

RAZONABILIDAD Y OBJETIVIDADs

Neil MacCormick

I. Introducción

*Law and Objectivity*¹ es un libro distinguido. Él contiene una lúcida explicación de los elementos de objetividad y subjetividad en el pensamiento jurídico, tanto en relación con los requisitos exigidos por el derecho para el surgimiento de responsabilidad, civil o penal, como en relación a la objetividad, intersubjetividad o incluso pura subjetividad presente al pesar los argumentos jurídicos. En relación al primer tema, Kent Greenawalt nos recuerda que la responsabilidad es objetiva si es determinada conforme a la previsión de una persona razonable, y subjetiva si se funda en las intenciones reales de un agente². En relación al segundo, si bien reconoce una medida de corrección e incorrección objetiva y un grado considerable de control intersubjetivo en el proceso de pesar y medir argumentos jurídicos, él sin embargo concluye que, en cualquier punto detallado de medición, personas razonables pueden estar en desacuerdo. Estas diferencias no pueden ser corregidas objetivamente. Esto introduce un elemento de subjetividad aparentemente irreducible en los inevitables espacios del razonamiento jurídico³.

Aquí me gustaría ofrecer algunas ideas sobre el concepto de lo 'razonable' en respuesta a las dos cuestiones que he destacado. Especialmente en relación al segundo, ahora como antes, me encuentro claramente en el campo de Greenawalt. Al decir esto estoy parcialmente repitiendo y parcialmente repensando algunas ideas que publicara hace unos años⁴.

Desde que comencé a estudiar derecho, me ha fascinado y aproblemado el concepto de lo 'razonable' utilizado de modo tan frecuente en contextos tan diversos por legisladores y abogados en las tradiciones jurídicas con las cuales estoy más familiarizado. En el espectro de lo puramente evaluativo a lo puramente descriptivo, 'razonable' parece situarse más cerca del polo evaluativo que del polo descriptivo, lo que no es lo mismo que decir que no contiene ningún elemento descriptivo. Si digo que la diligencia con la que actuó el productor al producir algún bien fue menor que la diligencia que habría sido razonable que él adoptara en un contexto dado, no estoy describiendo el cuidado que él adoptó o no adoptó, estoy evaluando la diligencia con que actuó. Estoy comparando lo que hizo con lo que podría haberse hecho, y estableciendo si una evaluación razonable de los riesgos habría o no dejado a un agente en esa situación satisfecho con el grado de diligencia mostrado.

En mi juventud me parecía que una evaluación de esa naturaleza envolvía un grado muy alto de subjetividad. Sin embargo, quienes tenían más experiencia que yo estaban de acuerdo en que el estándar en cuestión era (como también lo dice Greenawalt) 'objetivo'. Esto me intrigaba, y hasta cierto punto todavía me intriga. Estoy intrigado a pesar de que sé que no hay contradicción entre los dos puntos de vista. Si una persona es declarada responsable por no haber hecho lo que una persona razonable hubiera hecho en un contexto dado en relación con un resultado dañoso, todos

§Este artículo apareció originalmente en *Notre Dame Law Review* 74 (1999), pp. 1575-1603 (número especial, *Propter honoris respectum: Kent Greenawalt*). Traducción de Fernando Atria.

¹Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*, 1992.

²Véase *idem*, pp. 100-108.

³Véase *idem*, pp. 216-228. Espero que esto sea aceptado como un resumen razonable de un argumento sensato y cuidadoso.

⁴Véase Neil MacCormick, "On reasonableness", en *Les Notions a Contenu Variable en Droit*, ed. por Ch. Perelman y R. Vander Elst, 1984.

sabemos que no es necesario que haya habido, de parte de la persona involucrada, ni intención culpable ni menos deseo positivo de producir ese resultado dañoso. Estamos incluso preparados para reconocer que no es necesario que haya habido negligencia del agente, por cuanto él puede haber hecho todo lo que sus débiles capacidades le permitían para prevenir el accidente que ocurrió. La cuestión es que un estándar común es fijado para todas las personas, que deben respetar ese estándar o ser declaradas responsables en el evento de que algún accidente ocurra. Esto puede muy bien ser más equitativo desde el punto de vista de las víctimas del accidente, al menos en lo que concierne a la compensación, que cualquier intento de fijar una gradación para la negligencia de acuerdo a las capacidades diferentes de diferentes actores⁵. Está claro que, desde el punto de vista del obligado, esto es algo distinto que un estándar subjetivo. La exigencia del derecho no es simplemente que uno haga todo lo que pueda o que evite actuar con malas intenciones hacia otros; es que uno actúe de acuerdo al estándar común de la comunidad, como una 'persona razonable' lo haría.

Es perfectamente posible que el estándar sea objetivo en relación al agente, pero que sólo pueda ser aplicado a través de la subjetividad de un juez que decide después del hecho si el agente actuó con diligencia razonable. No hay nada sorprendente en la idea de que un estándar objetivo sea aplicable sólo a través de subjetividad adjudicativa. La cuestión de quién cruzó la línea primero es una cuestión objetiva, pero debe ser determinada por el árbitro de línea, el adjudicador fotográfico, etc.

Pero en referencia a la segunda de las cuestiones de Greenawalt mencionadas más arriba, parece que no estamos hablando sólo de la necesaria subjetividad del adjudicador, sino de algo en la idea misma de lo razonable que exige pesar más de un factor, más de una variable. El control intersubjetivo que puede ser aplicado a esa evaluación es limitado, incluso cuando uno actúa de buena fe e intenta juzgar el asunto de modo correcto y equitativo. ¿Hay una repuesta 'objetiva' a la pregunta de cuándo este criterio 'objetivo' de responsabilidad es satisfecho?

Entrando ahora en materia, quiero desde luego aclarar que no estoy enfrentando este problema como uno que sólo es importante en algunas áreas del derecho, como si la razonabilidad fuera un problema sólo en el derecho de daños, aun cuando el derecho de daños es, reconocidamente, una importante área del derecho. Hay muchos contextos jurídicos en los cuales surge la pregunta de qué es razonable hacer, decir, concluir, o dudar en ciertas circunstancias. Un valor como 'razonabilidad' puede ser sensitivo al contexto, y el juicio siempre será uno concreto en un contexto concreto, como Chaim Perelman enfatizaba⁶. Como veremos, pueden haber muchos factores que en una situación dada deberán ser considerados para juzgar la razonabilidad de un acto o de una omisión o de una decisión en su contexto concreto. Por esta razón y en este sentido, 'razonabilidad' fuera de contexto es lo que Julius Stone llamaba una "categoría jurídica de referencia indeterminada"⁷. La cuestión de si esa categoría se mantiene igualmente indeterminada cuando es analizada en concreto es menos clara. En todo caso, cuando pensamos en el razonamiento jurídico en los sistemas del *common law*

⁵Véase Neil MacCormick, "The obligation of reparation", en Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, 1982, pp. 212-231.

⁶Véase Ch. Perelman, *L'Empire Rhétorique: Rhétorique et Argumentation*, 1977, p. 40 ("En fait, ces valeurs font l'objet d'un accord universel dans la mesure où elles restent indéterminées; dès qu'on tente de le préciser, en les appliquant à une situation, ou à une action concrète, les désaccords [...] ne tardent pas à se manifester": "estos valores son el objeto de un acuerdo universal mientras ellos permanecen indeterminados. Cuando uno trata de precisarlos, aplicándolos a una situación o a una acción concreta, el desacuerdo [...] no tarda en aparecer").

⁷Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasoning*, 1964, pp. 263-267, 301-337.

o en sistemas mixtos como el derecho escocés, la categoría de lo razonable tiene mucha importancia y muchos usos. Lo mismo, sin duda, puede decirse de los sistemas jurídicos continentales. En muchas áreas del derecho 'razonabilidad' es el estándar fijado por los principios operativos y las reglas de conducta y de decisión, como veremos en los siguientes ejemplos.

En el derecho público es un principio general que los poderes de las autoridades públicas no deben ser ejercidos de modo no razonable⁸. En el derecho penal, el estándar requerido para la prueba de la culpabilidad de una persona acusada es prueba 'más allá de toda duda razonable', lo que constituye un estándar más exigente que el del 'balance de las probabilidades' que se exige en la mayoría de los asuntos civiles⁹. En el derecho de daños el estándar que una persona debe adoptar en su trato con otras es el del cuidado que una 'persona razonable' tendría por la seguridad de sus vecinos en las circunstancias¹⁰. La extensión de la responsabilidad por daños causados por negligencia es del mismo modo limitada a las consecuencias de una acción que, al momento de la acción, podían ser previstas por una persona razonable¹¹. Este deber de cuidado razonable, aunque originalmente elaborado en la jurisprudencia de las cortes superiores, está ahora confirmado en algunas circunstancias más particulares por el derecho legislado¹². En el derecho de contratos hay un principio general conforme al cual los contratos dirigidos a limitar la libre competencia son inválidos si la limitan más allá de lo que es razonable en el interés de las partes y del público¹³. Además, la compensación por incumplimiento de contrato está restringida a pérdidas previsibles al momento de contratar, y hay otras instancias donde las reglas del derecho legislado permiten a las cortes ignorar cláusulas contractuales que no son razonables¹⁴. En la regulación reciente del divorcio encontramos reglas que hacen de la conducta no razonable de una de las partes hacia la otra motivo suficiente para la disolución judicial del matrimonio¹⁵.

Como cualquiera sabe, estas son meras ilustraciones de una tendencia general en el derecho a descansar sobre el estándar de razonabilidad como criterio para determinar cuándo una decisión o un curso de acción es correcto y una relación interpersonal es equitativa en el derecho de

⁸Véase *Westminster Corp v. London and NW Ry Co* [1905] App. Cas. 426, 430 (apelación desde Inglaterra). Lord Macnaghten notó que "un órgano público investido con poderes legales [...] deber tener cuidado de no exceder o abusar sus poderes. Debe mantenerse dentro de los límites de la autoridad que se le ha conferido. Y debe actuar razonablemente. La última proposición está envuelta en la segunda, si no en la primera" (*id.*, citando a Lord Macnaghten). Algunos comentaristas han dudado de la utilidad de este sentido amplio de razonabilidad. Véase Stanley A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*. (editado por J M Evans, 4ª edición, 1980).

⁹Véase Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 8ª edición, 1995. Algunos jueces ingleses han tendido a repudiar la fórmula de la 'duda razonable', pero los escoceses siguen adhiriendo a ella. Véase Allan Walker y Norman MacDonald Lockhart Walker, *The Law of Evidence in Scotland* 1964 (capítulos 7 y 8, especialmente p. 76): "La Corona debe probar que el acusado es culpable más allá de toda duda razonable [...] La duda debe ser razonable en el sentido de que no debe basarse en una imaginativa aceptación de posibilidades remotas" (p. 76). Véase también *Shaw v. HM Advocate*, 1953 JC 51.

¹⁰Véase, e.g. *Donoghue v. Stevenson* [1932] App. Cas. 562 (apelación desde Escocia). El "hombre razonable" está convirtiéndose en la "persona razonable", y esto debe ser celebrado. Véanse las sabias palabras de Greenawalt, *supra* nota 1, pp. 145-146.

¹¹Véase, e.g. *Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock & Eng'g Co. (The Wagon Mound)* [1961] App. Cas 388 (PC) (apelación desde NSW).

¹²Véase, e.g. *Occupiers' Liability Act*, 1957, 5 y 6 Eliz. 2, ch. 31 (Inglaterra); *Occupiers' Liability (Scotland) Act*, 1960, 8 y 9 Eliz. 2 ch. 31 (Escocia).

¹³Véase J D Heydon, *The Restraint of Trade Doctrine*, 1971.

¹⁴Véase, e.g. *Unfair Contract Terms Act*, 1977, ch. 50 (UK).

¹⁵Véase *Matrimonial Causes Act*, 1973, cap. 18, § 1(2)(b); *Divorce (Scotland) Act*, 1976, cap. 39, § 1(2)(b).

obligaciones, de la propiedad y de familia. Incluso como unos pocos ejemplos ilustrativos, ellos son suficientes para sostener la tesis de que el razonamiento sobre la razonabilidad es un asunto de gran importancia para la operación del derecho. Si no entiendiéramos cómo trabajar con esa noción, no podríamos entender una característica esencial y central del razonamiento jurídico contemporáneo. ¿Cómo hemos de entenderla?

La primera cuestión que debe ser destacada es que la 'razonabilidad' a que hace referencia el derecho debe ser razonabilidad práctica¹⁶, no una capacidad abstracta para razonar sobre asuntos teóricos. La persona razonable tiene la virtud de la prudencia y la usa al actuar. Ésta es una virtud incompatible con el fanatismo o la apatía, que mantiene a un hombre entre ambos, como lo mantiene entre el cuidado excesivo y la indiferencia excesiva al riesgo. Las personas razonables toman en cuenta los riesgos previsibles, pero con atención a posibilidades o probabilidades serias, no remotas o imaginarias. Ellas no se apresuran a deducir conclusiones sino consideran la evidencia y toman en cuenta diferentes puntos de vista. Ellas saben que cualquier dilema práctico puede envolver varios valores e intereses diferentes, y toman los valores convergentes y divergentes seriamente, buscando reconciliarlos o, en casos de conflicto inevitable, actuar de acuerdo al más importante de los valores en conflicto.

Las personas razonables se parecen al 'espectador imparcial' de Adam Smith¹⁷ (de hecho, puede ser mejor decir que ellas mismas exhiben su uso del razonamiento de 'espectador'), porque intentan hacer abstracción de su propia situación y ver y sentir la situación como ella se ve y se siente desde el punto de vista de los otros envueltos. Por eso, ellas pesan sus intereses y compromisos de modo imparcial al compararlos con los de los otros. Saben que hay diferentes maneras en las que las cosas, actividades y relaciones pueden ser valiosas para las personas, y que todos los valores deben recibir alguna atención. Eso las lleva a buscar un balance que tome en cuenta esta aparentemente irreducible pluralidad de valores. En este sentido las personas razonables son objetivas: ellas no están apasionadas por sus propios proyectos o intereses (aunque pueden desde luego estar muy comprometidos con ellos) hasta el punto de ser incapaces de tomar momentáneamente distancia de ellos y mirar la situación desde el punto de vista de otros. Habiendo hecho esto, ellas pueden juzgar sus propios intereses en competencia con los de los otros en un sentido al menos parcialmente objetivo. Ellas reconocerán que un interés más fuerte o un valor más profundo de otra persona puede legítimamente tener prioridad sobre el interés que persiguen y los valores que intentan realizar, en tanto el conflicto es inevitable. Las personas razonables cultivan la virtud Smithiana del autocontrol y la aplican cuando otros tienen prioridad legítima sobre ellas.

Personas perfectamente razonables serían ciertamente ejemplos irreales de virtud. Encontramos muy pocas de ellas. Las personas ordinarias no lo son; pero la mayoría es razonable parte del tiempo y algunos son razonables la mayor parte del tiempo. Y sobre todos nosotros el derecho impone la exigencia de que actuemos razonablemente o, al menos (sea por coincidencia o por

¹⁶En lo que sigue, estoy profundamente en deuda, no sólo con Greenawalt, *supra* nota 1, sino también, y aún más, con John Finnis. Véase John Finnis, *Natural Law and Natural Right*, 1993, pp. 100-133, aunque al descansar como lo hago sobre Adam Smith y Robert Alexy quedo mucho más acá del realismo valórico tomista.

¹⁷Véase Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, editado por D. D. Raphael y A. L. MacFie, 1976; Cf. Knud Haakonessen, *The Science of a Legislator The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, 1981, pp. 47-52. Nunca me ha convencido la versión 'rational choice' de la razonabilidad que prevalece en el 'análisis económico del derecho' contemporáneo y recomiendo a los economistas otros aspectos de la obra de Adam Smith. Suscribo los argumentos de Heidi Li Feldman: "Science, reason and tort law: looking for the reasonable person" en 1 CURRENT LEGAL ISSUES (1998), pp. 39-43.

decisión consciente) de acuerdo al estándar de lo razonable en una variedad de contextos como los mencionados. Pero los contextos son diferentes. Como miembro de un jurado en un juicio criminal, debo mirar a la evidencia producida por la fiscalía con un ojo crítico, especialmente teniendo en consideración la evidencia ofrecida por la defensa, y considerando cualquier razón que la defensa me haya sugerido para dudar. La certeza es imposible en relación a afirmaciones contingentes sobre el pasado, como las envueltas en cualquier juicio criminal. Alguna duda (o posibilidad de duda) estará siempre presente, pero no todas las dudas están sobre el umbral de duda sobre la base del cual una persona razonable actuaría. Algunas dudas pueden ser legítimamente ignoradas o tratadas como remotas o poco realistas o incluso imaginarias, si contradicen un conjunto poderoso de evidencia creíble. Como una autoridad administrativa, debo considerar cuidadosamente todo el sistema dentro del cual yo tengo discreción y asegurarme de fundamentar mi decisión solamente sobre factores relevantes para el sistema, dejando de lado los factores irrelevantes. Como un conductor, debo siempre tener presente que, independientemente de la importancia de mi urgencia, hay otros usuarios de la vía cuya seguridad es más importante que mi necesidad de llegar a la hora a una entrevista en cualquier escala justa de valores. Y así suma y sigue. Duda razonable no es lo mismo que decisiones razonables ni es lo mismo que cuidado razonable al conducir. Pero hay un hilo común que vincula todas estas aplicaciones de ‘razonable’ en estas y otras instancia de su uso. Ese hilo común, quiero sugerir, radica en el estilo de deliberación que una persona debería idealmente utilizar, y en la atención imparcial que ella daría a valores y evidencia contradictoria en un contexto concreto dado. El deliberador ideal es la ‘persona razonable’, y los agentes humanos reales alcanzan razonabilidad en la medida en que sus decisiones o acciones o conclusiones calzan con las que resultarían de esa deliberación ideal. Naturalmente, cuando las cuestiones deben ser decididas por una corte después de los hechos que fundamentan la imputación de responsabilidad civil o penal, es más probable que la deliberación de la corte, habiendo ya pasado el momento de acción, reproduzca de mejor manera la deliberación ideal que la del agente en respuesta a las necesidades del momento.

Es una afirmación común el que hay cuestiones respecto de las cuales personas razonables pueden razonablemente estar en desacuerdo. Algunas de estas cuestiones son simples diferencias de gusto—el baseball es para una persona un juego más interesante que el cricket, pero otra prefiere el cricket por el crecimiento largo y lento de las expectativas y tensiones en contraste con la acción más explosiva del baseball. *De gustibus non est disputandum*; es absurdo tratar diferencias de gusto como ocasiones para la disputa. Pero este no es el único tipo de desacuerdo que existe. En cualquier cuestión que requiera la evaluación de mucha evidencia o muchos intereses y valores para arribar a una conclusión en relación a lo que parece ser un fino balance, no parece sorprendente encontrar a otros que llegan a conclusiones diversas de las nuestras. Puede haber aquí una diferencia genuina de juicio sobre lo que es correcto y debe en consecuencia hacerse. Tal diferencia de juicio no es una mera diferencia de gusto. Y esto es importante para nosotros, porque una decisión debe ser tomada basándose en una o la otra opinión, mientras en la mayoría de los desacuerdos de gustos es suficiente para diferentes personas hacerlo como a cada una le gusta. Tales diferencias de juicio, como apunta Greenawalt, son típicas de los así llamados ‘casos difíciles’ que han sido discutidos por la teoría del derecho de los últimos 30 años¹⁸.

El problema puede tener que ver con el carácter ‘procedimental’¹⁹ de la deliberación razonable. Bajo

¹⁸Véase Greenawalt, *supra* nota 1, pp. 207-231.

¹⁹Véase Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification*, 1989 (traducido por Ruth Adler y Neil MacCormick) [Traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de*

la luz de los valores, intereses y propósitos humanos, uno debe considerar todo lo que es relevante, y asumir una postura imparcial para asignar peso o importancia relativa a valores o intereses relevantes en relación al contexto. Pero diferentes personas pueden estar en desacuerdo sobre cómo precisamente ellos hacen tales asignaciones de importancia relativa y los pesan unos con otros. Puede haber errores obvios de parcialidad o anomalías notorias en esas diferencias, pero más allá de eso, es difícil o imposible mostrar que una perspectiva es superior a la otra. Si las personas evitan una conducta caprichosa y observan cierta decente constancia en sus juicios a lo largo del tiempo, mientras se mantienen abiertas a revisar sus opiniones a la luz de argumentos razonados, ellas no son no razonables sólo porque tienen una opinión diferente de la mía o de la tuya.

Se sigue de lo anterior que en algunas cuestiones, o en relación a algunas decisiones, puede haber más de una respuesta razonable o, al menos, un rango de respuestas que no puede mostrarse que son no razonables. Esto es compatible con el hecho de que los que sostienen cualquiera de esas respuestas razonables pueden rápidamente descartar esas otras respuestas, sobre la base de buenas razones, como no razonables. La ausencia de una única respuesta razonable no es una prueba de que no existe una respuesta no razonable. Esto es una poderosa razón para establecer autoridades encargadas de decidir. Si los encargados de decidir son personas razonables, y si hay alguna manera de controlar sus decisiones (e.g. a través de la apelación, o de la responsabilidad frente a un cuerpo representativo, o algo de este tipo), entonces no parece haber mejor manera de solucionar el problema de la no-univocidad de lo razonable. No es sorprendente encontrar que los estados constitucionales se caractericen por la práctica de designar autoridades con poder de decidir sobre un rango restringido de cuestiones finamente balanceadas. De nuevo, esto es una característica normal de el panorama constitucional contemporáneo.

Estas reflexiones pueden bastar como un intento introductorio de analizar y dar contenido, en términos generales, a una idea de lo 'razonable'. A continuación, quiero profundizar esto en relación al derecho positivo, para averiguar en qué medida estas ideas son ilustradas, si no probadas, en los materiales jurídicos. Haré esto en tres etapas, considerando primero las razones que podrían ser propuestas para justificar el estándar de lo razonable en derecho, segundo las formas que existen para interpretar los factores relevantes a la razonabilidad en las diferentes áreas del derecho, y finalmente algunas decisiones concretas sobre razonabilidad donde se ha sostenido que la pregunta por qué es razonable es (al menos a veces) una 'cuestión de hecho'.

II. ¿Por qué 'razonabilidad'?

Bastante se ha escrito para justificar la común referencia jurídica a la 'razonabilidad' como un estándar de guía en un contexto general dado. Uno de los primeros en este tema fue H.L.A. Hart, quien decía que hay razones que a veces militan en contra de una estrategia legislativa de formular reglas de conducta específicas y detalladas. "A veces" él dijo "se advierte [...] que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso sin nuevas directivas oficiales"²⁰. En esos casos Hart sugiere que una legislatura puede prescribir principios generales y crear una autoridad decisora subordinada que formule por la vía de legislación delegada reglas más

la Argumentación Jurídica, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, NT]. La versión procedimentalista de Alexy sigue, pero refina, la de Jürgen Habermas.

²⁰HLA Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 127 [Traducción española de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, 1963, p. 163. Las referencias a esta versión española se indicarán entre corchetes en lo que sigue, NT].

específicas para guiar al público en general o una sección del mismo²¹. Alternativamente, el legislador puede recurrir a la “técnica similar” de exigir a las personas en general que “se adecuen a un estándar variable antes de que haya sido definido oficialmente [...]”²². En este caso, “puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, de cuál es, en términos de acciones y omisiones específicas, el estándar que ellos deben observar”²³. El principal ejemplo de un ‘estándar variable’ como ese en el derecho angloamericano es, para Hart, el de cuidado razonable que se aplica en materias civiles y criminales para definir formas de negligencia que originan responsabilidad civil o penal²⁴.

Esta manera de caracterizar lo ‘razonable’ como un estándar operativo lo asimila a la legislación delegada. El derecho producido por el legislador es incompleto, y corresponde al juez que lo aplica producir una regla más detallada dentro del marco parcialmente incompleto existente. En consecuencia el juez participa en el proceso legislativo de un modo subordinado, ejerciendo el tipo de discreción en sentido fuerte que las legislaturas tienen en las democracias liberales.

A la luz de nuestra discusión introductoria de la razonabilidad, esta posición parece exagerar el elemento puramente decisionista en el juicio relativo a lo razonable. Desde luego debe haber una decisión después de balancear las consideraciones relevantes, pero esto es un tipo de juicio, no un tipo de legislación. Un principio de evidencia a favor de esta posición y en contra de la de Hart es que la posición de Hart choca con la visión del abogado (discutida más adelante) de que lo que es razonable en un caso es una ‘cuestión de hecho’. Además, esa posición no da cuenta de la posibilidad de que las personas y mercados puedan perfectamente usar con alguna seguridad criterios tales como ‘cuidado razonable’, ‘aviso razonable’ y ‘similitud razonable entre las muestras y el producto’ para guiar su conducta. Ellos pueden hacer eso sin necesidad de esperar las decisiones que serán adoptadas por las autoridades. Pero esto es precisamente lo que uno debe hacer cuando falta la legislación delegada que completa una regulación legal incompleta.

Al decir esto estoy tomando uno de los argumentos utilizados por Ronald Dworkin para criticar la teoría de la ‘discreción en sentido fuerte’ que según él Hart adopta²⁵. Dworkin considera que el modo en que Hart se aproxima al problema está viciado por el hecho de que Hart ignora la función que los principios cumplen cuando éstos interactúan con las reglas, con la consecuencia de que las decisiones jurídicas en casos concretos siempre implican una evaluación del balance general en una constelación de principios, una constelación que es visible en la medida en que uno interprete un problema jurídico que envuelve la aplicación discutible de reglas a hechos²⁶. Las reglas que incorporan estándares, según Dworkin, funcionan como los principios, en el sentido de que requieren, en alguna medida, sopesar factores relevantes²⁷.

Como se verá en lo que sigue, estoy de acuerdo con Dworkin al rechazar el modelo de la legislación delegada, aunque no acepto todas las implicaciones del interpretativismo de Dworkin. Es posible, a

²¹Véase *Idem*, p. 127-128 [163-165, NT].

²²*Id.* p. 128-129 [164-165, NT].

²³*Id.* p. 129 [165, NT].

²⁴Véase *id.*

²⁵Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, pp. 14-45, en adelante Dworkin, *Taking Rights Seriously* [Traducción española de Marta Guastavino, *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel, 1982, pp. 61-101, NT]; Véase también Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, pp. 280-282 [Traducción española de Claudia Ferrari, *el Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988, pp. 201-202, NT].

²⁶Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 25, p. 44 [100, NT].

²⁷Véase *idem*, pp. 43-45 [99-101, NT].

pesar de eso, aprovechar algo de lo que dice Hart. Como él sugiere, estamos enfrentados a la posibilidad siempre presente de conflictos de valores; el caso de la negligencia en el derecho de daños es un buen ejemplo²⁸. Por un lado, valoramos la seguridad de las personas y de su propiedad y su interés económico de obtener reparación por los daños sufridos como consecuencia de los actos de otros²⁹. Desde este punto de vista, creemos que es correcto y adecuado que cada persona intente cuidadosamente evitar infligir daño en la persona, bienes o bienestar de otro. Por otro lado, valoramos la libertad de los individuos de perseguir sus propios intereses y formas de vida sin tener que asumir un nivel intolerable de precauciones para reducir los riesgos de daños a otros³⁰. El derecho debe expresar, en términos generales, un balance entre estos dos valores, y expresa este balance prescribiendo que el cuidado que una persona debe exhibir es el cuidado de una persona razonable y prudente. Pero así como esto implica, en términos generales, un balance entre los valores de seguridad relativa frente al perjuicio y libertad relativa de actuar como uno quiera, así también apunta en situaciones particulares a balancear los valores relevantes en sus manifestaciones concretas.

Existen muchas declaraciones judiciales que justifican esto. En *Read v. J. Lyons & Co.*³¹ la demandante, una inspectora gubernamental de una fábrica de municiones en tiempos de guerra, fue herida por una explosión en un taller de relleno de granadas. Ella demandó una compensación, sosteniendo que el propietario era responsable objetivamente conforme a lo decidido en *Rylands v. Fletcher*³², y por consiguiente que ella tenía derecho a ser indemnizada sin necesidad de probar negligencia en la manera en que la producción de granadas estaba organizada. La *House of Lords* rechazó este argumento. Lord Macmillan sostuvo que

el proceso de evolución [del derecho inglés] ha transitado desde el principio de que cualquier persona actúa asumiendo el riesgo de su acción y es responsable por las consecuencias de sus actos al principio de que la libertad de acción de una persona sólo está sujeta a la obligación de no violar una obligación de cuidado que ella debe a otros³³.

En este caso particular se había sostenido que existía una excepción a este principio moderno, una excepción relativa a las "cosas y operaciones peligrosas en sí mismas", pero respecto a este punto Lord Macmillan sostuvo que

en el caso de las cosas y operaciones peligrosas el derecho ha reconocido que existe una responsabilidad especial de cuidado. Pero yo no creo que existe responsabilidad absoluta con prescindencia de la negligencia cuando las personas son heridas como consecuencia del uso de cosas o la conducción de esas operaciones. Esto es, en verdad, una cuestión de grados. Cualquier actividad implica algún elemento posible de peligro para otros. La experiencia muestra que actos aparentemente inocuos pueden dañar a otros. Mientras más peligroso el acto mayor es el cuidado que debe ser adoptado al realizarlo³⁴.

²⁸Véase Hart, *supra* nota 20, pp. 129-130 [165, NT].

²⁹Véase *id.*

³⁰Véase *id.*

³¹[1947] App. Cas. 156 (apelación desde Inglaterra).

³²LR-E App. 330 (1868).

³³Read [1947], App. Cas. p. 171.

³⁴*Id.* p. 172.

Aquí hay una exposición judicial harto clara, tanto del argumento estándar a favor de la exigencia de 'cuidado razonable' antes que 'responsabilidad estricta' como del argumento de que el grado de cuidado que es 'razonable' varía de acuerdo a los riesgos en cuestión. Esto es por cierto "una cuestión de grados". Como ninguna legislatura puede o debe intentar prever todas las situaciones particulares de riesgo, no puede ni debe intentar producir para cada caso reglas detalladas que enumeren las precauciones que deben ser adoptadas. Es suficiente que el derecho prescriba un estándar de cuidado razonable, y que defiera la evaluación de los riesgos particulares a los casos particulares.

El problema de la razonabilidad en relación con el problema del debido cuidado en la responsabilidad por culpa es meramente una ilustración de una afirmación general, que podría ilustrarse de modo igualmente vívido con el caso del uso 'razonabilidad' en el derecho público como un criterio de decisión correcto a ser seguido por autoridades públicas. Un puede resumir, aunque inevitablemente simplificando, el derecho relevante como sigue³⁵: toda potestad pública, ya sea judicial, cuasi-judicial o administrativo, debe ser ejercida razonablemente, esto es, prestando la debida atención a las consideraciones relevantes, y sin atender a las consideraciones irrelevantes³⁶. el test de relevancia en este caso está gobernado por los términos en los cuales y el objeto por el cual la potestad es conferida por el derecho³⁷. Si quien decide ha fundado su decisión sobre una evaluación general de todos los factores relevantes y no ha actuado sobre la base de ninguna consideración irrelevante, la decisión no puede ser anulada por los tribunales sólo por el hecho de que ésta es errónea 'en cuanto a sus méritos'. Ella puede ser revisada y anulada sólo si la decisión es tal que una persona razonable no la habría adoptado después de evaluar razonablemente todas las consideraciones relevantes³⁸.

Nuevamente podemos apreciar que lo que justifica el recurso a la exigencia de razonabilidad es la existencia de una pluralidad de factores que deben ser evaluados en cuanto a su relevancia respecto de un foco común de preocupación (en este caso una decisión que debe ser adoptada por un órgano público para fines públicos). No es razonable ignorar algún factor relevante, o tratar como relevante algo que debe ser ignorado. Tampoco es razonable distorsionar de modo significativo el valor relativo de los diversos factores. A pesar de que personas distintas pueden evaluar de modo distinto esos factores, y a pesar de que una variedad de evaluaciones puedan ser consideradas dentro del rango de lo razonable en relación a ese balance, el rango tiene límites. Algunas opiniones son tan excéntricas o idiosincrásicas que no son aceptadas como juicios válidos en absoluto.

Como Kent Greenawalt y Duncan Kennedy han mostrado³⁹, lo que se presupone en cualquier recurso al estándar de razonabilidad es que hay algún tópico o foco de preocupación al cual, de acuerdo a circunstancias variables, diversos factores son relevantes, y que éstos deben ser balanceados entre sí. Kennedy dice que los estándares jurídicos típicamente encarnan un

³⁵Véase Lord Irvine of Lairg, QC, "Judges and decision-makers: the theory and practice of Wednesbury review", 1996 Pub. L. 59.

³⁶Véase e.g. *Anisminic v. Foreign Compensation Comm'n* [1969] 2 App. Cas. 147 (apelación desde Inglaterra).

³⁷Véase, e.g. *Padfield v. Minister of Agric.* [1968] App. Cas. 997 (apelación desde Inglaterra).

³⁸Véase, e.g. *Associated Provincial Picture House, Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1 KB 223 (Eng. CA); *Secretary of State for Educ. v. Tameside Metro. Borough Council* [1977] 1 App. Cas. 1014 (apelación desde Inglaterra); *Malloch v. Aberdeen Corp.* (Nº 2) 1974 SLT 253.

³⁹Véase Greenawalt, *supra* nota 1, pp. 144-145, citando a Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication {Fin de Siècle}*, 1997, p. 139.

subconjunto relativamente específico de valores sociales, y uno estaría inclinado a llamarlos 'equidad', 'debido cuidado', 'debido proceso', 'justicia natural', o algo así⁴⁰. Pero en el caso de lo 'razonable' los valores no están igualmente localizados. Lo que es razonable en las circunstancias particulares depende de una evaluación de los factores competitivos que gravitan sobre la decisión, y qué factores de decisión son relevantes (y por eso competitivos) es una cuestión altamente dependiente del contexto. La razón que justifica que el derecho recurra a estándares complejos como el de lo razonable en la formulación de principios o reglas para la guía de oficiales o ciudadanos es precisamente la existencia de estos tópicos o *foci* de preocupación respecto de los cuales una variedad de factores valorativamente cargados es relevante en una manera que depende del contexto.

III. Interpretando la 'razonabilidad'

Debe haber al menos dos rangos de variación entre las variables a las cuales cualquier cuestión de razonabilidad se refiere. Los tópicos a los cuales se conecta la razonabilidad son variables, y los factores relevantes al juicio pueden variar de acuerdo al tópico. El tópico, como se ha dicho varias veces, puede ser decisiones de autoridades públicas, o decisiones sobre culpabilidad en juicios criminales, o actividades de personas que son potencialmente dañosas a otros individuos, o relaciones contractuales, o relaciones matrimoniales, o cualquier otro determinado por legisladores o jueces.

Dada esta variabilidad del tópico, hay ciertas preguntas sobre la razonabilidad que son necesariamente puras cuestiones de derecho, esto es, de la interpretación correcta del derecho. ¿Cuáles son los factores que deben ser tratados como relevantes a un tópico determinado? Esta pregunta es respondida por una correcta interpretación del derecho aplicable al tópico en cuestión. Es muy común que las leyes que prescriben un estándar de razonabilidad indiquen expresamente los factores relevantes. Así, por ejemplo, la ley de 1957 sobre responsabilidad de los ocupantes requiere que todo ocupante de un edificio "adopte el cuidado que en las circunstancias sea razonable para permitir que el visitante pueda estar razonablemente seguro cuando use el edificio para los propósitos para los cuales es invitado o autorizado por el ocupante para estar ahí"⁴¹. A continuación la ley expresa:

- (a) Un ocupante debe estar preparado para que los niños sean menos cuidadosos que los adultos; y
- (b) un ocupante puede suponer que una persona que ejerce un oficio en el edificio tomará las precauciones que sean apropiadas en relación a los riesgos normalmente accesorios a éste, en la medida en que el ocupante se lo permita⁴².

La ley de 1977 sobre términos contractuales inequitativos⁴³ establece que los tribunales pueden revisar cláusulas contractuales de exención de responsabilidad pactadas entre oferentes y consumidores de bienes y servicios. Cualquier cláusula contractual que persigue eximir a una parte de sus responsabilidades jurídicas normales puede ser invalidada si no es razonable, problema en relación al cual la ley establece lo siguiente: "para determinar [...] si una cláusula contractual

⁴⁰Véase Kennedy, *supra* nota 39, p. 168.

⁴¹*Occupiers' Liability Act*, 1977, cap. 50 (Inglaterra).

⁴²*Id.* § 2(3).

⁴³*Unfair Contract Terms Act* (1977), cap. 50 (Inglaterra)

satisface la exigencia de razonabilidad, se considerarán, en particular, las materias especificadas en el anexo 2 de esta ley⁴⁴. El anexo 2 establece que “se debe prestar atención en particular [...] a cualquiera de las siguientes cuestiones, según sean relevantes⁴⁵:

- (a) la posición negociadora de cada una de las partes en relación con la otra, tomando en consideración (entre otras cosas) los mecanismos alternativos a través de los cuales las exigencias del cliente podrían haber sido satisfechas;
- (b) el hecho de haber sido el cliente inducido a acordar la cláusula, o de haber tenido, al aceptarla, la posibilidad de celebrar un contrato similar con otra persona, sin incluir esa cláusula;
- (c) el hecho de que el cliente haya conocido o debería razonablemente haber conocido la existencia y la extensión de la cláusula (en relación, entre otras cosas, a las condiciones habituales en el mercado y a cualquier otra relación anterior entre las partes);
- (d) Cuando el término excluye o restringe alguna forma de responsabilidad si una condición no es cumplida, el hecho de haber sido razonable al momento de contratar pensar que el cumplimiento de esa condición era posible;
- (e) el hecho de haber sido los bienes producidos, procesados o adaptados de acuerdo a una petición especial del cliente⁴⁶.

En las dos instancias citadas, el legislador ha dado orientación explícita pero no exclusiva acerca de los factores que son relevantes para un juicio de razonabilidad en relación al tópico en cuestión. Intentos similares de dar definiciones parciales de factores relevantes para juicios sobre razonabilidad en contextos particulares son común y regularmente encontrados en decisiones judiciales. La *High Court* de Australia ha intentado clarificar la extensión del deber de actuar con cuidado razonable al dar información o consejo. La siguiente es una útil afirmación del juez Gibbs:

Aparecería de acuerdo con principios generales que una persona no debe tener un deber de adoptar un cuidado razonable de que su consejo o información es correcto, a menos de que sepa, o deba saber, que la otra confía en que ella adoptará ese cuidado y descansará en ese consejo o información, y a menos de que fuera razonable para esa otra persona confiar de ese modo y actuar así. No sería razonable actuar confiando en el consejo o información dado casualmente en alguna reunión social u otra ocasión informal o, en términos generales, a menos que el consejo o información tuviera que ver “con un negocio o transacción profesional cuya naturaleza dejaba en claro la gravedad de la pregunta y la importancia e influencia adscrita a la respuesta [...]”⁴⁷.

En este caso de *Shaddock & Associates v. Parramatta City Council*, la *High Court* debía decidir si invalidar o no una restricción de la responsabilidad por afirmaciones negligentemente falsas

⁴⁴*Id.* cap. 50, § 11(2).

⁴⁵*Id.* cap. 50, § 11(2), sched. 2.

⁴⁶*Id.*

⁴⁷*Shaddock & Assoc. Proprietary, Ltd v. Parramatta City Council* (1981) 150 CLR 225, 231 (citando a Lord Pearce en *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners* [1964] App Cas. 465, 539 (apelación desde Inglaterra)). Compárese con *Caparo Indus. v. Dickman* [1990], 1 All ER 568, 574 (opinión de Lord Bridge of Jarwich).

establecido por el comité judicial del *Privy Council* en un caso australiano anterior⁴⁸, en el cual la clase de personas que tendría ese deber de cuidado era la de las personas que tenían, o decían tener, habilidades profesionales, y que daban consejo en relación a esas habilidades. Como el juez Mason observó en *Shaddock*⁴⁹, el fundamento justificatorio de tal restricción es uno de política como el indicado en el *American Restatement (Second) of Torts*, es decir que “cuando el daño que ha sido causado es puramente pecuniario, los tribunales han considerado necesario adoptar una regla más restringida de responsabilidad, en atención a la extensión con que la información incorrecta puede, y se espera que, circule, y la magnitud de las pérdidas en las cuales incurran quienes actúan confiando en su corrección”⁵⁰. Pero el juez Mason rechazó esta justificación como suficiente para la restricción en cuestión, porque,

En primer lugar, niega un remedio a aquellos que sufren daños serios a manos de quienes no son miembros de la clase y cuya conducta es negligente. En segundo lugar, ignora la disponibilidad de seguro como protección contra la responsabilidad. En tercer lugar, no hay ninguna lógica para excluir de la clase de las personas responsables por hacer afirmaciones falsas negligentemente a quienes, aunque no ejercitan ninguna habilidad o competencia, asumen la responsabilidad de dar consejo o información a otros en asuntos serios que pueden ocasionar pérdidas o daños. Por último, la regla, recientemente establecida en *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge ‘Willemstad’* (1976) 136 CLR 529, es que pérdidas económicas que no son consecuencia de daño a la propiedad, deben ser compensadas por aquéllos cuya negligencia la ha causado⁵¹.

Aquí tenemos una pequeña muestra de lo que yo en otra parte⁵² he sostenido es un modo característico de argumentación en el *common law*. Al argumentar a favor tanto de una interpretación más extendida de ‘actuar razonablemente sobre la base de la confianza’ [reasonable reliance] y así de la visión más extensiva de la responsabilidad por hacer afirmaciones falsas negligentemente, el juez Mason está avanzando en sus primer y segundo puntos fundamentos consecuencialistas para favorecer la interpretación elegida, y en sus tercer y cuarto puntos argumentos de coherencia.

Esta es también una característica usual de las argumentaciones concernientes a qué es razonable. En el caso *American Book Co. v. Yeshiva University Development Foundation Inc.*⁵³ (caso conocido por las cortes del estado de Nueva York) se trataba de la interpretación de un contrato de arrendamiento de acuerdo al cual el arrendatario de un establecimiento comercial no podía subarrendar el establecimiento sin el permiso escrito del arrendador, quien no podía negar esa autorización de modo no razonable. La American Book Company quería subarrendar a una organización llamada “Planned Parenthood Federation of America”⁵⁴. La Yeshiva University, sucesora en el título del arrendador original, negó la autorización por “‘inconsistencias’ filosóficas e ideológicas entre ella y el subarrendatario propuesto, y la ‘naturaleza controversial’ de los

⁴⁸Véase *Mutual Life & Citizen's Assurance Co. v. Evatt* [1971] App. Cas. 793 (apelación desde Inglaterra).

⁴⁹Véase *Shaddock* (1981) 150 CLR p. 249-250.

⁵⁰*Id.* p. 250 (citando al *Restatement (Second) of Torts* § 552 cmt. a (1977)).

⁵¹*Id.* p. 250-251.

⁵²Véase Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, edición revisada, 1994.

⁵³297 NYS 2d 156 (1969).

⁵⁴Véase *id.* p. 158.

subarrendatarios”⁵⁵ (la naturaleza controversial en cuestión era el carácter de Planned Parenthood como propagandista de métodos anticonceptivos). El juez Greenfield decidió que sólo razones ‘objetivas’ para negar la autorización podían ser aceptables como casos de ‘negativa razonable’, es decir,

estándares que son criterios fácilmente medibles de la aceptabilidad del subarrendatario propuesto desde el punto de vista de cualquier arrendador: (a) responsabilidad financiera, (b) la ‘identidad’ o el ‘carácter del negocio’ del subarrendador—*i.e.* su idoneidad para el edificio específico en cuestión; (c) la legalidad del uso propuesto; (d) la naturaleza del uso que se dará al establecimiento—*i.e.* oficina, fábrica, clínica o lo que sea⁵⁶.

Esto negaba la posibilidad de recurrir a fundamentos ‘subjetivos’ para negar la autorización, fundamentos basados en las preferencias particulares o convicciones filosóficas, religiosas o ideológicas del arrendador. En apoyo de la decisión del juez, de que la interpretación de ‘razonable’ aquí implicaba un estándar objetivo, encontramos un razonamiento característico que apunta a las consecuencias inconvenientes e injustas de adoptar un estándar subjetivo:

Si la posibilidad de controversias fuera un criterio adecuado para determinar la aceptabilidad de un subarriendo, muchos de nuestras instituciones sociales más útiles vagarían sin casa en las calles, y nuestros edificios serían arrendados por modelos sosos e impecables de corrección y monotonía. Incluso las ideas impopulares tienen derecho a un techo sobre sus cabezas⁵⁷.

El problema en cuestión aquí se refiere a uno de los aspectos generales más importantes de la interpretación de ‘razonabilidad’ como un estándar, *i.e.* su carácter típicamente objetivo al cual hemos ya aludido. Incluso aquí, sin embargo, la cuestión puede ser discutible: ¿debe el estándar de razonabilidad ser interpretado, en un tópico determinado, como aquello que es objetivamente razonable, sin consideración a las predilecciones o peculiaridades personales de los individuos en una relación particular? ¿No puede el estándar interpretarse como aquello que es subjetivamente razonable, es decir, razonable para un individuo particular en un contexto particular?

Sobre la base de argumentaciones clásicamente expresadas por el juez Holmes⁵⁸ y por Lord Reid⁵⁹, la presuposición ordinaria es que el test de razonabilidad es, en el sentido indicado, un test objetivo. Los derechos de una persona contra otras en sociedad deben ser determinados por criterios intersubjetivos comunes, no por referencia a peculiaridades particulares de cada individuo. Hay, al menos en los asuntos que afectan los derechos de las personas en derecho civil o derecho público, una fundamentación objetiva de los derechos establecidos. Por otro lado, como Lord Reid alguna vez afirmó⁶⁰, en asuntos de responsabilidad criminal, al menos por los crímenes más serios, deberíamos aplicar siempre una presunción fuerte a favor de *mens rea* subjetiva o al menos de

⁵⁵*Id.* p. 159.

⁵⁶*Id.* p. 159-160.

⁵⁷*Id.* p. 162.

⁵⁸Véase Oliver Wendell Holmes, Jr. *The Common Law* (editado por Mark DeWolfe), 1963, edición original 1881 [*La Senda del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.d.].

⁵⁹Véase Lord Reid, “The law and the reasonable man”, en *PROCEEDINGS OF THE BRITISH ACADEMY*, 1968, pp. 189, 200-201.

⁶⁰*Id.* p. 201. Véase también *Warner v. Metropolitan Police Comm’r* [1968] 2 All ER 356 (enfatiizando los *dicta* de Lord Reid).

culpa subjetiva de parte de la persona acusada.

Viendo el asunto bajo esta luz podemos, sin embargo, ver los fundamentos para un juicio diferente en áreas tales como el derecho de familia, dado el carácter intensamente personal de esas relaciones (*e.g.* entre cónyuges). Lord Reid mismo una vez sostuvo que “en casos matrimoniales no estamos preocupados con el hombre razonable, como lo estamos en casos de negligencia. Estamos tratando con *este* hombre y *esta* mujer y mientras menos suposiciones *a priori* hacemos sobre ellos mejor”⁶¹. Esta afirmación fue a su vez adoptada por la *Court of Appeals* en Inglaterra al decidir sobre la interpretación apropiada de lo ‘razonable’ en el contexto de las reglas sobre divorcio. La ley establecía que el divorcio debe concederse si un matrimonio se ha roto de modo irreparable porque, *inter alia*, un cónyuge se comportó hacia el otro de tal manera que no puede ‘razonablemente esperarse’ que éste continúe viviendo con el primero. El test a ser aplicado debe tomar en cuenta las propensiones y características subjetivas de los dos individuos en el matrimonio:

¿Llegaría cualquier persona bienpensante a la conclusión de que este marido se comportó de tal modo hacia su cónyuge que no puede razonablemente esperarse que ella viva con él, tomando en cuenta todas las circunstancias y características y personalidad de las partes?⁶²

Este énfasis en la subjetividad de los cónyuges, y la subjetividad relacionada del test de razonabilidad entre ellos, parece a primera vista ir en contra del requerimiento general de universalidad o universabilidad contenido en muchas decisiones sobre el derecho y su interpretación⁶³. Es obvio que en cada matrimonio debe haber una ‘ecuación personal’ diferente, de modo que lo que es razonable entre dos cónyuges no lo es necesariamente entre otros dos, y perderemos la vista de lo universal en un mar de particularidad. Mirado con calma, sin embargo, esta duda no tiene base. Podemos tener como regla universal la de aplicar siempre un estándar objetivo de razonabilidad, por ejemplo, en casos de negligencia (y tenemos buenas razones para esto), y sin embargo tener por regla igualmente universal la de siempre aplicar un test subjetivo de qué es razonable para cualquier persona en relación con su cónyuge en casos matrimoniales, teniendo aquí una plausible justificación para aplicar el test subjetivo, precisamente en atención al tipo de relación en cuestión en cada caso.

Lo que sería objetable sería cambiar la interpretación de ‘razonable’ entre subjetivo y objetivo en casos de un mismo tipo dentro de un tópico común. En derecho público, en el criticado caso de tiempos de guerra, *Liversidge v. Anderson*⁶⁴ se decidió que un ministro tenía ‘causa razonable para creer’ que una persona tenía orígenes o asociaciones hostiles, y que en consecuencia había actuado legalmente al ordenar su detención de acuerdo a las Regulaciones (Generales) de Defensa, 1939⁶⁵, siempre y cuando él honestamente creyera que tenía causa para pensar así. En esta área del derecho existen las razones más poderosas para tratar los criterios de razonabilidad como

⁶¹*Collins v. Collins* [1964] App. Cas. 644, 660 (apelación desde Inglaterra).

⁶²*Livingsstone-Stallard v. Livingsstone-Stallard* [1974] Fam. 47, 54 (citando al juez Dunn), citado aprobatoriamente por Lord Justice Roskill en *O'Neill v. O'Neill*, [1975] 3 All ER 289, 295.

⁶³Para una discusión de los requerimientos de universalidad en decisiones judiciales, véase MacCormick, *supra* nota 52, p. 71-86. Sobre el difícil punto ahora discutido, es útil recordar que, como R M Hare sostiene, un principio puede ser universal incluso cuando contiene referencia a ‘variables atadas’. Véase R M Hare, *Moral Thinking: its levels, method and point*, 1981, p. 140. Un ejemplo sería si dijéramos: “toda persona casada debe tratar a su cónyuge como éste considera razonable”. Véase también Greenawalt, *supra* nota 1, pp. 141-162 (discutiendo ‘La generalidad del derecho’).

⁶⁴[1942] App. Cas. 206 (apelación desde Inglaterra).

⁶⁵*Defence (General) Regulations*, 1939, reg. 18B § 1.

objetivos, no subjetivos. Por esto ni siquiera incluso las exigencias especiales de tiempos de guerra pueden ser invocadas para justificar la especial interpretación subjetiva de ese criterio. De hecho, la decisión en *Liversidge* ha sido desaprobada tan generalmente que tiene un peso casi nulo como precedente. Es una excepción injustificable a una regla general bien justificada de interpretación de la razonabilidad como un estándar subjetivo en derecho público⁶⁶.

Destaquemos nuevamente que la legítima variabilidad entre la interpretación objetiva y subjetiva del estándar de razonabilidad, que depende a su vez de variaciones en los tópicos o focos de preocupación, es sólo uno de los elementos de variabilidad de la interpretación que puede correctamente darse a ese criterio o estándar. Lo que esta discusión ha mostrado es que la 'razonabilidad' no es un valor de primer orden, sino uno de orden superior que ejemplificamos al considerar el modo de balancear los valores de primer orden, o en todo caso de orden inferior, y llegamos a una conclusión sobre su aplicación. La tarea de interpretación de lo 'razonable' en un contexto dado es la de identificar los valores, intereses y similares que son relevantes en ese determinado foco de atención. Esto a su vez depende de los tipos de situaciones o relaciones que están en cuestión, y de una visión sobre el principio o la razón rectora de esa área del derecho.

IV. ¿Qué es razonable, y es una cuestión de hecho?

Vale la pena observar al principio de esta sección cuán extraño parece llamar a las cuestiones de razonabilidad cuestiones 'de hecho'. Al concluir en un caso dado que una persona ha actuado o decidido razonable o irrazonablemente uno, desde luego, hace un juicio evaluativo antes que uno de hecho. A pesar de eso, los abogados escoceses y los del *common law* llaman a esas cuestiones precisamente 'cuestiones de hecho'. Lord Denning una vez dijo lo siguiente acerca del caso análogo de determinación judicial del deber de un empleador de tomar cuidado razonable por la seguridad de sus empleados:

Lo que es un 'sistema adecuado de trabajo' es una cuestión que debe ser determinada a través de la prueba, no con los libros de derecho. Cambia como las condiciones de trabajo cambian. El estándar sube a medida que los hombres se hacen más sabios. No se mantiene en el mismo lugar como el derecho a veces lo hace⁶⁷.

Es importante apreciar el argumento de Lord Denning sobre la mutabilidad a través del tiempo de los juicios sobre qué es adecuado o razonable dados ciertos cambios en los hechos y las circunstancias. Las precauciones en el lugar de trabajo que alguna vez fueron consideradas extravagantes o inusuales pueden terminar siendo aceptadas como normales y adecuadas⁶⁸. Avances en el conocimiento médico pueden revelar riesgos en procesos simples como la administración de inyecciones, riesgos evitables si se toman ciertas precauciones; entonces la razonabilidad de tomar esas precauciones es regida por el nuevo estado del conocimiento disponible en la profesión⁶⁹. Lo que una persona puede esperar razonablemente de su cónyuge puede cambiar de acuerdo a cambios sociales—¿qué marido podría considerar hoy en día que no es razonable que él participe de las labores domésticas, a pesar de que eso era identificado claramente como la tarea de la mujer hace treinta años?

⁶⁶Véase *Nakkuda Ali v. Jayaratne* [1951] App. Cas. 743, 760 (apelación desde Inglaterra).

⁶⁷Véase *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] App. Cas. 180 (apelación desde Inglaterra).

⁶⁸Véase *id. Cf. general Cleaning Contractors v. Christmas* [1953] App. Cas. 743, 760 (apelación desde Inglaterra).

⁶⁹Véase, e.g. *Roe v. Minister of Health*, [1954] 2 QB 66.

Pero ese no es el único punto que debemos tomar de la afirmación de Lord Denning. Él también nos recuerda dos características peculiares de las decisiones en el *common law*. Primero, debemos recordar esa división del trabajo jurídico que hace a los jueces maestros del derecho, pero a los jurados maestros de los hechos. Es el juez el que debe guiar con autoridad en cuestiones de derecho y su interpretación, incluyendo interpretaciones del criterio de lo razonable como los que fueron discutidas en la sección II. Es el jurado el que debe decidir si estos criterios están satisfechos por los hechos del caso dado. Obviamente, en un juicio criminal, el juez debe explicar al jurado que la fiscalía debe probar su argumento 'más allá de toda duda razonable', y lo que esto significa. Pero es el jurado el que debe decidir si ese estándar de prueba ha sido satisfecho en el caso del que conoce.

En segundo lugar, a pesar de que (fuera de la esfera del derecho penal) el uso de los juicios por jurados se bate en retirada, la distinción entre las cuestiones de hecho y las de derecho todavía puede trazarse sobre la base de cómo esas decisiones se distribuirían entre jueces y jurados, incluso cuando uno o varios jueces profesionales deben decidir ambas cuestiones. Esto tiene una consecuencia obvia en cuanto a la doctrina del precedente. Tribunales posteriores e inferiores están obligados a respetar las decisiones tomadas por cortes anteriores o superiores sobre cuestiones de derecho (incluyendo, en consecuencia, cuestiones como la de la interpretación adecuada de los criterios de razonabilidad). La misma fuerza obligatoria, sin embargo, no la poseen las decisiones sobre los hechos de casos particulares, incluida la cuestión de si, en un caso dado, una persona actuó razonablemente.

Esta último punto fue el más importante en el caso del cual he citado la afirmación de Lord Denning. Su argumento estaba dirigido a enfatizar que el juicio de una corte sobre qué es, por ejemplo, 'un sistema adecuado de trabajo' dadas las circunstancias del caso no constituía un precedente vinculante de directa aplicabilidad para otros casos. De ahí la importancia de su énfasis en la posibilidad de estándares sociales que podían cambiar y con ellos las conclusiones sobre qué es un 'sistema adecuado de trabajo', 'cuidado razonable' y otras ideas similares.

Estas consideraciones son importantes para entender por qué los abogados incluyen cuestiones como la de la razonabilidad entre las que ellas clasifican como cuestiones 'de hecho', aunque ellas también son cuestiones de valores. Ciertamente, desde cualquier punto de vista ellas son, como dijo Lord Denning, "asuntos que deben resolverse de acuerdo a la evidencia". Debemos saber en cualquier caso qué se hizo y qué no, y por qué razones, y qué podría haberse hecho u omitido, y cuál es la práctica normal en esos asuntos, antes de que podamos juzgar la razonabilidad de las acciones u omisiones a la vista. Analíticamente, al menos, el proceso del juicio es uno que tiene dos fases—la fase de descubrir qué pasó y por qué, y la fase de apreciar eso que pasó de acuerdo a los factores evaluativos relevantes.

En un ensayo famoso⁷⁰, John Wisdom alguna vez llamó la atención sobre lo que a él le parecían ciertas peculiaridades del razonamiento jurídico, a la luz de lo cual éste no podía ser clasificado ni como deductivo ni como inductivo en el sentido ordinario de esos términos, sino que era de hecho *sui generis*. Él apuntó hacia el hecho de que el razonamiento jurídico no es como una cadena de razonamiento matemático, donde cada paso se sigue del precedente, y donde cualquier error a cualquier nivel vicia lo que sigue. Más bien, el razonamiento jurídico es un asunto de pesar y considerar todos los factores que 'variadamente cooperan' a favor de una conclusión determinada, y

⁷⁰John Wisdom, "Gods" en PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY, 1944-1945, p. 185, reimpreso en John Wisdom, *Philosophy and Psycho-Analysis* (1957), pp. 149-168.

balancearlos con los factores que apoyan la conclusión contraria⁷¹. Al final, se llega a la conclusión sobre un balance de razones antes que por inferencias desde premisas a conclusiones o desde hechos conocidos a hechos desconocidos. Estas razones por una conclusión son mutuamente independientes, ofreciendo cada una un conjunto de fundamentos para ella, de modo que un error en una de ellas no deja a la conclusión sin apoyo; esas razones son, en la vívida frase de John Wisdom, "como las patas de una silla, no como los eslabones de una cadena"⁷².

Aceptar la tesis de Wisdom como una descripción completa del razonamiento jurídico sería, creo, confundir una parte con el todo. Pero la parte a la que se aplica, y a la que explícitamente su ensayo se refiere, es la misma parte bajo revisión en este ensayo. En relación a eso, Wisdom captura exacta y vívidamente la manera en la que debemos considerar una serie de factores conjuntamente cuando buscamos juzgar la razonabilidad de una decisión, acción, omisión, decisión de actuar sobre la base de un consejo recibido, cláusula contractual, expectativa dentro del matrimonio, o lo que sea. Lo que es necesario ahora es, sin embargo, ir más allá de la descripción general del proceso de escrutinio de los casos particulares en una variedad de áreas para ver si podemos establecer cómo, exactamente, el proceso de 'pesar' o 'balancear' esos varios factores puede ser entendido.

Podemos comenzar con problemas del derecho público. ¿Cómo evalúan los jueces la 'razonabilidad' de las decisiones de autoridades públicas? La respuesta parece ser que los fundamentos para la decisión deben ser evaluados de acuerdo a su relevancia para la decisión a la luz de los objetivos y propósitos del poder legal de decisión esgrimido por la autoridad. Así en *Padfield v. Minister of Agriculture*⁷³ el Ministro se había negado a ejercer su poder legal de nombrar un comité para investigar los reclamos de los miembros del *Milk Marketing Board* sobre el sistema establecido para fijar el precio de la leche. Cada una de las razones esgrimidas por el Ministro fue revisada en términos de su relevancia en relación al sistema legal de comercialización de la leche. La *House of Lords* concluyó que las razones alegadas por el Ministro para fundar su negativa habían sido motivadas por consideraciones irrelevantes y por eso tendían a frustrar más que promover los propósitos de la ley en cuestión. Sobre esa base, se le ordenó al Ministro "considerar el reclamo de los apelantes de acuerdo al derecho". Este caso debe ser distinguido de uno en el cual la decisión de la autoridad pública se basa en una revisión genuina de los fundamentos relevantes para la decisión y que no está fundado en razones irrelevantes, pero que es criticado por haber llegado a una conclusión equivocada sobre el mérito relativo de las razones a favor y en contra de un curso de acción particular. Dentro de esta área, la conclusión de la autoridad pública sobre qué es correcto o razonable debe ser tomada como final⁷⁴.

Cuando lo que se discute es la relevancia de los fundamentos de una decisión, tiene obviamente sentido decir que entre la pluralidad de fundamentos ofrecidos cada uno puede 'variadamente cooperar' con otros a favor de la decisión adoptada mostrando que ella está relevantemente fundada. Pero la crítica a la decisión intentará identificar uno o varios de sus fundamentos y mostrar que él o ellos, a pesar de ser irrelevantes, fueron determinantes en la decisión tomada. Si un motivo dominante para la decisión es incorrecto ello puede ser fatal aun cuando hayan otras razones perfectamente aceptables para la misma decisión⁷⁵. Aunque la 'razonabilidad' puede surgir de una

⁷¹Wisdom, *supra* nota 70, p. 157.

⁷²*Id.*

⁷³[1968] App. Cas. 997 (apelación desde Inglaterra).

⁷⁴Véase *Secretary of State for Educ. & Science v. Tameside Metro. Borough Council* [1977] App. Cas. 1014 (apelación desde Inglaterra).

⁷⁵El caso de *Padfield v. Minister of Agriculture*, [1968] App. Cas. 997 (apelación desde Inglaterra).

pluralidad de fundamentos, es perfectamente posible que la presencia de una consideración impropia o irrelevante sea suficiente para inclinar el balance en el sentido opuesto.

Lo mismo puede decirse en relación a otros tópicos jurídicos de 'razonabilidad'. En el derecho de daños, por ejemplo, la cuestión central es, por lo general, la de determinar si el daño sufrido por el demandante es consecuencia de una falta de 'cuidado razonable' del demandado. Es importante recordar que en esos casos es el demandante el que debe probar que el demandado no actuó con cuidado razonable. Así, por ejemplo, es necesario probar que el daño sufrido por el demandante fue el resultado de una acción o estado de cosas bajo el control del demandado y que el demandado podría haber tomado alguna precaución que habría evitado la ocurrencia de ese daño. En un caso el pasajero de un bus cayó por una puerta abierta del bus mientras se acercaba a la puerta para bajarse en la próxima parada⁷⁶. Se sostuvo que este accidente no habría ocurrido si hubiera habido una barra, además de los nueve pasamanos existentes, del cual el pasajero hubiera podido afirmarse en la pisadera del bus⁷⁷. No haber tomado esa precaución fue, según el argumento de la parte demandante, falta de cuidado razonable. Contra esto se mostró (a) que buses de ese tipo habían sido utilizados por muchos años sin que accidentes de ese tipo ocurrieran, y que (b) cualquiera de las precauciones posibles hubieran ocasionado un gran gasto y causado inconvenientes serios para el uso de los buses⁷⁸. Por eso la *House of Lords* consideró la precaución cuya falta se decía no-razonable como una que era razonable no tomar dado el valor asignado a la comodidad y facilidad del uso de los buses en general y al el bajo nivel de riesgo establecido por la evidencia. Pero cuando los empleadores de limpiadores de ventanas no exigieron a sus empleados que tomaran ninguna precaución cuando limpiaban ventanas parados en el borde de éstas esto fue considerado como no-razonable a pesar de que se probó que dos de los sistemas de seguridad posibles serían imposibles en algunos casos, y prohibitivamente caros en otros. Si alguna precaución podía ser convenientemente adoptada para reducir el riesgo obviamente alto de caer desde el borde de las ventanas, no era razonable no tomarla⁷⁹.

Que en estos casos es necesario pesar y balancear factores a favor y en contra es obvio, y bien ilustrado por *Bolton v. Stone*⁸⁰. Una mujer que caminaba por la calle cerca de una cancha de cricket fue herida por una pelota de cricket que había sido bateada fuera de la cancha. Estos golpes tan fuertes de pelota eran naturalmente raros, pero ocurrían de vez en cuando. Para precaverlos habría sido necesario levantar una reja suficientemente alta alrededor de la cancha. Se sostuvo que al no levantar esa reja el club de cricket había violado un deber.

Dados los hechos del caso, un deber habría sido violado si se hubiese mostrado que los apelantes

⁷⁶Véase *Wynngrove's Curator Bonis v. Scottish Omnibuses, Ltd*, 1966 Sess. Cas. (HL) 47. Hoy en día, los buses tienen puertas que se abren y cierran automáticamente, y los estándares de 'precauciones razonables' para la seguridad de los pasajeros han ciertamente subido, en la manera mencionada en conexión con la opinión del Lord Denning. Véase *supra* nota 67 y el texto que la acompaña.

⁷⁷Véase *Wynngrove*, 1966 Sess. Cas. p. 52.

⁷⁸Véase *id.* p. 85.

⁷⁹Véase *General Cleaning Contractors v. Christmas* [1953] App. Cas. (apelación desde Inglaterra). Un ejemplo más actual, en relación esta vez a los deberes de información en el contexto de un contrato de seguros, es la afirmación de Lord Potter: "como prudentes agentes buscando protección ilimitada, era el deber de PUM considerar con cuidado que requería ser informado a un reasegurador prospectivo. En particular, las demandas cada vez mayores por asbestosis y DES que fueron la razón original para buscar un reaseguro. Más aún, el deber se extendía a informar todos los hechos que podrían haber sido relevantes, de modo de evitar riesgos innecesarios de nulidad" *Aitken v. Stewart Wrightson Members' Agency*, [1953] 3 All ER 449, 481 (citando a Lord Potter).

⁸⁰[1951] App. Cas. 850 (apelación desde Inglaterra).

no actuaron con cuidado razonable para prevenir el accidente. Uno puede formularlo como ‘cuidado razonable’ o ‘cuidado ordinario’ o ‘cuidado apropiado’—todas estas frases se encuentran en las decisiones judiciales—pero el hecho sigue siendo que, a menos de que haya habido algo que una persona razonable habría criticado por no satisfacer los estándares de conducta que él hubiera seguido o le habría exigido a su vecino, no ha habido violación de un deber jurídico. Y aquí, a mi juicio, el argumento del apelado falla. Me parece que una persona razonable, tomando en consideración las posibilidades de un accidente, no se habría sentido obligado a dejar de usar la cancha para jugar cricket o a aumentar la altura de las cercas a su alrededor. Él habría hecho lo que los apelantes hicieron: en otras palabras, nada⁸¹.

Aquí debemos poner, a un lado, el valor (implícito) que se asigna al juego inglés tradicional de cricket, el costo de cercar la cancha, y el bajo riesgo de que una persona sea golpeada y al otro, el valor de seguridad personal contra daños corporales. La *House of Lords* concluyó que los primeros pesaban más que el segundo. El demandante había alegado que el demandado no había tomado todas las precauciones—pero esto fue evaluado como razonable cuando se consideraron los otros valores en cuestión. Similarmente, se considera que el nivel de riesgo razonable es mayor cuando los riesgos son asumidos en situaciones de emergencia que cuando lo son en situaciones de normalidad. Si uno está tratando de salvar vidas, uno puede razonablemente tener que asumir riesgos bastante altos para hacerlo.

En todos esos casos, es una parte la que debe probar la falta de razonabilidad e identificar la supuesta falta de cuidado razonable. Pero entonces la otra parte responde esto mostrando la dificultad o inconveniencia o el costo excesivo, en términos de valores relevantes, de lo que se alega debería haber hecho. Es en este proceso de responder una alegación de no haber hecho lo que era razonable hacer que las partes recurren a la pluralidad de fundamentos cooperando variadamente de la que hablaba Wisdom.

Lo mismo se aplica en otras esferas, como las relacionadas con la propiedad o los contratos. Hemos visto cómo en *American Book Co.* el juez Greenfield sostuvo que los criterios cuyo uso era razonable para negar una autorización a un subarrendador debían ser ‘objetivos’⁸². En estos términos, era fatal para las pretensiones del arrendador, dados los hechos particulares del caso, que el subarrendatario propuesto satisfacía todos los criterios objetivos considerados. El fundamento sustantivo de la objeción, la hostilidad subjetiva del arrendador hacia las actividades del subarrendatario a favor de métodos de planificación familiar, fue desechado como una objeción no-razonable.

Podemos encontrar un razonamiento similar en casos de contratos tendientes a restringir la libre competencia. De acuerdo al *common law*, las cláusulas contractuales que restringen la libertad de una persona para comerciar como quiera son ilegales excepto cuando ellas constituyen una protección razonable para la contraparte y son también razonables desde el punto de vista del interés público. En *Dumbarton Steamboat Co. v. MacFarlane*⁸³ los demandantes habían comprado el negocio de transporte del demandado y su socio, que serían contratados como empleados del

⁸¹*Id.* p. 868. Para una crítica a esta línea de argumentación, sobre la base de que el club de cricket y otros clubes de cricket tendrían que contratar un seguro, no construir nuevas o más altas cercas, si la decisión hubiera sido la contraria, véase P. S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law*, 1970, pp. 467-469. La edición más reciente de este libro no se refiere a este punto (véase Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 5ª edición, 1993), pero mantiene la discusión de la necesidad de pesar valores rivales; véase *id.* p. 35. Véase también *id.* p. 150 (sugiriendo que puede haber responsabilidad sin negligencia).

⁸²Véase *supra* el texto que acompaña a las notas 53-57.

⁸³1 Fr. 93 (1899).

demandante y que se obligaron a buscar para la compañía los beneficios de lo que había sido su propio negocio y a no “iniciar o involucrarse en ningún negocio separado de esa especie o de una especie similar en el Reino Unido” por un período de 10 años⁸⁴. Tres años después de firmar el contrato el demandado fue despedido por la compañía y comenzó un nuevo negocio como transportista en el área de Dumbarton⁸⁵. Se probó que en ese nuevo negocio él había contactado activamente varios de sus antiguos clientes y de la compañía, en violación de sus obligaciones contractuales. Sobre esta base, se les reconoció a los demandantes una acción para impedir que el demandado violara una cláusula contractual perfectamente razonable en el contexto de la venta de una compañía y su clientela⁸⁶. Pero en relación con otro de los puntos en discusión, Lord Moncrieff sostuvo que

Como el negocio que fue vendido por el demandado era de un carácter muy limitado, la restricción que le impide continuar el negocio de transportista en cualquier parte del Reino Unido, por remota que sea de la zona y del comercio de Dumbarton es excesiva, y no debe producir efecto alguno⁸⁷.

En los casos matrimoniales, donde uno de los fundamentos modernos para el divorcio es que “el demandado se ha comportado de tal manera que no se pueda razonablemente esperar que el solicitante continúe viviendo con el demandante”⁸⁸ los criterios de qué es lo razonable, como vimos anteriormente, son subjetivos más que objetivos. Pero hay un problema de pesar la evidencia, y de determinar si las cosas hechas por uno al otro van más allá de lo que esta persona con su carácter puede razonablemente aceptar. Para este propósito, el solicitante debe establecer que en la conducta del otro cónyuge ha habido algo que a él le parece seriamente objetable. En consecuencia el argumento del marido solicitante en *Pheasant v. Pheasant* era necesariamente insuficiente, como resulta del resumen del caso hecho por el juez Ormrod:

El marido no probó [...] nada que podría ser considerado una crítica seria de la conducta de la esposa. Su argumento simplemente fue que ella no había sido capaz de darle el afecto espontáneo y demostrativo que él cree que su naturaleza requiere y que él ansía. En estas circunstancias él dice que es imposible para él continuar viviendo con su mujer, y que en consecuencia no puede esperarse razonablemente que él continúe viviendo con ella⁸⁹.

Hay un contraste agudo entre este caso y *O'Neill v. O'Neill*⁹⁰. Después de 18 años de una vida matrimonial más bien nómada (el marido era un piloto aéreo que debió jubilarse por razones médicas) los O'Neill compraron un departamento para vivir. Por dos años el marido trabajó solo para remodelar el departamento, un proceso que incluyó el remoción de la puerta del excusado y de casi todo el suelo de la casa. Su mujer consideró esto intolerable debido a la pérdida de privacidad y a la imposibilidad de recibir huéspedes en la casa. Al final ella se fue con los dos hijos del matrimonio. El marido respondió escribiéndole una carta en que cuestionaba la legitimidad de los hijos. Ella solicitó el divorcio sobre la base de que el comportamiento de él había sido tal que no podía razonablemente

⁸⁴*Id.* p. 994.

⁸⁵Véase *id.*

⁸⁶Véase *id.* p. 995.

⁸⁷*Id.* p. 998.

⁸⁸*Matrimonial Causes Act*, 1973, cap. 18, § 1(2)(b); *Divorce (Scotland) Act*, 1976, cap. 39, § 1(2)(b).

⁸⁹[1972] 1 All ER 587, 588.

⁹⁰[1975] 3 All ER 289.

esperarse de ella que continuara viviendo con él. El marido argumentó que la objeción de ella era a su carácter más que a su conducta, pero la *Court of Appeals* rechazó este argumento. Como una mujer que había deseado por largo tiempo una casa con vecinos y amigos, la señora O'Neill tenía mucho que objetar a la conducta de su marido en la renovación de la casa, a lo cual se sumó el acto inaceptable del marido de sugerir la ilegitimidad de los hijos. Lo que estaba en cuestión era si en la conducta de un cónyuge ha habido algo objetable para el otro, algo que es más de lo que puede ser razonable tolerar. Si esto es o no el caso es algo que debe ser decidido a la luz de las consideraciones formuladas por ese otro.

Esta es, es resumen, la dialéctica del debate sobre lo razonable. Comenzando por un punto de vista, probablemente una visión abierta o no exclusiva sobre los criterios o factores relevantes para un tópico dado, debe formularse un argumento para mostrar una o más fallas bajo esos criterios o factores. Corresponde a la otra parte entonces responder a esa supuesta falla haciendo referencia a valores positivos bajo los mismos u otros criterios o factores. En este sentido el juicio definitivo es alcanzado por la vía de 'pesar' o 'balancear' razones o factores para decidir si, todas las cosas consideradas, ellos constituían no solamente buenas razones en sí mismas para lo que se hizo, sino razones suficientes o adecuadas para actuar así incluso en la presencia de los factores adversos identificados.

Puede parecer poco satisfactorio que al final, incluso después de examinar, o al menos indicar, un conjunto más o menos aleatorio de ejemplos de decisiones de esa naturaleza en varias áreas del derecho que tienen diferentes énfasis, debemos conformarnos con la metáfora de 'pesar' o 'balancear' razones a favor y en contra. Porque esto es una metáfora. Las razones no tienen peso como los objetos materiales. Decir que una razón para la acción o factores o valores que se aplican a una acción 'pesan más que' otros es casi reformular el problema inicial y no resolverlo. En el mejor de los casos podemos adscribir mayor o menor peso a algunas razones o factores sobre otros, y la cuestión entonces es cuáles son nuestros fundamentos para hacer esa adscripción.

Quizás la mejor manera de enfrentar esta objeción es referirse a las consideraciones anteriores sobre los aspectos 'procesales' del razonamiento jurídico. Lo que se requiere es atención a, y deliberación sobre, la importancia relativa de los diferentes factores que afectan el juicio en cualquier caso dado. ¿Dónde yace esta importancia relativa? Una cuestión importante es cuánto se preocupan las personas por una cosa más que por otra, y ciertamente no hay razón alguna para dejar afuera nuestros sentidos y sentimientos, ni la configuración psicológica de personas reales⁹¹. Pero para llevar las reflexiones más allá del sentimiento crudo, dentro del ámbito de lo razonable uno necesita algo como el "espectador imparcial" de Adam Smith, mencionado más arriba⁹². Una medida que indica como 'pesar' valores o factores se encuentra en la respuesta simpática o empática del deliberador a los sentimientos de las personas involucradas, después de hacer los ajustes requeridos por la idea de imparcialidad y la información adecuada. Si esto es así, habrá para cada uno de nosotros un elemento subjetivo incluso en nuestros mejores esfuerzos de alcanzar la

⁹¹El artículo de Heidi Li Feldman es importante y original. Véase Feldman, *supra* nota 17. Ella destaca la importancia de los estudios empíricos de psicología de Daniel Kahneman y otros que muestran cómo la construcción de 'hombre razonable' tiene raíces en las actitudes de la gente ordinaria hacia el riesgo y la asunción de riesgos, y por qué esto difiere de las hipótesis incorporadas en la teoría del *rational choice*. Feldman está ahora embarcada en un proyecto 'ético-psicológico' que pretende dar un contenido más preciso a los componentes descriptivos y evaluativos de lo 'razonable'. Aunque este artículo es considerablemente más largo en ética y más corto en psicología, estoy seguro de que Feldman está en lo correcto cuando enfatiza la necesidad de incorporar descubrimientos como los de Kahneman.

⁹²Véase Smith, *supra* nota 17 y el texto que la acompaña.

objetividad pura. Sospecho que esta conclusión meramente reproduce la de Kent Greenawalt.