otros propósitos están motivados en su esencia por una comprensión de un bien humano básico. El modo de hablar en que la “razón” se refiere a los propósitos, “la razón por la que él hizo eso”, equivalente a su “propósito de hacer eso”, falla al establecer la distinción. Pero ninguno de los términos relacionados —“propósito”, “meta”, “intención”— está libre de la misma ambigüedad. Por ello, específico que cuando hablo de “razones” en este capítulo me refiero (excepto cuando discuto las razones técnicas) a las razones que dan fundamento a la acción inteligente, motivada en esencia por un bien humano básico (más precisamente por el beneficio inteligible prometido por la realización de un bien básico).¹

Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista. El florecimiento humano no debe estar referido solamente en términos de ejercer capacidades para razonar. Como los animales, somos sustancias orgánicas, parte de cuyo bienestar es *la vida corporal*, mantenida con salud, el vigor y la seguridad, y transmitida a nuevos seres humanos. Considerar a la vida humana como una razón básica para la acción, es comprenderla como un bien, en el que infinitos seres pueden participar de muchas maneras, yendo más allá de cualquier meta o propósito que cualquiera pudiera visualizar y perseguir, pero dando sentido a muchos propósitos y proporcionando apoyo racional a muchas e indefinidas metas.²

Este sentido de razón (básica) para la acción es válido para los demás bienes humanos básicos: el *conocimiento* de la realidad

¹ Para el uso que aquí hago de las palabras “intención”, “meta”, “sentimiento”, “beneficio”, “motivados” y “bien humano básico”, véase Grisez, Germaine *et al.*, “Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends”, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 1987, 99-110.

² Véase Finnis, John *et al.*, *Nuclear Deterrence*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 274-8; Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 84-5, 100.

(incluyendo su apreciación estética); *la excelencia en el trabajo y el juego*, donde se transforman las realidades naturales para expresar significados y servir a propósitos; *la armonía entre los individuos y los grupos* de personas (paz, buena vecindad y amistad); *la armonía entre los propios sentimientos y los propios juicios y elecciones* (paz interior); *la armonía entre las propias elecciones y juicios y el comportamiento* (la paz de la conciencia y la autenticidad, en el sentido de correspondencia entre uno mismo y su expresión) y *la armonía entre uno mismo y las más amplias expresiones de la realidad*, incluyendo la realidad constituida por la dependencia del mundo de *una fuente de significado y valor, más que humana*.

Tal afirmación de los bienes humanos básicos involucra una descripción de la naturaleza humana.³ Pero no presupone esa descripción. No es una tentativa de deducir las razones para la acción de algunas concepciones teóricas preexistentes de la naturaleza humana. Tales tentativas desafiarían vanamente la verdad lógica (bien respetada por los antiguos)⁴ de que el “debe” no puede ser deducido del “es”: la conclusión de un silogismo no puede contener lo que no está en sus premisas. Más bien, una completa relación de la naturaleza humana sólo puede ser elaborada por alguien que comprende prácticamente los bienes humanos, es decir, como razones para la elección y la acción, como razones que dan completo sentido a los sentimientos y espontaneidades subyacentes. Una descripción del razonamiento práctico puede ser llamada teoría de la “ley natural” porque los primeros princi-

³ Véase Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2983, 20-2; Finnis, “Natural Inclinations and Natural Rights...”, en L. Elders y K. Hedwing (eds.), *Lex et Libertas (Studi Tomistici*, 30, Libreria Editrice Vaticana, 1987), 43-49.

⁴ Así, el principal tratado de Aristóteles sobre la naturaleza humana es su *Ethica*, que es una tentativa de identificar el bien humano y es, de acuerdo con su autor y desde el principio hasta el fin, un esfuerzo de comprensión práctica en oposición a la teórica (véase, por ejemplo, *Nicomachean Ethics*, 1, 1, 1094 a 26 - b 12, con el comentario del Aquinate); Finnis, *Fundamentals of Ethics*, 24. La “ética” de Aristóteles no está derivada de ningún tratado anterior sobre la naturaleza humana, ni siquiera de su *De Anima*.

pios del razonamiento práctico son aquellas razones básicas que identifican a los bienes humanos básicos como razones últimas para la elección y la acción; razones para la acción que concretarán y expresarán la naturaleza humana, precisamente porque participan en estos bienes, es decir, concretando (actualizando y realizando) aquellos aspectos últimos del desarrollo humano.⁵

II

En la medida en que el razonamiento jurídico deriva y participa en la razonabilidad práctica, una teoría completa del razonamiento jurídico debe diferenciarse de algunas teorías corrientes hoy en día. En el núcleo de los “Critical Legal Studies”, por ejemplo, hay una negación de la existencia de cualquier bien humano objetivo. De las cuatro razones (todas malas) que Roberto Unger ofrece para negar que haya bienes humanos objetivos, creo que el argumento más cercano a su núcleo es que al afirmar que existen esos bienes “se niega toda significación a una elección que no sea la pasiva aceptación o rechazo de verdades independientes y no atiende la significación de la elección como expresión de la personalidad”.⁶

Pero, en realidad, es la diversidad de los bienes humanos *racionalmente* atrayentes lo que hace la libre elección a la vez posible y frecuentemente necesaria. Como cualquier otro término que concierne a la actividad humana, “elección” está afectado, en el lenguaje usual, por ambigüedades originadas particularmente⁷

⁵ En Aristóteles, “natural” (como en “derecho natural” o “derecho por naturaleza”) también connota objetividad o verdad: véase *Fundamentals of Ethics*, 24.

⁶ Mangabeira Unger, Roberto, *Knowledge and Politics*, Nueva York, Free Press, 1975, 77. Sobre éste y otros argumentos, véase Finnis, “On the Critical Legal Studies Movement”, en J. Eckelaar y J. Bella (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Third Series*, Oxford, Oxford U. P., 1987, 144-165; o en *American Journal of Jurisprudence*, 30, 1985, 21-42.

⁷ Pero no exclusivamente; las ambigüedades surgen aquí de varias fuentes, fenomenales y culturales; de esa manera, se puede decir que los movimientos

en la distinción entre razón y sentimiento. En su sentido central, fuerte, la elección libre es la adopción de una entre dos o más opciones alternativas, racionalmente atractivas e incompatibles, tales que sólo la elección misma determina cuál opción es elegida y perseguida.⁸ Muchos aspectos de la vida social e individual y muchas obligaciones individuales y sociales están estructuradas por la elección entre opciones racionalmente atractivas, cuyo atractivo racional puede ser explicado, esencialmente, en términos de oportunidades humanas básicas, entendidas como objetivamente buenas (aunque realizables de diferente manera). Ningún sentido completo de “objetividad” y de “verdad” puede ser atribuido, aquí o en cualquier parte, de otra manera que en términos de juicios racionales abiertos a todas las cuestiones pertinentes.

Pero si los bienes humanos básicos, por su objetividad y verdad, hacen tan accesible la libre elección ¿cuáles pueden ser las bases para identificar las elecciones que, aunque racionales, deben ser rechazadas porque son irrazonables, incorrectas o inmorales?

El pensamiento moral es simplemente pensamiento racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos, pero *sin someterse* a ellos. El principio fundamental de la racionalidad práctica es “toma como premisa al menos una de las razones básicas para la acción y síguela hasta el punto en que, de alguna manera, des lugar a la concreción de este bien en la acción. No actúes sin sentido”. El principio fundamental del pensamiento moral es, simplemente, la exigencia de ser completamente racional; en tanto cuanto esté en tu poder, no admitas nada más que las razones básicas para la acción, para dar forma a tu pensamiento práctico en tanto encuentras, desarrollas y utilizas las oportunidades para lograr el desarrollo humano a

son “elegidos” y “libres” en tanto no son objeto de compulsiones físicas o compulsiones “externas” o sociales, y así sucesivamente.

⁸ Sobre la libre elección y sus condiciones, véase, por ejemplo, Finnis *et al.*, *Nuclear Deterrence*, 256-60; Boyle, Joseph *et al.*, *A Self-Referential Arguments*, Notre Dame, Ind, Notre Dame U. P., 1976; Aquino, Tomás de, *De Malo*, q. 6, a. um.

través de acciones elegidas. Sé enteramente razonable.⁹ La frase de Aristóteles *orthos logos* y de sus posteriores seguidores *recta ratio*, recta razón, debería simplemente ser comprendida como “razón destrabada”, razón no desviada por las emociones y los sentimientos. De este modo, la razón no desviada y la voluntad moralmente buena están guiadas por el primer principio moral: que se debe elegir (o de otra manera, querer) aquellas y solamente aquellas posibilidades cuyo quererlas es compatible con una voluntad dirigida hacia el desarrollo completo de todas las personas humanas, en todos sus bienes básicos hacia el ideal de la realización humana integral”.

Tomemos una forma paradigmática de inmoralidad. La emoción puede hacer que uno desee destruir o dañar lo bueno de la vida en alguien que uno odia; o lo bueno del conocimiento; así, uno mata o injuria o engaña a aquella persona sólo por sentimiento de aversión. Ello es inmoral, porque aquí hay un principio moral general, por decir así, metodológico, intermedio entre los principios más básicos de la razón práctica (los bienes básicos o las razones para la acción y el primer principio moral) y las normas morales particulares contra la muerte o la mentira. Este principio moral intermedio, que algunos llaman un “modo de responsabilidad”,¹⁰ excluirá el pagar la injuria con la injuria o responder a la propia debilidad o contrariedades con la propia destrucción.

Tal vez más inmediatamente apropiado a la teoría política y jurídica es el principio moral intermedio que requiere que uno actúe imparcialmente: que uno no limite su interés por los bienes humanos básicos simplemente a los propios sentimientos de autopreferencia o de preferencia por aquellos que están cerca y son queridos. La imparcialidad (y su paradigmática formulación en la regla de oro) no excluye el tratar a personas diferentes en forma

⁹ Véase Grisez *et al.*, *Nuclear Deterrence*, 119-25.

¹⁰ *Cfr.* *Nuclear Deterrence*, en 284-7; en *Natural Law*, 100-13, los llamo “requerimientos básicos de la razonabilidad práctica”, y en *Fundamentals of Ethics*, 69, 70, 74-6, los llamo “principios morales intermedios”.

diferente; requiere solamente que el tratamiento diferencial esté justificado, ya sea por los límites inevitables del propio accionar o por los requerimientos inteligibles de los bienes básicos. Diré algo más (VII en adelante) sobre el rol legítimo de los sentimientos al efectuar elecciones imparciales en las que uno prioriza bienes (o concreciones de los bienes básicos) por los propios sentimientos, sin priorizar a las personas simplemente por sentimientos.

Hay otros principios morales intermedios. Es muy importante, para la estructuración del pensamiento jurídico, el principio que excluye el actuar contra una razón básica, al elegir la destrucción o el daño de algún bien básico, en cualquiera de sus concreciones en la persona humana (VI en adelante). Un bien humano básico siempre es una razón para la acción y siempre proporciona una “razón” para no elegir, destruir, dañar o impedir alguna concreción de ese bien; pero desde que las concreciones del bien humano comprometidas en alguna elección moralmente significativa no son conmensurables por la *razón* antes de la elección, nunca puede haber una razón suficiente para no tomar esa razón negativa como decisiva para la elección. Solamente los factores emocionales, tales como el deseo o la aversión, podrían motivar una elección que lo rechazara.

Sin duda, las razones básicas para la acción, como la frase lo sugiere, presentan muchas razones para la elección y para la acción; muchas razones para... Y desde que uno es finito, la propia elección de algún propósito, aunque sea de largo alcance, inevitablemente tendrá como efecto lateral algún impacto negativo (al menos, la no realización de) sobre otras concreciones posibles de éste o de otros bienes básicos. En este sentido, cada elección está “en contra de alguna razón básica”, pero sólo como efecto lateral. En las elecciones que están excluidas por el principio moral intermedio ahora en cuestión, el daño o el perjuicio o el impedimento de la concreción de un bien básico (el daño de algún aspecto básico de la existencia y el bienestar de alguien) es elegido como medio, es decir, “como parte” de la descripción de la opción adoptada por la elección. Mientras que el primer principio

intermedio excluye hacer de tal daño o destrucción el propio fin, este principio excluye hacerlo el propio medio. Los conceptos de fin y medios (que definen una opción) vienen juntos en una concepción tan fundamental a nuestro derecho: la intención.¹¹

III

Aun en un bosquejo tan rápido, empieza a hacerse claro que una teoría del derecho natural, que es primariamente una teoría de los bienes humanos como principios del razonamiento práctico, debe acomodarse en su exposición —como el mismo razonamiento práctico debe tomarlas en cuenta— a ciertas características de nuestro mundo.

Entre estas características están: la realidad de la libre elección y la significación de las elecciones como perdurables en el carácter del que elige, más allá del tiempo del comportamiento que las ejecuta; y la distinción entre lo que es elegido como fin o como medio (es decir, como intentado) y lo que está previsto y aceptado como efecto lateral (es decir como un efecto no intencional).

De nuevo, hay ciertos hechos básicos, como aquel que Robert Nozick pasa por alto al declarar que (virtualmente) todo llega al mundo ya asignado a alguien que tiene un derecho sobre él, siendo la realidad que, por el contrario, los recursos naturales, de los que todo lo hecho ha sido hecho, preexisten a todos los derechos y no vienen al mundo asignados a nadie en particular; los recursos del mundo son fundamentalmente comunes y ninguna teoría de los derechos puede, adecuadamente, asignar un recurso

¹¹ Sobre la noción de intención, véase Finnis, “Intention and SideEffects”, en Frey, R. G. y Morris, Christofer (eds.), *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 32-64; para la relación entre el análisis de la acción aquí bosquejado y la forma de responsabilidad que excluye la elección de destruir, dañar o impedir cualquier determinación de todo bien humano básico, véase *Nuclear Deterrence*, 286-90.

a una persona tan absolutamente como para negar esa comunidad original de las existencias del mundo.¹²

Una característica adicional del mundo, que ha de ser tenida en cuenta por una teoría completa del derecho natural, es la distinción entre los órdenes de la realidad con los que la razón humana está relacionada. Atendiendo a este conjunto de distinciones, veremos la segunda de las dos fuentes de ambigüedad que mencioné al principio.

Casi todos los estados de cosas humanas interesantes concretizan los cuatro órdenes de la realidad con que la razón humana está relacionada. Consideremos, por ejemplo, una conferencia: 1) uno oye los *sonidos* producidos por las cuerdas vocales del orador: hay un orden de la naturaleza que de ninguna manera establecemos por medio de nuestro entendimiento, pero que podemos investigar por medio de nuestro entendimiento como en las ciencias naturales o (como ahora) en la metafísica; 2) uno oye al orador *exposiciones, argumentos, explicaciones* y colocamos al propio entendimiento en sintonía con ellos (aunque sea solamente hasta el punto necesario para rechazarlos como equivocados); hay un orden que se puede dar a las propias investigaciones, comprensiones y razonamientos; es el orden estudiado por la lógica, la metodología y la epistemología; 3) uno oye al *conferenciante*, quien (como la audiencia) está libremente comprometido en una actividad y, por lo tanto, participa en una relación humana; hay un orden que se puede poner en las propias disposiciones, elección

¹² Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, 160; Finnis, *Natural Law*, 187. Cfr. el principio del dominio eminente, o la forma en que las leyes de insolvencia, aun cuando son razonablemente variables entre país y país, están estructuradas todas alrededor de algún principio de igualdad entre los grupos de acreedores. Pero la implicación más obvia es el principio de que, en condiciones de gran escasez y privación, los bienes se vuelven de nuevo comunes, justo en la medida necesaria para permitir a aquellos que están en peligro, apropiarse de lo que necesitan para prevenir, por ejemplo, la hambruna; este principio moral puede calificar aun la definición legal del robo, ya sea directamente o por vía del concepto de (des)honestidad; véase Smith, J. C., *Justification and Excuse in the Criminal Law*, Londres, Stevens, 1989, 50-2.

nes y acciones —la propia “praxis”, el propio hacer, la propia *existenz*—, el “orden existencial” estudiado por la biografía y la historia de los asuntos humanos y por la filosofía moral y política; 4) uno oye el *idioma de la conferencia* y las aseveraciones ordenadas por medio de una técnica retórica y expositiva, haciendo y descifrando los símbolos formalizados de un lenguaje, así como los menos formalizados, pero símbolos también convencionales, y las expresivas rutinas de una forma cultural y de una técnica: el orden que uno puede poner inteligentemente en la materia que está sujeta a nuestro poder, como para hacer objetos tales como fonemas, palabras, poemas, botes, software, misiles balísticos y sus trayectorias programadas —el orden de la “*poiesis*”, del hacer, de la cultura— estudiado en las artes y las tecnologías, y en la lingüística y la retórica¹³ (correspondientes a estos cuatro órdenes hay cuatro sentidos de “oír”, irreductibles y distintos).

Casi toda forma de deformación reduccionista en teoría social (digamos, política) y muchas incompreensiones destructivas en casi todos los aspectos de la teoría jurídica pueden ser rastreadas como un descuido de las complejidades y ambigüedades creadas por la irreductible distinción entre esos cuatro órdenes, cuya irreductibilidad de unos respecto de los otros está escondida por el hecho de que cada uno, en cierto modo, incluye a los demás.

La distinción particularmente relevante en teoría jurídica es la que existe entre el tercer orden (existencial, moral) y el cuarto orden (cultural, técnico). Pocas elecciones moralmente significativas pueden ser llevadas a cabo sin emplear alguna técnica formada culturalmente; y ninguna técnica puede ser habilitada para uso humano sin alguna elección moralmente significativa. Pero cada técnica tiene una integral inteligibilidad del cuarto

¹³ Para una explicación elemental (diferentemente enumerada), véase *Natural Law*, 136-8; 157; para la exposición profunda, explicación y reflexión concerniente a los cuatro órdenes, véase Grisez, Germain, *Beyond the New Theism: A Philosophy of Religion*, Notre Dame, Ind, Notre Dame University Press, 1975, 230-40.

orden, que puede ser totalmente explicada sin referencia a las elecciones moralmente significativas por las que pueden ser puestas en obra, así como a los principios morales del razonamiento práctico pertinentes a tales elecciones.

Entre las ambigüedades creadas por las distinciones entre el tercer y cuarto orden, está la ambigüedad del término “elección racional”. Éste tiene, por lo menos, tres importantes sentidos diferentes:

- 1) una elección que es totalmente razonable se aviene a todos los requerimientos del razonamiento práctico y por eso es moralmente recta;
- 2) una elección que es racionalmente motivada en el sentido de que su objeto ha sido formado por la inteligencia práctica y tiene un atractivo racional, aun si está, en algunos aspectos, motivada esencialmente por el sentimiento más que por la razón; sentimientos que tienen, en alguna medida, restringida e instrumentalizada a la razón y esta elección es, por lo tanto, irrazonable e inmoral aunque sea racional;
- 3) una decisión y acción que es técnicamente (tecnológicamente) correcta, es decir, identificable de acuerdo con algún arte o técnica como la más efectiva para alcanzar el objetivo técnico relevante; típicamente la decisión por la cual existe, dentro de esta técnica (por ejemplo, este juego), una razón dominante que puede ser proporcionada a las razones en favor de las opciones alternativas y que incluye todo lo que éstas ofrecen y algunas más.

El sentido 3 es el único en el que los economistas y los exponentes de la teoría de los “juegos” o de la “decisión” usan comúnmente la frase “elección racional”. Yo he usado los términos “racional” (y sus afines) y “elección”, en la sección II, en el sentido 2 (o en los sentidos 1 y 2), pero nunca en el sentido 3. Aquí se da una oportunidad para malas interpretaciones.¹⁴ En los senti-

¹⁴ Véase Finniss, “Concluding Reflections”, *Cleveland State Law Rev.*, 38, 1990, 235-8.

dos 1 y 2, lo que hace necesaria la elección racional es la incommensurabilidad de los bienes y males inteligibles involucrados en las opciones alternativas; si las opciones fueran completamente commensurables, las alternativas podrían ser identificadas como lisa y llanamente superiores e inferiores, y la inferior perdería su atracción racional, caería fuera de la deliberación racional; la elección racional sería innecesaria y, en un sentido significativo, imposible (VI más abajo). Pero en el sentido 3, la elección racional es posible *sólo* cuando una opción puede ser identificada como lisa y llanamente superior.

IV

El razonamiento y la racionalidad jurídica tienen, sugiero, su carácter distintivo y su peculiar evasividad, porque al servicio de un propósito del tercer orden, el existencial y moral de vivir juntos en un justo orden de relaciones imparciales y correctas, existe y se está construyendo un objeto del cuarto orden: “la ley” (como en “la ley de Inglaterra”). Ésta es un objeto cultural, bastante complejo, que comprende un vocabulario con muchos significados artificialmente consignados, reglas que identifican decisiones y argumentos permitidos y excluidos y, correspondientemente, muchas rutinas técnicas o procesos (tales como alegatos, juicios, escrituras, etcétera), constituidos y regulados de acuerdo a ciertas fórmulas, significados asignados y reglas de argumentación y decisión.

Este objeto cultural, construido o (como se dice) establecido por elecciones humanas creativas, es un instrumento, una técnica adoptada para un propósito moral y adoptada porque no hay otra forma disponible de estar de acuerdo sobre los lapsos significativos de tiempo acerca de, precisamente, cómo perseguir bien el proyecto moral.

La autoridad política, en todas sus manifestaciones, incluyendo las instituciones jurídicas, es una técnica para obrar sin unanimidad al hacer elecciones sociales —donde la unanimidad

sería, casi siempre, inasequible o temporaria— en orden a asegurar la prácticamente (casi) unanimidad sobre cómo coordinar las acciones (incluyendo las abstenciones) de los miembros de la sociedad.¹⁵

El razonamiento jurídico es, entonces (por lo menos en gran parte), un razonamiento técnico, no moral. Como todo razonamiento técnico, está ordenado a conseguir un propósito particular, un estado definido de cosas alcanzable por medio de la disposición eficiente de los medios hacia el fin. El fin particular es aquí la resolución de las disputas (y otras imputaciones de inconducta), por medio de la provisión de una directiva, suficientemente definida y específica, para identificar a una parte como correcta (en-lo-correcto) y a la otra como incorrecta (no-en-lo-correcto).

De aquí los diferentes artificios de la ley: los términos definitorios y las reglas especificatorias con la suficiente y necesariamente artificial claridad y definición como para establecer las “líneas claras” que hacen de tantas cuestiones jurídicas de la vida real, “cuestiones fáciles”. Las definiciones jurídicas y las reglas están para proveer al ciudadano, al asesor legal y al juez de un algoritmo (cálculo) para decidir en tantas cuestiones como sea posible —en principio, cada cuestión— si (o no) este curso de acción podría (o no) ser legítimo: este arreglo es válido; ese contrato está por terminar; estas pérdidas son compensables por los daños y aquéllas no lo son, y así sucesivamente. Tanto como es posible, la ley está para proveer los recursos de razonamiento —leyes y reglas basadas en las leyes, reglas de la ley común y costumbres— capacitadas para catalogar (commensurar) resoluciones alternativas a las disputas como correctas o incorrectas y, por lo tanto, como mejores o peores.

¹⁵ Véase, además, Finnis, *Natural Law*, 231-7; Finnis, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1984, 115-37; Finnis, “Law as Coordination”, *Ratio Juris*, 2, 1989, 97-104.

Las herramientas de los abogados, su habilidad para encontrar y usar los recursos autoritativos, son medios al servicio de un propósito lo suficientemente definido como para constituir una técnica, una forma de razonamiento técnico. El propósito, otra vez, es la resolución inequívoca de cada disputa (otra cuestión es la decisión justa) que pueda ser, de alguna manera, prevista y realizada. Más aún, esta búsqueda de la certeza por medio de un conjunto completo de respuestas, unívocamente correctas, está en sí misma al servicio de un bien más amplio que, como todos los bienes humanos básicos, no es reducible a una meta definida, sino que más bien es un bien abierto, ilimitado, en el que las personas y sus comunidades pueden participar, sin capturar nunca, o exhaustivar, el bien de la justa armonía. Este bien es un bien moral en tanto es promovido por sí mismo y respetado como un aspecto del desarrollo integral humano ideal. Como bien moral, sus implicaciones están especificadas por todos los principios morales que le están vinculados.

Así emerge la tensión acerca de la cual discurre la obra de Ronald Dworkin sobre el razonamiento jurídico.

V

Dworkin busca resolver la tensión entre el carácter del razonamiento jurídico, como técnica culturalmente especificada para alcanzar respuestas predecibles a los problemas de coordinación social, y su carácter en cuanto, en cada uno de sus decisivos momentos judiciales, legislativos y ejecutivos, acto moral que participa de la justicia (o injusticia). Pienso que la resolución que intenta falla al captar la real naturaleza y las implicaciones de esa tensión.

En el razonamiento judicial, tal como está descrito por Dworkin, dos criterios de juicio son utilizados; como veremos, hay entre estos dos criterios una especie de inconmensurabilidad, análoga a la inconmensurabilidad entre los bienes humanos involucrados en las elecciones significativa y racionalmente

motivadas. Uno de estos criterios o dimensiones pertenece a lo que he llamado el tercer orden o racionalidad (moral); y el otro, al cuarto orden (técnico). La primera dimensión es la que Dworkin llama “ajuste” (*fit*): coherencia con los “materiales” jurídicos existentes, creados por decisiones políticas pasadas, es decir, con la legislación y con la decisión judicial autoritativa (precedente). A la segunda dimensión la llama “justificación”.¹⁶ Y trata de demostrar que una *única* respuesta correcta (“lo recto”) está disponible en la “mayoría” de los casos difíciles.

Se puede negar esta última tesis sin comprometerse con ningún tipo de escepticismo sobre la objetividad de los bienes humanos o sobre los juicios correctos acerca de lo bueno y lo malo. No necesita nuestra negativa estar referida al argumento popular que Dworkin está directamente comprometido a despreciar y demoler: el argumento de que el desacuerdo es endémico e inerradicable (porque el no estar de acuerdo es un mero hecho entre las personas y es lógicamente irrelevante para los méritos de cualquier práctica o reclamo interpretativo). No es necesario para negar la tesis de Dworkin sobre una-respuesta-correcta basarse en el hecho de que nadie tiene los poderes “sobrehumanos” del juez imaginario de Dworkin.

Aun un juez ideal, con poderes sobrehumanos, no podría buscar sensiblemente una única respuesta correcta para un caso

¹⁶ Véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, 255. Este término parece confuso, ya que ambas dimensiones son, en esta explicación, necesarias para justificar una decisión judicial. Su nombre previo para la segunda dimensión (inherente y sustantivamente moral), “rectitud”, era mejor; véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, 340-1. Además, los rótulos adoptados por Dworkin tienen el mérito de hacer claro este ajuste, precisamente porque una condición necesaria para asegurar ciertos bienes y requerimientos morales y políticos, tales como comunidad e integridad, es una cuestión de hechos históricos, es decir, hechos sobre cuáles juicios y decisiones han sido efectuados por las instituciones pertinentes en una sociedad dada, en un lapso de tiempo dado y la extensión en la cual el juicio o decisión actual o hipotética corresponde en contenido a previos juicios y decisiones.

difícil (tal como los abogados, en los sistemas jurídicos sofisticados, usan el término “caso difícil”). Porque en tal caso la búsqueda de una respuesta correcta es prácticamente incoherente y sin sentido, de la misma manera que una investigación acerca de la novela inglesa que fuera “más romántica y corta” (o “más divertida y mejor” o “más inglesa y más profunda”).

Al asumir con Dworkin que hay dos “dimensiones” o criterios de evaluación judicial, podemos decir que un caso es difícil para la decisión judicial (no meramente original), cuando no sólo hay más de una respuesta que no está en evidente violación de una regla aplicable, sino también que las respuestas que están disponibles pueden ser catalogadas en diferentes órdenes en razón de cada uno de los criterios de evaluación pertinentes: para las novelas, su brevedad y su idiosincrasia inglesa (o humor, o profundidad, o...); para los juicios jurídicos, su adaptación a la legislación previa y al precedente y, déjese nos convenir (no conceder) con Dworkin, su *inherent* profundidad moral.¹⁷ En ese caso se encuentra lo que los teóricos de la “elección racional” (en el sentido 3) llaman “intransitividad”, un fenómeno que esas teorías reconocen no poder manejar realmente:¹⁸ la solución A es mejor

¹⁷ A lo largo de toda esta discusión sobre las dimensiones de la valoración en Dworkin, daré por aceptada su aseveración de que la “moralidad y la salud moral” se refieren a una “dimensión de valoración” que puede estar, a veces, rectamente (en un cierto sentido de “recto” relevante a la deuda judicial) subordinada a algún otro criterio o criterios (tales como “ajuste”). Pero la verdad aquí es diferente, aunque no simple; la moralidad siempre triunfa sobre cualquier otro criterio de elección, aunque no de tal manera como para hacer irracional la elección inmoral; pero las condiciones verdaderas de cualquier verdad(es) moral relevante para un juez, incluyen hechos sobre el ajuste; si los hechos sobre el ajuste no pueden (en estándares de juicio moral) ser reconciliados con la moralidad, uno está, de hecho, en una situación de *lex injusta*, para lo cual véase Finnis, *Natural Law*, cap. 12.

¹⁸ En la “teoría del juego” —un vasto y sofisticado cuerpo de razonamiento sobre las situaciones de la vida ordinaria (por ejemplo, el “regateo”), y concebido como si aquellas tuvieran la simple, de objetivo unitario, autointeresada estructura de un juego competitivo—, el primer axioma es el de la transitividad: si “a” es mejor que “b” y “b” es mejor que “c”, entonces “a” debe ser mejor que

que la solución B, en la escala del ajuste jurídico, y la B que la C, pero la C es mejor que la A en la escala de la “fuerza moral”; así es que no hay suficiente razón para declarar a A o a B, o a C como la absolutamente mejor decisión judicial. Si el orden de calificación fue el mismo en ambas dimensiones, por supuesto el caso no fue un caso difícil, y el sistema legal ya tenía lo que siempre se desea de él: una única respuesta correcta.

En sus obras anteriores a *Law's Empire*, Dworkin trató de superar esa inconmensurabilidad de las dimensiones o criterios de evaluación, al proponer una especie de orden lexicográfico (en la terminología de Rawls: “lexical”). Los candidatos para el “mejor informe” sobre el derecho de Inglaterra en 1980 debían fijar adecuadamente el material legal inglés entonces existente y, entre los que satisfacen este criterio umbral, aquel que se sitúa más alto en el otro criterio (fuerza moral), sería sobre todo y absolutamente “el mejor”, aunque se sitúe como menos ajustado que los demás.¹⁹ Pero esta solución era vacía, ya que no identificaba ningún criterio, aunque sea en esbozo o “en principio”, para especificar

“c”; si “x” es peor que “y” e “y” que “z”, entonces “x” es peor que “z”, etcétera, y de modo similar para los predicados comparativos diversos de “es mejor que”, o “es peor que”, por ejemplo “es preferible a”... Véase H. D. Luce y H. Raiffa, *Games and Decisions*, New York, Wiley, 1957, cap. 1. Maestros inteligentes de la teoría del juego reconocen que, en la vida real, las intransitividads abundan: “a” es mejor que “b” en un aspecto (por ejemplo la proximidad de la escuela), y “b” es mejor que “c”, en otro aspecto (por ejemplo los entretenimientos físicos), pero ya que las dos bases de comparación (proximidad y entretenimientos) no son conmensurables unas con otras, no se sigue que “a” sea mejor que “c” en cualquier aspecto, incalificadamente. De esta manera, Luce y Raiffa están obligados a decir: “Podemos decir que nos referimos solamente al comportamiento que es transitivo”, agregando esperanzadamente que “creemos que esto no necesita ser siempre un estudio vacuo” (*ibidem*, 25). En la misma página, reconocen la causa típica y el efecto de las intransitividads: un tópico o una situación fuerzan “elecciones entre alternativas inherentemente incomparables”. La idea es que cada alternativa invoca “respuestas” sobre muchas escalas de “atributos” diferentes y eso, aunque cada escala pueda ser transitiva en sí misma, su amalgamamiento no necesariamente lo es.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 340-2.

cuándo es adecuado “el ajustamiento”, es decir, para situar el umbral (del ajuste) más allá de cuál criterio de la fuerza moral pudiera prevalecer (es como si a uno le dijeran que buscara, para la novela más divertida, entre aquellas que son “bastante cortas”). Presumiblemente, los candidatos para la respuesta correcta a la pregunta “¿Cuándo es adecuado el ajustamiento?” estarían catalogados en términos tanto de ajuste como de profundidad. Una regresión al infinito, de la viciosa clase que anula las explicaciones racionales, estaba en marcha.

En *Law's Empire*, Dworkin abandona la descripción de una simple ordenación lexical entre esos dos criterios. Nos hemos quedado con poco menos que una metáfora: “balance” como en “balance general de las virtudes políticas”, incluidas en las interpretaciones competitivas o descripciones de la ley [de Inglaterra (en 1990)]. Pero, en ausencia de algún baremo que pudiera comensurar los diferentes criterios, las instrucciones para el balance (o mejor para sopesar) pueden legítimamente significar poco más que: “tenga en mente, conscientemente, todos los hechos relevantes y *elija*”. O en la esfera jurídica: “Oiga los argumentos, sentado en la más Alta Corte y luego *vote*”.

Al comprender la racionalidad práctica en todas sus formas, se puede apreciar una característica de la experiencia de la elección. *Después* que uno ha elegido, los factores que favorecen la opción elegida parecerán, generalmente, sobrepasar o sobrebalancear aquellos que favorecen las opciones alternativas rechazadas. La opción elegida —hacer “x”, adoptar la regla o la interpretación “y”— parecerá generalmente (a la persona que eligió aunque no a los observadores) tener una supremacía, una única rectitud. Pero este sentido de supremacía, de la corrección de una opción (la elegida), no alterará la verdad de que la elección no estaba racionalmente determinada, es decir, no estaba guiada por la identificación de una opción o respuesta como “la correcta” (y esto no significa que fuera irracional; estaba entre las opciones racionalmente atractivas). Más bien, la elección estableció la respuesta “correcta”, es decir, la establecida, en última instan-

cia, por referencia a las disposiciones y sentimientos del elector.²⁰ Cuando la elección en un caso difícil está hecha por (la mayoría) de la más alta corte (un mero asunto fáctico), la única rectitud de la respuesta está establecida no solamente por la actitud de aquellos que la han elegido, sino también para el sistema jurídico o la comunidad para la cual ha sido autoritativamente decidido y establecido como en una *regla*.

VI

La inconmensurabilidad de las dos dimensiones o criterios de Dworkin para el juicio judicial tiene significativas similitudes con la inconmensurabilidad de los bienes (y razones) comprometidos en las opciones alternativas disponibles para la elección moralmente significativa, en cualquier contexto. La racionalidad moral y política que sostiene (aunque no agota) la racionalidad jurídica, no puede ser entendida sin una comprensión de la inconmensurabilidad.

La inconmensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo *racionalmente* identificable para medir, o de una escala para sopesar los bienes y los males en debate, es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico, a lo largo de las dos dimensiones de adecuación o ajuste legal y solidez moral. Uno encuentra la inconmensurabilidad en contextos sencillos, tales como tener que elegir entre ir a una conferencia, leer un buen libro, ir al cine y hablar con los amigos. Uno la encuentra en relación con las grandes elecciones sociales, como rechazar o repudiar la disuasión nuclear:²¹ explorando tal elección se ilustrará ampliamente la impotencia de todas las formas de razonamiento

²⁰ Véase Grisez, "Against Consequentialism", *American Journal of Jurisprudence*, 23, 1978, 46-7.

²¹ Véase Finnis *et al.*, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 207-72; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 321-66, explora la inconmensurabilidad con algunas conclusiones similares.

agregativo para una elección moralmente significativa, elección aparte de la tarea puramente técnica o tecnológica de identificar los más costo-eficientes medios para una única meta limitada.

El razonamiento más característico de la racionalidad técnica es el “análisis del costo-beneficio”, que compara los costos de las opciones alternativas con los beneficios probables.²² Esto puede ser llevado a cabo, con entera racionalidad, cuando: *a*) las metas están bien definidas, *b*) los costos pueden ser comparados con algunas unidades definidas (por ejemplo el dinero), *c*) los beneficios pueden ser también cuantificados, de forma que resulten conmensurables unos con otros, y *d*) las diferencias entre los medios, además de su eficiencia, los costos mensurables y beneficios mensurables, no son considerados como significativos. Ninguna de estas condiciones se cumple en el razonamiento moral.

Por supuesto, la elección moralmente significativa sería innecesaria y, con una cualificación,²³ imposible, si una opción pu-

²² Hay otras formas de razonamiento en el cuarto orden, el cultural, por ejemplo el estético. Aquí los artífices no están guiados por una meta adecuadamente identificable independientemente de los medios eficaces que ellos puedan calcular y adoptar para alcanzarlo; la creación artística, de esta manera, excede a la técnica. En cambio, tales artífices, respondiendo a la sensible particularidad del asunto sobre o con el cual trabajan, están, cada uno, guiados por un “sentido” del objeto, un sentido que no puede ser articulado de otra manera que por la producción del objeto, el cual sirve para medir la adecuación de cualquier intento particular. Hay una interacción entre el proceso de creación y esa “concepción” o “anticipación” imaginativa del objeto; la anticipación puede ser perfeccionada o alterada, aun radicalmente, sin desaparecer durante el proceso. Valorar lo artístico, el valor estético (bondad o maldad) del producto final, involucra una apreciación estética de la unidad entre “lo que la obra está tratando de decir” y “cómo lo está diciendo”; la comprensión estética no viene a descansar en cada extremo, ni tampoco usa un criterio completamente anterior y externo a la composición misma. Supuesto que una composición tiene una especie de unidad interior, claridad e integridad, puede tener un valor estético que puede gobernar y reformar, más bien que ser gobernada por modelos pre-existentes que generalizan los caracteres de objetos estéticos previos que, por su propia unidad interior, claridad e integridad, establezcan *por ellos mismos* su valor artístico.

²³ La cualificación: puede haber elección (digamos) entre dos opciones, una de las cuales está racionalmente motivada, pero la otra, aunque formada en

diera ser demostrada como *la mejor*, en una sola escala que como todo razonamiento agregativo, jerarquizara las opciones en un único orden transitivo. Si hubiera una razón (para hacer “x”) que algún método racional de comparación (por ejemplo la suma de los bienes y de los males en un análisis completo del costo-beneficio), identificara como racionalmente preferible, la razón alternativa (contra hacer “x”), al estar así identificada como racionalmente inferior, cesaría de ser racionalmente atractiva, al menos en esa situación de elección. La razón así identificada como dominante, como incualificadamente preferible y la opción favorecida por esa razón, sería racionalmente carente de oposición. Allí no cabría ninguna *elección*, del tipo que esas teorías morales buscan guiar, porque las elecciones moralmente significativas que las teorías morales buscan orientar se dan entre opciones alternativas que poseen un requerimiento racional.

Identificar ciertas opciones como moralmente incorrectas no supone identificar una opción como (moralmente) la única correcta. Por supuesto, aun cuando una opción pueda ser juzgada como la única opción (moralmente) correcta para una persona dada (un juicio moral que solamente los principales compromisos de esa persona y sus disposiciones harán posible), esto implica solamente que las opciones inmorales alternativas no son totalmente racionales. Eso no implica, de ninguna manera, que esas opciones alternativas sean irracionales, es decir, carentes de atractivo racional en términos de bienes humanos, genuinos e inteligibles, que serían asegurados por las opciones inmorales y sacrificados por la opción moralmente recta. Racionalmente motivada de esta manera, la elección moralmente significativa resulta posible —por supuesto, es característica de la situación humana— aun en el caso, quizá relativamente poco común, de “una respuesta (opción) moral correcta”.

su estructura de medios por la inteligencia, está motivada, en última instancia, *sólo* por el sentimiento. Pero ésta no es la clase de elección que concierne al razonamiento moral, aunque la lucha contra las tentaciones que surgen de las motivaciones emocionales tiene innegablemente significación moral.

Pero cuando los razonamientos técnicos identifican a una opción como la únicamente correcta, es decir, como dominante, lo hacen demostrando que ella ofrece *todo lo que las otras opciones ofrecen y algo más*; ella es incalificadamente mejor. Las otras opciones, entonces, carecen de atractivo *racional*. Tal deliberación no termina en una elección —en el sentido más rico y central de este término ambiguo— sino en la comprensión, la “decisión” (no en la elección sino en el juicio racionalmente formado) y la acción.

Uno de los principios de la moralidad, ya lo he dicho (II más arriba), excluye el actuar contra una razón básica al elegir la destrucción o el daño de cualquier bien humano básico, en cualquiera de sus determinaciones. Porque esas determinaciones no son sino aspectos de las personas humanas, presentes y futuras, y las personas humanas no pueden ser racionalmente reducidas a factores conmensurables captados por el razonamiento técnico. Estas concreciones del bien humano constituyen *razones en contra* de cualquier opción que involucre la elección (intención) de destruir o dañar cualquiera de ellas. La significación de la inconmensurabilidad de los bienes involucrados en tales opciones moralmente significativas está en que ninguna razón *para* tal opción puede ser racionalmente preferible a esa razón en contra. Y lo mismo es verdadero para la *razón en contra* de una opción que esté constituida por la parcialidad de tal opción.

Se puede preguntar ¿cuáles son las razones para regular la propia elección, de acuerdo a una *razón-contra*, más bien que por cualquier razón-*para*? De nuevo, ellas no pueden ser establecidas sin referencia a algunas características de nuestro mundo, el contexto fundamental de toda elección humana. Las opciones que son razones *para* mi elección son infinitas en número. Siendo finito, simplemente no puedo hacer todo, no puedo elegir cada opción para la que existan razones. Pero puedo abstenerme de hacer algo, puedo respetar cada seria razón en su contra. Así es que un deber afirmativo incondicional o absoluto (deber *de...*), impondría un peso imposible y sería irracional; pero los absolutos morales negativos (deberes de *no...*), si están correctamente

establecidos, en atención a la distinción entre intención y efectos colaterales, pueden ser siempre impuestos, en cualquiera o en todas las circunstancias.

Además, muchos bienes humanos (por ejemplo las vidas de los demás) son regalos, dones, que podemos destruir o dañar, pero que no podemos crear. Aquí también hay un fundamento de la asimetría inteligible entre las razones-para y las razones-contra. Tampoco la prioridad, dentro de su ámbito, de las razones-contra otorga a la moralidad como un todo un carácter negativo o eleva a la pureza moral al rango de una meta suprema. El primer elemento del primer principio de la razón práctica sigue siendo que el bien humano tiene que ser hecho y perseguido. El segundo elemento es que el mal tiene que ser evitado. Pero un completo respeto y una adhesión a los deberes absolutos de evitar el mal deja un campo abierto para (más numerosas) responsabilidades positivas, individuales y sociales.

VII

Los absolutos morales dan al razonamiento legal su esqueleto: la exclusión del asesinato intencional; de la injuria intencional hacia la persona y aun de los intereses económicos de la persona; del fraude deliberado,²⁴ en vista a asegurar los resultados deseados;

²⁴ La ley inglesa declara no reconocer el principio de que el intento de dañar es suficiente para hacer ilegal una acción legal. *Bradford Corporation versus Pickles* (1895) A. C. 587; *Allen versus Flood* (1898) A. C. 1. Pero la significación de esta declaración está reducida considerablemente por (i) la doctrina establecida en *Quinn versus Leathem* (1901) A. C. 495, y *Crofter Hand Woven Harris Tweed versus Veitch* (1942) A. C. 435, de que un acuerdo para actuar que dañe al demandante con la intención predominante de perjudicarlo es un agravio aun si los actos en sí mismos son de otra manera legales, y por (ii) las siguientes doctrinas que transforman acciones en agravios para aquellos que están dañados por un acto incorrecto, por ejemplo de fraude, induciendo o amenazando la ruptura de un contrato, etcétera, cuando ese acto está intentando dañarlos, aun cuando ellos no tuvieran de otro modo acción con respecto al fraude, la intimidación o la ruptura o interferencia del contrato; véase, por ejemplo, *Lornho plc versus Fayed*

de la esclavitud, que trata a la persona humana como a un objeto de bajo rango, de ser más bien que como un sujeto humano autónomo. Estos absolutos morales que “son racionalmente determinados y esencialmente determinables constituyen los derechos humanos más básicos; y los fundamentos de la ley criminal y de las leyes de daños intencionales o delitos, para no mencionar todas las leyes, principios y doctrinas que penalizan el fraude intencional, retirándole todo apoyo legal directo y excluyéndolo del proceso legal”.

La racionalidad de todas estas normas, morales y jurídicas, depende de la inconmensurabilidad de los bienes y males humanos en juego en opciones para elección moralmente significativas. Esta inconmensurabilidad tiene ulteriores implicaciones de importancia para el razonamiento jurídico.

El centro de la norma moral de imparcialidad es la regla de oro: “haz a los demás lo que desearías que te hicieran a ti; no im-

(1991) 3 AH E. R. 303 (HL). Además, el carácter fundacional de la doctrina en *Bradford Corporation versus Pickles* y *Allen versus Flood* está cuestionado por el hecho que, en América, ella ha sido rechazada: véase Barr Ames, James, “Hasta qué punto un acto puede ser una injuria debido al injusto móvil del actor”, 18 (1905), 411-22, y *Prosser on Torts*, sect. 130. Además, la adopción, por la Cámara de los Lores, en 1890, del principio de que el móvil solo no puede hacer ilegal un acto individual, fue profundamente confundido, por un análisis imperfecto de la acción y de la intención. (1) Hubo una falla fundamental al distinguir sentimientos de razones para la acción, por ejemplo Lord Watson expresó ese principio de esta manera: “Cuando el acto dado es legal, aparte de los sentimientos que lo impulsan, la ley civil tendría que no tomar conocimiento de su móvil” [(1898) A. C. a. 94]. (2) Correspondientemente, hubo una falla para ver que los actos deberían ser descritos, identificados, en términos de los fines y de los medios identificados en las deliberaciones que formulan las opciones entre las que el actor elige y así se debe distinguir claramente entre fines, medios y efectos laterales; el argumento que los lores rechazaron en 1898 incluía junto a la “malicia” un propósito de “beneficiarse a expensas de su vecino”, lo que confunde el caso donde la pérdida para el vecino es el objeto (y el beneficio financiero para sí no es más que un efecto lateral bienvenido), con el caso en donde el beneficio financiero para sí mismo es el objeto (y la pérdida para el vecino nada más que prevista, tal vez un efecto lateral bienvenido); los lores rechazaron el argumento sin identificar esta radical ambigüedad.

pongas a los demás lo que no quieres que te obliguen a aceptar”. Esto tiene dos aspectos. Primero: la racionalidad práctica, fuera del limitado contexto técnico de los juegos competitivos, incluye una norma racional de imparcialidad. Esta norma no excluye todas las formas y sentimientos de preferencia por sí mismo y por aquellos que están cerca y son queridos, sino más bien todas aquellas formas de preferencia que están motivadas solamente por deseos, aversiones u hostilidades que no corresponden a los aspectos inteligibles de las *razones* reales para la acción: los bienes humanos básicos realizables en las vidas de otros seres humanos, así como en la vida de uno mismo y de aquellos que están cerca de nuestro corazón.

El segundo aspecto de la regla de oro es este: aunque la imparcialidad sea una norma racional que requiere trascender todos nuestros sentimientos no integrados racionalmente, su aplicación concreta en la vida personal presupone una conmensuración de los beneficios y de las cargas que la razón es impotente para conmensurar. Porque para aplicar la regla de oro se debe saber qué cargas se consideran demasiado grandes para aceptarlas. Y este conocimiento, que constituye una conmensuración pre-moral, no puede serlo por una conmensuración racional. Por lo tanto, sólo puede ser la propia conciencia intuitiva el propio discernimiento de los propios “sentimientos” hacia varios bienes y males, como concretamente recordados, experimentados o imaginados. Esto, lo repito, no es una conmensuración racional y objetiva de los bienes y de los males; pero una vez establecidos en nuestros sentimientos e identificados en nuestra conciencia, capacitan para medir nuestras opciones por medio de un estándar objetivo y racional de imparcialidad interpersonal.

Analógicamente, en la vida de una comunidad, la conmensuración preliminar de los factores racionalmente inconmensurables se cumple no por juicios racionalmente determinados, sino por “decisiones” (elecciones). ¿Es justo imponer a los demás los riesgos inherentes a conducir a más de 10 millas por hora? En nuestra comunidad sí, ya que nuestra comunidad ha decidido,

por costumbre y por ley, tratar esos riesgos y daños como *no demasiado grandes*. ¿Tenemos una crítica racional para una comunidad que decidiera limitar el tráfico en las rutas a 10 millas por hora y aceptar todos los costos económicos y de otra clase de tal decisión? ¿O no tener la institución de los trusts o de trusts inmobiliarios? No, no tenemos ninguna crítica racional para tal comunidad. Pero sí tenemos una crítica racional para alguien que conduce a 60 millas por hora, pero que, cuando es chocado por otro, se queja y alega que el mero hecho de que la velocidad del otro excediera las 10 millas por hora establece la negligencia del otro. O de aquellos que desean recibir los beneficios de los trusts (por ejemplo beneficios en las tasas), pero no quieren aceptar la distinción de la ley entre trust y contrato en el caso de quiebra.

En general, tenemos una crítica racional para alguien que acepta los beneficios de estas u otras decisiones generales, pero rechaza las cargas cuando pesan sobre él y sobre aquellos por los que se siente interesado. En definitiva, la decisión de permitir al tráfico de las rutas circular a más de 10 millas por hora, o de definir los trusts tal como lo hace la ley inglesa, era racionalmente indeterminada.²⁵ Esto no significa que no esté completamente guiada por la razón; el bien de la vida corporal humana y de la integridad es una razón genuina, siempre prácticamente relevante, y la demanda racional de consistencia con nuestra tolerancia individual y común o intolerancia para con otras amenazas —no del tráfico— a ese bien, provee de cierto criterio racional para la decisión. Y, similarmente, para con los trusts, cuya racionalidad desafió mu-

²⁵ Por supuesto, esto no significa que fuera “indeterminado”, en el sentido fuerte de la palabra, que el Movimiento de Estudios Crítico-Jurídicos usa tan vagamente y no rigurosamente, por ejemplo indeterminado en el sentido de estar completamente sin la guía de la razón (véase Finnis, “On the Critical Legal Studies Movement”, 147, 157-61). Porque el bien de la vida corporal y la integridad es una razón genuina, prácticamente relevante, y un criterio racional adicional para la decisión está proporcionado por los hechos acerca de los tiempos de reacción humanos y la susceptibilidad a los impactos, y por la demanda racional de compatibilidad con nuestra tolerancia, o la intolerancia individual y colectiva de *otras* —no del tráfico— amenazas a ese bien.

chos intentos legislativos, durante centurias, para suprimir esta peculiar doble propiedad. Sin embargo, aunque racionalmente indeterminada, la decisión de permitir un movimiento más rápido del tráfico, una vez hecha, provee un modelo racional, completamente determinado, para tratar a aquellos acusados de incorrección o a los que infligen incorrectamente un daño. Tal como sucede con los trusts en bancarrota.

En el desarrollo del proceso jurídico, mucho gira sobre el principio —principio de imparcialidad— de que los litigantes (y otros involucrados en el proceso) deberían ser tratados por los jueces (y por otros con poder de decisión) *imparcialmente*, en el sentido de que deberán ser tratados, en tanto como sea posible, por cada juez tal como debieran ser tratados por cualquier otro juez. Creo que, sobre todo, es esto lo que conduce al derecho hacia lo artificial, la racionalidad de establecer y perseguir un conjunto de normas positivas, identificables, en tanto sea posible, simplemente por sus “fuentes” (por ejemplo por el hecho de su promulgación u otro suceso constitutivo) y aplicadas, tanto como sea posible, de acuerdo con su significado estipulado públicamente; dilucidado éste con la menor referencia posible a las consideraciones que, porque no están controladas por los hechos referidos a las fuentes (acontecimientos constitutivos), es probable que sean traídas a colación diferentemente por los diferentes jueces. Esta orientación al aislamiento de lo jurídico respecto del razonamiento moral no puede jamás ser completa.

La inconmensurabilidad tiene ulteriores implicaciones vinculadas al razonamiento jurídico. Ella descarta la técnica propuesta para el razonamiento jurídico conocida como “análisis económico del derecho”. Porque es central en esa técnica que cada pregunta sería acerca del orden social pueda ser resuelta por la agregación del bien total neto prometido por las opciones alternativas, en términos de un factor simple conmensurante (o maximizador), a saber, la riqueza medida en términos del dinero que los actores sociales relevantes estarían deseosos y fueran capaces de pagar para asegurar su opción preferida. Igualmente impor-

tante para el análisis económico es la concepción o tesis de que no hay diferencia de principio entre comprar el derecho de infligir intencionalmente un daño y comprar el derecho de no tomar precauciones que eliminarían un número equivalente de daños causados accidentalmente.²⁶ Una posición crítica del análisis económico del derecho enfocará estas dos características suyas. Críticas menos fundamentales, como las de Dworkin (provechosas y que valen la pena),²⁷ dejan a estas características intactas. Por supuesto, la propia distinción de Dworkin entre los derechos y las metas colectivas (estas últimas propuestas por Dworkin como legítimo ámbito de las legislaturas) es una distinción que supone acríticamente que las metas colectivas pueden ser racionalmente identificadas y preferidas a las alternativas por agregación de valor, sin hacer caso a los principios de imparcialidad distributiva y otros aspectos de la justicia, principios que en sí mismos constituyen derechos y que no pueden ser negociados de acuerdo con ninguna metodología racional, contra las mensurables cantidades de valor.²⁸

VIII

En suma, gran parte de la teoría académica sobre el razonamiento judicial exagera grandemente el alcance con el cual la razón puede establecer cuál es el mayor bien y el menor mal. Al mismo tiempo, tal teoría minimiza la necesidad de fuentes autoritativas. Tales fuentes, en tanto que son claras y respetan los pocos derechos y deberes morales absolutos, tienen que ser respetadas como las únicas bases razonables para el razonamiento y decisión judi-

²⁶ Véase Finnis, "Allocating Risks and Suffering", *Cleveland State Law Review*, 38, 1990, 200.

²⁷ Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1985, pt. IV.

²⁸ Véase Finnis, "A Bill of Rights for Britain? The Moral of Contemporary Jurisprudence", *Proc. Brit. Acad.*, 71, 1985, 318-22.

cial, en relación con aquellos incontables puntos de disputa que no involucran directamente derechos y deberes absolutos. Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras.

Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles,²⁹ hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones “correctas” (es decir, no malas) incompatibles. Las principales elecciones personales o las decisiones sociales autoritativas pueden reducir grandemente esta variedad de opciones para la persona que ha hecho este compromiso o para la comunidad que acepta tal autoridad. Todavía, esas elecciones y decisiones, aun cuando razonables y racionales, son en la mayoría de los casos no requeridas por la razón. No están precedidas por ningún juicio racional acerca de que *esta* opción es la respuesta correcta o la mejor solución.

²⁹ Véase Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, q. 95, a. 2; Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, 5, 10, 1134^b 19-1135^a 6; Finnis, “Natural Law”, 281-90, 294-5.