

340.1
H 325

//
HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

WELBINGTON

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Título del original
THE CONCEPT OF LAW
Oxford University Press, 1961

La presente traducción de The Concept of Law
se publica en virtud de un acuerdo con
The Clarendon Press Oxford

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0089-7

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

A. J. H.

1000

1000

1000

LA FERRON CASTILLO

1000	1000	1000	1000
1000	1000	1000	1000
1000	1000	1000	1000
1000	1000	1000	1000
1000	1000	1000	1000

lo que no pudiese en la tra m.

H. E. A. Hain

de 1961

PREFACIO A LA EDICION CASTELLANA

*Constituye una satisfacción muy grande para mí el hecho de que mi libro *The Concept of Law* esté ahora al alcance de los lectores de habla española, y en una traducción que, según mi modo de ver, reúne todo lo que debe ser una traducción. Lamento no poder escribir en español, pero puedo leerlo lo suficientemente bien como para darme cuenta de que el Dr. Genaro R. Carrió ha cumplido su tarea con rara destreza y gran comprensión. Ha superado algunos obstáculos muy serios. La terminología del derecho y de la filosofía jurídica ingleses contiene muchas expresiones que carecen de equivalentes simples en español; porque las palabras de cada uno de esos idiomas están con frecuencia cargadas de una teoría jurídica extraña al otro y llevan en sí implicaciones diferentes. Por añadidura, al escribir mi libro creí necesario, para destacar aspectos del derecho previamente desatendidos, inventar o usar expresiones que no son familiares ni siquiera para los juristas ingleses. Nada de esto, empero, ha impedido que el Dr. Carrió comprendiera lo que quise decir, por lo menos tan bien como lo comprendo yo. Le agradezco la laboriosidad y el cuidado que ha puesto en la traducción.*

Oxford, marzo de 1963.

H. L. A. HART

PRELACIO A LA EDICION CAS

Country
que no
lectora
modo
to no
mente
Carric
sion I
de
ven
las

to
nanc
de h

Orford, marzo de 1903.

PREFACIO A LA EDICION INGLESA

En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien está primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero que sea también útil a aquellos que se interesan principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho. El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (analytical jurisprudence), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Además, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos. Así, por ejemplo, he considerado cómo "verse obligado" difiere de "tener una obligación"; cómo el enunciado de que una regla es una norma jurídica válida difiere de una predicción de la conducta de los funcionarios; qué es lo que quiere decir la aserción de que un grupo social observa una regla y cómo difiere de la aserción de que sus miembros hacen habitualmente ciertas cosas y cómo se asemeja a ella. Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales.

A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados

de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. En este campo de estudio es particularmente verdad, como decía el Profesor J. L. Austin, que podemos usar "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos".

Es obvio que tengo una enorme deuda frente a otros autores; en verdad buena parte del libro se ocupa de las deficiencias de un modelo simple de sistema jurídico, construido según las líneas de la teoría imperativa de Austin. Pero en el texto el lector encontrará muy pocas referencias a otros autores y muy pocas notas de pie de página. En lugar de ello hallará, al final del libro, notas extensas para ser leídas después de cada capítulo; allí se relacionan las opiniones expresadas en el texto con las de mis predecesores y mis contemporáneos, y se formulan sugerencias sobre las maneras en que se puede proseguir el razonamiento en los trabajos de ellos. He adoptado este criterio, en parte porque la línea de argumento del libro es continua, y su continuidad quedaría interrumpida por la comparación con otras teorías. Pero también he tenido en mira un propósito pedagógico: confío en que esta estructura puede desalentar la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros. Mientras esta creencia persista entre los autores, poco progresará nuestra disciplina, y mientras persista entre los lectores, el valor educativo de aquella seguirá siendo muy escaso.

He sido deudor durante demasiado tiempo de demasiados amigos para ser capaz ahora de señalar todas mis obligaciones. Pero tengo que reconocer una deuda especial frente a A. M. Honoré, cuya crítica detallada puso de manifiesto muchas confusiones de pensamiento e ineptitudes de estilo. He tratado de eliminarlas, pero temo que ha quedado mucho que él no aprobaría. A conversaciones con G. A. Paul debo lo que pueda haber de

valor en la filosofía política de este libro y en la interpretación del derecho natural que en él hago; tengo que agradecerle también el haber leído las pruebas. Me siento también muy agradecido a Rupert Cross y P. F. Strawson, que leyeron el texto, por su beneficioso consejo y crítica.

H. L. A. HART

Oxford, febrero de 1961.

.....	2
.....	7
.....	16
.....	1

INDICE GENERAL

J. XI

I. PREGUNTAS PERSISTENTES	1
1. Perplejidades de la teoría jurídica	1
2. Tres problemas recurrentes	7
3. Definición	16
II. NORMAS JURIDICAS, MANDATOS Y ORDENES	23
1. Variedades de imperativos	23
2. El derecho como órdenes coercitivas	26
III. LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURIDICAS	33
1. El contenido de las normas jurídicas	34
2. El ámbito de aplicación	53
3. Modos de origen	56
IV. SOBERANO Y SUBDITO	63
1. El hábito de obediencia y la continuidad del derecho	64
2. La persistencia del derecho	77
3. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa	82
4. El soberano detrás de la legislatura	89
V. EL DERECHO COMO UNION DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS	99
1. Un nuevo punto de partida	99
2. La idea de obligación	102
3. Los elementos del derecho	113
VI. LOS FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA JURIDICO	125
1. Regla de reconocimiento y validez jurídica	125
2. Nuevas preguntas	137
3. La patología de un sistema jurídico	146
VII. FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS ..	155
1. La textura abierta del derecho	155
2. Variedades de escepticismo ante las reglas	169
3. Definitividad e infalibilidad de la decisión judicial	176
4. Incertidumbre de la regla de reconocimiento	183

VIII. JUSTICIA Y MORAL	193
1. Principios de justicia	196
2. Obligación moral y jurídica	208
3. Ideales morales y crítica social	224
IX. LAS NORMAS JURIDICAS Y LA MORAL	229
1. Derecho Natural y positivismo jurídico	229
2. El contenido mínimo del Derecho Natural	239
3. Validez jurídica y valor moral	247
X. DERECHO INTERNACIONAL	263
1. Fuentes de dudas	263
2. Obligaciones y sanciones	266
3. La idea de obligación y la soberanía de los estados	272
4. El derecho internacional y la moral	279
5. Analogías de forma y de contenido	286
NOTAS	292
INDICE ALFABETICO	327

IV
 III
 II
 I
 IV

CAPÍTULO VII

FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

1. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.

Dos recursos principales, a primera vista muy diferentes entre sí, han sido utilizados para comunicar tales pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Uno de ellos hace un uso máximo, y el otro un uso mínimo, de las palabras clasificadoras generales. El primero es tipificado por lo que llamamos legislación, y el segundo por el precedente. Podemos ver sus características distintivas en los siguientes casos simples, no jurídicos. Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: "Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia". Otro padre, descubriéndose al

entrar a la iglesia, dice a su hijo: "Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones".

La comunicación o enseñanza por el ejemplo de pautas o criterios de conducta puede asumir formas diferentes, mucho más complicadas que nuestro simple caso. Este se asemejaría más al uso jurídico del precedente si el padre, en lugar de decirle al niño, en la ocasión particular, que como ejemplo del obrar correcto observe lo que él hace al entrar a la iglesia, diera por sentado que el muchacho lo considera una autoridad en materia de conducta apropiada, y que lo observará para aprender la manera de comportarse. Para aproximarnos más al uso jurídico del precedente, debemos suponer que el padre se concibe a sí mismo, y es concebido por los demás, como adhiriendo a pautas tradicionales de conducta, y no como introduciendo pautas nuevas.

La comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, tales como "Haz lo que yo hago", puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar, incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira. ¿Hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Que lo hagamos lenta o rápidamente? ¿Que coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Que no volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia? Todas éstas son variantes de preguntas generales que el niño podría formularse: "¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta?". "¿Qué parte precisamente de su conducta ha de ser mi guía?" Al comprender el ejemplo, el niño repara en algunos de sus aspectos más que en otros. En ello es orientado por el sentido común y por el conocimiento del tipo general de cosas y propósitos que los adultos consideran importantes; también lo orienta su apreciación del carácter general de la ocasión (ir a la iglesia) y del tipo de conducta apropiado a ella.

En contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta me-

diante formas generales explícitas del lenguaje ("Todo hombre debe quitarse el sombrero al entrar a la iglesia") parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto. Para saber qué hacer en otras ocasiones el niño ya no tiene necesidad de adivinar la intención ajena ni qué es lo que los demás aprobarán; no necesita especular sobre qué aspectos de su conducta deben parecerse al ejemplo para que ella sea correcta. En lugar de ello, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que "subsumir" hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son

claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de "interpretación" no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden —y en eso no difieren de otras reglas— proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas.

En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en

práctica al determinar cuál es la acción correcta. Pareciera ahora que, por el contrario, el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio. Este puede ser usado de manera muy análoga a un precedente, si bien el lenguaje de la regla circunscribirá las características dignas de atención en forma más permanente y más próxima que aquél. Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestiona las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible

textura abierta. Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".

Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en

mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.

Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido

por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla.

Este proceso se consuma en "el paraíso de los conceptos" de los juristas; se llega a él cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico. Aquí no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta.

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles

cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy poco límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Para sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.

A veces se advierte desde un comienzo 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. En consecuencia, para regular tal esfera la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos. Así la legislatura puede exigir de una industria que no se aparte de ciertos *standards*: cobrar una *tarifa o precio justo* o proveer *sistemas seguros* de trabajo. En lugar de dejar que las diferentes empresas apliquen estos *standards* vagos por sí mismas, con el peligro de que *ex post facto* se determine que los han violado, puede entenderse que es mejor no castigar las violaciones hasta que el órgano o cuerpo administrativo haya dictado reglas que especifiquen qué es lo que ha de entenderse, para una industria determinada, por "tarifa o precio justo" o "sistema seguro". El ejercicio de esta potestad de elaborar reglas puede supeditarse a algo semejante a una investigación judicial de los hechos relativos a la industria de que se trata, y a la celebración de una audiencia para oír argumentos en pro y en contra de una determinada forma de regulación.

Por supuesto, aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es, o no es, una "tarifa o precio justo" o un "sistema seguro". Así, en un extremo del campo infinitamente variado de casos habrá una tarifa tan alta que equivaldrá a una exacción al público por un servicio vital, al par que dará a los empresarios altísimas utilidades; en el otro extremo habrá una tarifa tan baja que no ofrecerá un incentivo para llevar adelante la empresa. De maneras diferentes, en uno y otro caso se frustraría cualquier propósito que pudiéramos tener al regular las tarifas. Pero estos no son más que los extremos de un campo de factores diferentes, y no es probable que se presenten en la práctica; en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención. Las combinaciones anticipables de factores relevantes son pocas, y esto da una relativa indeterminación a nuestro propósito inicial de lograr una tarifa justa o un sistema seguro, e impone la necesidad de una nueva decisión oficial. En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Se usa una segunda técnica semejante cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común. Aquí los juicios comunes sobre lo que es "razonable" pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se les exige que se adecúen a un *standard* variable *antes* de que haya

sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el *standard* que ellos deben observar. Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del *standard* variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias.

El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho anglo-americano es el uso del *standard* de *due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones civiles, y con menos frecuencia sanciones penales, a quienes omiten poner un cuidado razonable para no causar daños físicos a otros. Pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? Podemos, por supuesto, citar ejemplos típicos de debido cuidado: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tránsito. Pero todos sabemos que las situaciones en que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que muchas otras acciones se exigen además de "detenerse, observar y escuchar", o en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standards* de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. No es mucho lo que se sacrifica deteniéndose, observando y escuchando, salvo, naturalmente, que se esté transportando al hospital a un hombre con una hemorragia que pone en peligro su vida. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los ca-

sos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida.

La consideración de estas dos técnicas pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio* no mediante un *standard* variable sino mediante reglas, que exigen acciones específicas y que sólo presentan una periferia de textura abierta. Esas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar, que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente. El ejemplo más tosco de esto es el asesinato de un ser humano. Aunque las circunstancias en que los seres humanos matan a otros son muy variadas, estamos en situación de formular una regla contra el asesinato en lugar de establecer un *standard* variable ("debido respeto por la vida humana"): esto es así porque son muy pocos los factores que se presentan ante nuestros ojos con título para justificar que reexaminemos nuestra valoración de la importancia de proteger la vida humana. Casi siempre el matar *domina*, por decir así, los otros factores que lo acompañan, de modo que cuando por adelantado prohibimos "matar" no estamos prejuzgando ciegamente acerca de cuestiones que requieren ser contrapesadas entre sí. Por supuesto que hay excepciones, factores que dominan al que es usualmente predominante. Está el matar en defensa propia, y otras formas de homicidio justificable. Pero ellas son pocas y pueden ser identificadas en términos relativamente simples; son admitidas como excepciones a una regla general.

Es importante advertir que el *status* dominante de alguna acción, suceso o estado de cosas fácilmente identificable, puede

ser, en cierto sentido, convencional o artificial, y no deberse a la importancia "natural" o "intrínseca" que tiene para nosotros como seres humanos. No importa qué dirección o mano prescribe para el tránsito la ordenanza respectiva, ni (dentro de ciertos límites), qué formalidades se exigen para transferir una propiedad; pero importa mucho que exista un procedimiento fácilmente identificable y uniforme y que, por virtud de ello, esté claramente deslindado lo que está bien y lo que está mal en estas cuestiones. Cuando tal deslinde ha sido introducido por el derecho la importancia de adherir a él es, con pocas excepciones, principalísima; porque muy pocas circunstancias concomitantes pueden tener más peso, y las que lo tienen, pueden ser fácilmente identificables como excepciones y reglamentadas. El derecho inglés de la propiedad inmobiliaria ilustra muy claramente este aspecto de las reglas.

La comunicación de reglas generales mediante ejemplos revestidos de autoridad trae consigo, como hemos visto, indeterminaciones de un tipo más complejo. El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferentes sistemas, y aún en el mismo sistema en distintas épocas. Las descripciones de la "teoría" inglesa del precedente son todavía, en ciertos puntos, altamente debatidas: en realidad incluso los términos claves usados en la teoría: "*ratio decidendi*", "hechos relevantes", "interpretación", tienen su propia penumbra de incertidumbre. No ofreceremos una nueva descripción general, sino que nos limitaremos a un intento de caracterizar en forma breve, tal como lo hicimos con la ley, el área de textura abierta y la actividad judicial creadora que se da dentro de ella.

Cualquier descripción honesta del uso del precedente en el derecho inglés tiene que tomar en cuenta los siguientes pares de hechos opuestos. *Primero*, no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad. A pesar de esto, en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto. En *segundo lugar*, ninguna formulación de una regla que tiene que ser

extraída de los casos puede pretender ser la única correcta. Por otra parte, cuando el impacto de un precedente sobre un caso posterior está en disputa, existe a menudo acuerdo general en el sentido de que una determinada formulación es adecuada. En tercer lugar, cualquiera sea el *status* de autoridad que una regla extraída del precedente pueda tener, es compatible con el ejercicio por los tribunales, que están limitados por ella, de los dos tipos siguientes de actividad creadora o legislativa. Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. Este proceso de "distinguir" el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla. A pesar de estas dos formas de actividad legislativa, que la fuerza obligatoria del precedente deja abiertas, la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuales, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley. Ahora ellas sólo pueden ser modificadas por ley, como los jueces mismos lo declaran a menudo en aquellos casos cuyos "méritos" parecen contradecir las exigencias de los precedentes establecidos.

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las

aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la "intención del legislador" y el derecho que ya existe.

2. VARIEDADES DE ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Hemos examinado con algún detenimiento la textura abierta del derecho porque es importante apreciar esta característica en una justa perspectiva. Si no se procede así, ella provocará siempre exageraciones que oscurecerán otras características del derecho. En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales. Estas son reglas cuya aplicación

puede ser hecha por los individuos mismos en caso tras caso, sin recurrir a las directivas o a la discreción oficial.

Puede parecer extraño que la afirmación de que las reglas tienen un papel central en la estructura de un sistema jurídico haya sido seriamente puesta en duda alguna vez. Sin embargo, "el escepticismo ante las reglas", o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas. Expresada en forma general, tanto respecto de las reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, como hemos visto, la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones. En una comunidad de personas que entendieran las nociones de decisión y de predicción de una decisión, pero no la de regla, faltaría la idea de decisión *con autoridad* y, con ella, la idea de tribunal. Sería imposible distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal. Podríamos tratar de suplir, con la idea de "obediencia habitual", las deficiencias que presenta la predecibilidad de la decisión para servir de fundamento a la jurisdicción con autoridad implicada en la idea de tribunal. Pero si hacemos esto, nos encontraremos con que la noción de hábito adolece, a estos fines, de todas las insuficiencias que se pusieron de manifiesto en el capítulo IV, cuando la consideramos como candidato a reemplazar la noción de regla que confiere potestades legislativas.

En algunas versiones más moderadas de la teoría, se concede que para que haya tribunales tiene que haber reglas jurídicas que los constituyan, y que éstas en consecuencia no pueden ser a su vez simples predicciones de las decisiones de los tribunales. Sin embargo es poco lo que en realidad se avanza si la concesión se limita a eso. Porque es una afirmación caracterís-

tica de este tipo de teoría que las leyes no son derecho sino únicamente fuentes de derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, y esto es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales. Tiene que haber también reglas secundarias que confieren potestades legislativas a sucesiones cambiantes de individuos. Porque la teoría no niega que haya leyes; en verdad las califica de meras "fuentes" de derecho, y se limita a negar que las leyes son derecho mientras no sean aplicadas por los tribunales.

Aunque estas objeciones son importantes y, respecto de una forma no cauta de la teoría, bien fundadas, no se aplican a ella en todas las formas. Bien puede ser que el escepticismo ante las reglas nunca se haya propuesto negar la existencia de reglas secundarias que confieren potestad judicial o legislativa, y que nunca haya pretendido que se pudiera demostrar que dichas reglas no eran sino decisiones o predicciones de decisiones. Ciertamente, los ejemplos en los que este tipo de teoría se ha apoyado con más frecuencia están tomados de reglas primarias que imponen deberes o acuerdan derechos o potestades a particulares. Sin embargo, aunque supongamos que la negativa de que hay reglas, y la afirmación de que lo que llamamos reglas no son más que predicciones de las decisiones de los tribunales, quedan limitadas de esta manera, hay un sentido, por lo menos, en el cual son obviamente falsas. Porque no puede ponerse en duda que, por lo menos en relación con algunas esferas del comportamiento dentro de un estado moderno, los individuos exhiben toda la gama de conducta y actitudes que hemos llamado el punto de vista interno. Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás. Al usar las reglas jurídicas de esta manera norma-

tiva ellos presuponen sin duda que los jueces y otros funcionarios continuarán decidiendo y comportándose de ciertas maneras regulares, y por ello predecibles, de acuerdo con las reglas del sistema; pero es ciertamente un hecho observable de la vida social que los individuos no se limitan al punto de vista externo, esto es, a registrar y predecir las decisiones de los tribunales o la probable incidencia de las sanciones. En lugar de ello, constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho como guía de conducta. En el capítulo III hemos considerado en forma detenida la pretensión de que los términos normativos, tales como "obligación", no quieren decir más que una predicción de la conducta oficial. Si, como hemos sostenido, esa pretensión es falsa, las reglas jurídicas funcionan como tales en la vida social: ellas son *usadas* como reglas, no como descripciones de hábitos o como predicciones. Sin duda que son reglas con una textura abierta, y que en los puntos en que la textura es abierta los individuos sólo pueden predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.

El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, al conceder todas las objeciones que hemos destacado, dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u "obligados" a decidir casos en la forma que lo hacen. Ellos pueden actuar con una regularidad y uniformidad suficientemente predecibles como para permitir que los demás, a lo largo de períodos prolongados, vivan de acuerdo con las decisiones de los tribunales consideradas como reglas. Es posible que los jueces incluso experimenten sentimientos de compulsión cuando deciden como lo hacen, y estos sentimientos también pueden ser predecibles; pero más allá de esto nada hay que pueda caracterizarse como una regla observada por ellos. Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, na-

da hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas.

Esta versión de la teoría se apoya en una variedad de consideraciones de peso muy diferente. El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que el desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar que "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos"¹.

Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que nos hallamos ante el siguiente dilema: "O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles". Este, sin embargo, es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una

¹ Llewellyn, *The Bramble Bush* (2ª edición), pág. 9.

cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión "a menos que..." sigue siendo una regla.

A veces se niega la existencia de reglas obligatorias para los tribunales, porque la cuestión de si al actuar de cierta manera manifestamos con ello la aceptación de una regla que nos exige actuar así, es confundida con cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. Suele ocurrir que cuando alguien acepta una regla como obligatoria y como algo que él y los demás no son libres de cambiar, aquél puede ver en forma totalmente intuitiva lo que la regla exige en una situación dada, y realizar el acto requerido sin pensar primero en la regla y en lo que ella exige. Cuando movemos una pieza de ajedrez de acuerdo con las reglas, o nos detenemos ante una señal de tránsito, nuestra conducta concorde con la regla es con frecuencia una respuesta directa a la situación, que no presupone un paso intermedio o un cálculo en términos de las reglas. La prueba de que tales acciones son aplicaciones genuinas de la regla es su ubicación respecto de ciertas circunstancias. Algunas de estas circunstancias preceden la acción particular y otras son posteriores; y algunas de ellas únicamente son expresables en términos generales e hipotéticos. El más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que si nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica a las desviaciones propias y ajenas. En base a esta evidencia o a una similar, podemos ciertamente concluir que si antes de nuestro "impensado" cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre

tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella. Distinguiríamos así la movida del jugador de ajedrez adulto como un acto conforme a una regla aceptada, de la acción del niño que simplemente empuja la pieza al lugar correcto.

Esto no significa negar que la simulación sea posible y a veces exitosa. Los métodos de comprobación para determinar si una persona ha simulado *ex post facto* que actuó de acuerdo a una regla son, como todos los métodos de comprobación empíricos, inherentemente falibles, pero no lo son en forma inveterada. Es posible que en una determinada sociedad los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva, o "por palpitos", y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso occurrente; podrían pretender entonces que esa era la regla que a su entender imponía la decisión dictada, aunque nada más en sus acciones o palabras sugiriera que la consideraron como una regla obligatoria. Algunas decisiones judiciales pueden ser dictadas así, pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas, como ocurre con las movidas del jugador de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso occurrente es generalmente reconocida.

La última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas no se funda en el carácter abierto de las normas jurídicas ni en el carácter intuitivo de muchas decisiones; se funda en el hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final. Esta forma de la teoría, de la que nos ocuparemos en el apartado próximo, está implícita en la famosa frase del obispo Hoadly, que Gray tanto repite en *The Nature and Sources of Law*, "Ahora bien, quien tiene una autoridad absoluta

para interpretar las normas, escritas o no, ése es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por vez primera las escribió o enunció”.

3. DEFINITIVIDAD E INFALIBILIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se “equivocó” carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, están de algún modo sometidos a reglas: “El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es”.

Las características más interesantes e instructivas de esta forma de la teoría son su aprovechamiento de la ambigüedad de enunciados tales como “el derecho (o la constitución) es lo que los tribunales dicen que es”, y la explicación que ella tiene que dar, para ser consistente, de la relación que existe entre los enunciados de derecho no oficiales y los enunciados oficiales de un tribunal. Para entender aquella ambigüedad, consideraremos su análogo en el caso de un juego. Muchos juegos competitivos se juegan sin un tanteador (*scorer*) oficial: a pesar de sus intereses en conflicto, los jugadores consiguen aplicar aceptablemente bien la regla de tanteo (*scoring rule*) a los casos particulares; por lo común sus juicios concuerdan, y las disputas que quedan sin solución pueden ser pocas. Antes que se instituya un tanteador oficial, el enunciado que sobre el número de tantos convertidos (*score*) hace un jugador, si es honesto, representa un esfuerzo para apreciar la marcha del juego con referencia a la particular regla de tanteo aceptada en el mismo. Tales enunciados sobre el

número de tantos convertidos (*score*) son enunciados internos que aplican la regla de tanteo y, si bien presuponen que los jugadores observarán en general las reglas y objetarán su violación, no son enunciados ni predicciones de estos hechos.

Al igual que los cambios que se operan al pasar de un régimen consuetudinario a un sistema jurídico maduro, la introducción en el juego de reglas secundarias que instituyen un tanteador cuyas resoluciones son definitivas, aporta al sistema un nuevo tipo de enunciado interno; porque a diferencia de los enunciados de los jugadores respecto del número de tantos convertidos (*score*), las determinaciones del tanteador tienen asignado, por virtud de reglas secundarias, un *status* que las hace indiscutibles. En este sentido es verdad que, a los fines del juego, "el *score* es lo que el tanteador dice que es". Pero es importante ver que la regla de tanteo continúa siendo lo que era antes, y que es deber del tanteador aplicarla lo mejor posible. La proposición "el *score* es lo que el tanteador dice que es" sería falsa si se quisiera decir con ella que no hay regla para el tanteo, salvo la que el tanteador, en su arbitrio, elige aplicar. Podría haber ciertamente un juego con tal regla, y en alguna medida podría ser divertido jugarlo si el arbitrio del tanteador se ejerciera con cierta regularidad; pero se trataría de un juego diferente. Podríamos llamarlo el juego del "arbitrio del tanteador".

Es obvio que las ventajas que trae aparejadas un tanteador en materia de solución rápida y definitiva de las disputas, se adquieren a cierto precio. La institución de un tanteador puede colocar a los jugadores en una situación difícil: el deseo de que el juego sea regulado, como antes, por la regla de tanteo, puede entrar en conflicto con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad definitiva. El tanteador puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla de tanteo en la mejor forma posible. Por cualquiera de esas razones puede decidir que se ha convertido un tanto cuando no ha ocurrido ningún hecho que justifique tal decisión. Es posible adoptar provisiones para corregir sus fallos mediante apelación a alguna autoridad superior:

pero esto tiene que terminar alguna vez en una decisión con autoridad definitiva, que será dictada por seres humanos falibles, y llevará así consigo el mismo riesgo de error honesto, abuso o violación. Es imposible proveer mediante reglas a la corrección de las infracciones a todas las reglas.

Los riesgos inherentes en la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo, pueden materializarse en cualquier esfera. Los que pueden materializarse en la humilde esfera de un juego son dignos de consideración, puesto que muestran, de una manera particularmente clara, que algunas inferencias extraídas por los escépticos ante las reglas pasan por alto ciertas distinciones que son indispensables para comprender aquella forma de autoridad dondequiera se aplique. Cuando se crea o establece un tanteador oficial, y sus determinaciones se aceptan como definitivas, los enunciados que sobre el número de tantos convertidos (*score*) formulan los jugadores u otros particulares no tienen *status* dentro del juego; son irrelevantes desde el punto de vista del resultado. Si coinciden con lo que dice el tanteador, tanto mejor; si no coinciden, no cuentan para nada en la determinación del resultado. Pero estos hechos muy obvios serían desfigurados si a los enunciados de los jugadores se los calificara de predicciones de las decisiones del tanteador, y sería absurdo sostener que se prescinde de ellos cuando discrepan con esas decisiones porque resultan ser predicciones falsas de las mismas. Después de la introducción de un tanteador oficial, cuando el jugador formula sus enunciados propios sobre el número de tantos convertidos (*score*), sigue haciendo lo mismo que hacía antes: a saber, determina la marcha del juego de la mejor forma posible, por referencia a la regla de tanteo. El tanteador hace eso mismo, en la medida en que cumple con los deberes propios de su posición. La diferencia entre ellos no consiste en que uno predice lo que el otro dirá, sino en que los enunciados de los jugadores son aplicaciones no oficiales de la regla de tanteo, y por ello carecen de significación para computar el resultado; mientras que los enunciados del tanteador tienen autoridad y son definitivos. Es importante observar que si el juego fuera "el arbitrio

del tanteador" la relación entre los enunciados no oficiales y los enunciados oficiales sería necesariamente distinta: los enunciados de los jugadores no sólo *serían* una predicción de las decisiones del tanteador, sino que además *no podrían* ser otra cosa. Porque en tal caso "el *score* es lo que tanteador dice que es" sería la regla de tanteo; no habría la posibilidad de que los enunciados de los jugadores fueran versiones meramente no oficiales de lo que el tanteador hace oficialmente. En tal caso las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido; porque respecto de nada podría "acertar" o "equivocarse". Pero en un juego común "el *score* es lo que el tanteador dice que es" no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos.

La segunda enseñanza que podemos extraer de este ejemplo de decisión con autoridad toca cuestiones más fundamentales. Podemos distinguir entre un juego normal y el juego del "arbitrio del tanteador" simplemente porque la regla de tanteo del primero aunque presenta, como otras reglas, su área de textura abierta donde el tanteador tiene que ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado establecido. Es de este núcleo que el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: tanto para el jugador, cuando formula sus enunciados no oficiales sobre el número de tantos realizados (*score*), como para el tanteador en sus decisiones oficiales. Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho.

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren abe-

rraciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es *cricket* o *baseball*. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego. No se trata ya de *cricket* o *baseball* sino de "el arbitrio del tanteador"; porque es una característica definitoria de esos otros juegos que, en general, sus resultados deben determinarse de la manera exigida por el significado obvio de la regla, cualquiera sea la latitud que su textura abierta pueda permitir al tanteador. En algunas condiciones imaginables podríamos decir que lo que se jugó fue en verdad "el arbitrio del tanteador", pero el hecho de que en todos los juegos las decisiones del tanteador son definitivas no significa que todos los juegos sean eso.

Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta al valorar la forma de escepticismo jurídico que se apoya en el *status* único que tiene la decisión de un tribunal en cuanto enunciado definitivo, con autoridad, de lo que es derecho en un caso particular. La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores, cuyas decisiones no son usadas como precedentes creadores de derecho. Cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos, como respecto de cuestiones que se hallan en sus márgenes discutibles, lo decidido subsiste mientras no sea modificado por la legislación; y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales también tienen la última palabra, dotada de autoridad. Sin embargo, siempre hay que distinguir entre una constitución que, tras establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que la Suprema Corte considere adecuada será derecho, y la constitución de los Estados Unidos o, en lo que a esto respecta, la constitución de cualquier estado moderno. La proposición, "la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es", si se la interpreta como que niega esta distinción, es una proposición falsa. En cualquier momento dado los jueces, incluso los de una Corte

Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema. Cuando un juez asume su cargo, así como cuando un tanteador asume el suyo, se encuentra con una regla, tal como la que dice que lo que la Reina en Parlamento dispone es derecho, que se halla establecida como una tradición y que es aceptada como el criterio o pauta para el desempeño de ese cargo. Esto circunscribe, aunque no anula, la actividad creadora de quienes lo ocupan. Es cierto que tales criterios o pautas no podrían seguir existiendo si la mayor parte de los jueces no les prestaran adhesión, porque su existencia en un momento dado simplemente consiste en su aceptación y uso como criterio o pauta de adjudicación correcta. Pero esto no hace que el juez que los usa sea el autor de ellos o, para emplear el lenguaje de Hoadly, el "legislador" competente para decidir a voluntad. La adhesión del juez es exigida para mantener los criterios o pautas, pero el juez no los crea.

Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites alguno a sus decisiones. Si la mayoría de sus fallos tuvieran ese carácter y fueran aceptados, ello importaría una transformación del sistema, paralela a la transformación de un juego de *cricket* en "el arbitrio del tanteador". Pero el hecho de que tales transformaciones sean posibles no demuestra que el sistema ya es lo que sería si la transformación tuviera lugar. Ninguna regla puede ser garantizada contra las transgresiones o el repudio, porque nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos las transgredan o repudien, y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá. Pero la existencia de reglas en un momento dado no requiere esas imposibles garantías contra

la destrucción. Decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección. Es lógicamente posible que los seres humanos pudieran violar todas sus promesas, sintiendo al principio, quizás, que eso es incorrecto, y más tarde sin experimentar tal sentimiento. La regla que obliga a cumplir las promesas dejaría entonces de existir; pero esto sería un magro fundamento para sostener que esa regla ya no existe y que las promesas no son realmente obligatorias. El paralelo argumento referente a los jueces, basado en la posibilidad de que maquinen la destrucción del sistema en vigor, no tiene más fuerza.

Antes de abandonar el tópico del escepticismo ante las reglas tenemos que decir una última palabra acerca de su tesis positiva de que las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales. Es obvio, y ha sido señalado a menudo, que cualquiera sea la verdad que pueda haber en esto, en el mejor de los casos sólo es aplicable a los enunciados de derecho arriesgados por los particulares o por sus asesores. No puede aplicarse a los enunciados de una regla jurídica hechos por los propios tribunales. Estos últimos enunciados o son un ropaje verbal para el ejercicio de una discreción ilimitada, como pretenden alguno de los "realistas" más extremos, o tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como un criterio o pauta de decisión correcta. Por otra parte, las predicciones de las decisiones judiciales innegablemente tienen un lugar importante en el derecho. Cuando llegamos al área de textura abierta, muy a menudo todo cuanto podemos

ofrecer con provecho como respuesta a la pregunta: "¿cuál es el derecho en esta materia?", es una predicción cautelosa de lo que harán los tribunales. Además, aun cuando lo que las reglas exigen sea claro, con frecuencia ello se puede expresar en la forma de una predicción de la decisión de los tribunales. Pero es importante advertir que predominantemente en el segundo caso, y en un grado variable en el primero, el fundamento de tal predicción es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción. De aquí que, en muchos casos, las predicciones de lo que harán los tribunales son como la predicción que podríamos hacer en el sentido de que los jugadores de ajedrez moverán el alfil en línea oblicua: ellas se basan en última instancia en una apreciación del aspecto no predictivo de las reglas, y del punto de vista interno de éstas como pautas o criterios de conducta aceptados por aquellos a quienes las predicciones se refieren. Este no es más que un aspecto adicional del hecho, ya subrayado en el capítulo V, de que, si bien la existencia de reglas en cualquier grupo social posibilita la predicción, y a menudo le da fuerza, no puede ser identificada con ella.

4. INCERTIDUMBRE DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamiento que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente. Pero hemos dicho bastante en este capítulo como para poder retomar, con provecho, el importante tema aludido al final del capítulo VI. Se trata de la incertidumbre no de reglas jurídicas particulares, sino de la regla de

reconocimiento y, con ello, del criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de derecho. La distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla como regla del sistema, no es siempre clara. Pero alcanza claridad máxima cuando las reglas son normas legislativas, con un texto revestido de autoridad. Las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera. A veces la eliminación de estas dudas únicamente exige interpretar otra regla de derecho que otorgó la potestad legislativa, y la validez de esta otra regla puede ser indudable. Tal sería el caso, por ejemplo, si estuviera en cuestión la validez de un precepto dictado por una autoridad subordinada, porque hay dudas respecto del significado de la ley del Parlamento que define las atribuciones legislativas de dicha autoridad. Este sería un caso de mera incertidumbre o textura abierta de una ley particular, y no suscitaría ninguna cuestión fundamental.

Hay que distinguir de tales cuestiones ordinarias aquellas que versan sobre la competencia jurídica de la propia legislatura suprema. Estas otras cuestiones se refieren a los criterios últimos de validez jurídica; y pueden surgir aun en un sistema jurídico como el inglés, en el que no hay una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura suprema. En la enorme mayoría de los casos la fórmula "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho" es una expresión adecuada de la regla sobre la competencia jurídica del Parlamento, y es aceptada como un criterio último para la identificación del derecho, por muy abiertas que se hallen en su periferia las reglas así identificadas. Pero pueden surgir dudas respecto del significado o alcance de aquella fórmula; podemos preguntarnos qué quiere decir "sancionado por el Parlamento" y las dudas que surjan pueden ser resueltas por los tribunales. ¿Qué inferencia cabe extraer, respecto de la posición que ocupan los tribunales en un sistema jurídico, del hecho de que la regla última de éste puede ofrecer dudas y éstas ser resueltas por aquéllos? ¿Se hace necesario, en

vista de esta circunstancia, modificar de algún modo la tesis de que el fundamento de un sistema de derecho es una regla de reconocimiento aceptada que especifica los criterios de validez jurídica?

Para responder a estas preguntas consideraremos aquí algunos aspectos de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, aunque, por supuesto, pueden aparecer dudas similares respecto de los criterios últimos de validez jurídica en cualquier sistema. Bajo la influencia de la doctrina de Austin de que el derecho es esencialmente el producto de una voluntad jurídicamente ilimitada, algunos teóricos del derecho constitucional sostuvieron que era lógicamente necesario que existiera una legislatura soberana, entendiendo por esto una legislatura que, durante toda su existencia como cuerpo continuo, fuese libre no sólo frente a limitaciones impuestas *ab extra*, sino también frente a su propia legislación previa. Hoy día puede considerarse punto pacífico que el Parlamento inglés es soberano en este sentido, y el principio de que ningún Parlamento anterior puede impedir que sus "sucesores" deroguen la legislación dictada por aquél, constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de derecho. Es importante ver, sin embargo, que no hay ninguna necesidad lógica, mucho menos una necesidad de la naturaleza, de que exista tal Parlamento; es sólo una forma o estructura entre otras, igualmente concebibles, que ha llegado a ser aceptada entre nosotros como el criterio de validez jurídica. Entre esas otras formas posibles se encuentra otro principio que con iguales o quizás mejores títulos podría merecer el nombre de "soberanía". Nos referimos al principio de que el Parlamento, en lugar de *carecer* de potestades para limitar en forma irrevocable la competencia legislativa de sus sucesores, tuviera esa más amplia potestad de auto-limitación. En tal caso el Parlamento podría, por lo menos una vez en su historia, ejercer una esfera de competencia legislativa aún más amplia que la que le concede la doctrina establecida. El requisito de que en todo momento de su existencia el Parlamento esté libre de limitaciones jurídicas, incluso de las impuestas por sí mismo, es,

después de todo, sólo una interpretación de la idea ambigua de omnipotencia jurídica. Se trata, en efecto, de elegir entre una omnipotencia *continuada* sobre todas las cuestiones que no afecten la competencia legislativa de los parlamentos posteriores, y una ilimitada omnipotencia *auto-comprensiva* (*self-embracing*), de la que se puede gozar sólo una vez. Estas dos concepciones de la omnipotencia tienen un paralelo en dos concepciones de un Dios omnipotente: por un lado, un Dios que en todo momento de su existencia goza de los mismos poderes y por lo tanto no puede cercenarlos, y por el otro, un Dios cuyos poderes incluyen el de destruir para el futuro su omnipotencia. Cuál es la forma de omnipotencia —continuada o auto-comprensiva— de que goza nuestro Parlamento, es una cuestión empírica relativa a la forma de regla que es aceptada como criterio último para identificar el derecho. Aunque es una cuestión que versa sobre una regla que se encuentra en la base de un sistema jurídico, es empero una cuestión de hecho, respecto de la cual puede haber, en cualquier momento dado y por lo menos en algunos puntos, una respuesta plenamente determinada. Así, es claro que la regla que actualmente se acepta es una regla de soberanía continuada, de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otra regla, el hecho de que la regla de la soberanía parlamentaria es determinada en este punto, no significa que lo sea en todos. Pueden suscitarse cuestiones acerca de ella que no tengan, hasta ese momento, una respuesta claramente correcta o incorrecta. Tales cuestiones sólo pueden ser solucionadas mediante una elección, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, autoridad. Esas indeterminaciones en la regla de la soberanía parlamentaria se presentan por lo común de la siguiente manera. Según la regla actual se acepta que una ley del Parlamento no puede sustraer en forma irrevocable ninguna cuestión a la acción legislativa futura del Parlamento; pero puede distinguirse entre una ley que en forma lisa y llana intenta hacer eso, y otra ley que, a la par que deja abierta al Parlamento la po-

sibilidad de legislar sobre cualquier t3pico, tiene por mira modificar la "manera y forma" de la legislaci3n. Esta 3ltima ley puede establecer, por ejemplo, que en ciertas cuestiones ninguna legislaci3n entrar3 en vigor si no es aprobada por una mayor3a de las dos C3maras reunidas en asamblea, o si no es confirmada por un plebiscito. Puede "atrincherar" tal provisi3n estableciendo que ella mismo s3lo puede ser derogada mediante ese procedimiento especial. Tal modificaci3n parcial del procedimiento legislativo bien puede ser compatible con la regla actual de que el Parlamento no puede obligar en forma irrevocable a sus sucesores; porque lo que hace no es tanto *obligar* a 3stos como eliminarlos *quoad* ciertas cuestiones, y transferir sus potestades legislativas respecto de ellas al nuevo cuerpo especial. Se puede decir, por lo tanto, que, en relaci3n con estas cuestiones especiales, el Parlamento no ha "obligado" o "atado" al Parlamento, ni disminuido su omnipotencia continuada, sino que ha "redefinido" lo que ha de entenderse por Parlamento y lo que hay que hacer para legislar.

Va de suyo que si esta t3cnica fuese v3lida, mediante ella el Parlamento podr3a conseguir pr3cticamente los mismos resultados que la doctrina de que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores parece colocar m3s all3 de la potestad de 3ste. Porque si bien es cierto que la diferencia entre circunscribir el 3rea sobre la que puede legislar el Parlamento, por un lado, y limitarse a modificar la manera y la forma de la legislaci3n, por el otro, es suficientemente clara en algunos casos, en la pr3ctica los l3mites de estas dos categor3as se confunden. Una ley que, despu3s de fijar un salario m3nimo para los mec3nicos, estableciera que ning3n proyecto de ley concerniente a la retribuci3n de 3stos tendr3 fuerza de derecho si no es confirmado por una resoluci3n del Sindicato de Mec3nicos, y que exigiera esa misma conformidad para la reforma de la propia ley en cuesti3n, tendr3a en la pr3ctica los mismos efectos que una ley que fijara la retribuci3n "para siempre", y prohibiera en forma directa y absoluta su derogaci3n. Sin embargo se puede construir un argumento, que para los abogados tendr3a cierta fuerza, para demostrar que si bien esto 3ltimo no

sería eficaz a la luz de la regla de soberanía parlamentaria continuada, lo primero podría ser compatible con ella. Los pasos del argumento consisten en una sucesión de afirmaciones sobre lo que el Parlamento puede hacer, cada una de las cuales sería menos plausible que su predecesora aunque tendría alguna analogía con ella. Ninguna de ellas puede ser rechazada por errónea o aceptada con confianza como correcta; porque nos hallamos en el área de textura abierta de la más fundamental regla del sistema. En cualquier momento puede surgir aquí una pregunta para la que no hay una respuesta, sino varias.

Así sería posible admitir que el Parlamento podría modificar en forma irrevocable la constitución del Parlamento, por ejemplo, aboliendo completamente la Cámara de los Lores, y yendo así más allá que las Leyes de 1911 y 1949 que prescindieron del acuerdo de dicha Cámara para cierta legislación, leyes que algunos autores prefieren interpretar como una mera delegación revocable de algunas de las potestades del Parlamento en favor de la Reina y de la Cámara de los Comunes. Sería posible admitir también, como sostuvo Dicey², que el Parlamento podría auto-destruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiriese todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo? Sobre esta base, ¿no cabe pensar que la Sección 4 de la Ley de Westminster, que requiere el consentimiento de un Dominio para cualquier legislación que lo afecte, hizo efectivamente eso respecto de las potestades del Parlamento para legislar para un Dominio? Es posible que la tesis de que esto puede ser efectivamente derogado sin el consentimiento del Dominio sea

² *The Law of the Constitution* (10a. edición), pág. 68, n.

no sólo una "teoría", como dijera Lord Sankey, que "no se hace cargo de la realidad". Es posible que sea mala teoría, o por lo menos no mejor que la opuesta. Por último, si el Parlamento puede ser reconstituido de estas maneras, por su propia acción, ¿por qué no podría reconstituirse a sí mismo disponiendo que el consentimiento del Sindicato de Mecánicos sea un requisito necesario para ciertos tipos de leyes?

Es plenamente posible que algunas de las proposiciones cuestionables que constituyen los pasos dudosos, pero no obviamente equivocados, de este argumento, serán algún día aceptadas o rechazadas por un tribunal llamado a decidir la cuestión. Tendremos entonces una respuesta a las preguntas que ellas suscitan, y esa respuesta, mientras el sistema exista, poseerá un *status* de autoridad único entre las respuestas que podrían darse. Los tribunales habrán determinado entonces, en ese punto, el contenido de la regla última mediante la cual se identifica el derecho válido. Aquí "la constitución es lo que los jueces dicen que es" no significa simplemente que las decisiones particulares de los tribunales supremos no pueden ser impugnadas. A primera vista el espectáculo parece paradójal; ante nuestros ojos tenemos jueces ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces. ¿Cómo puede una constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es? Pero la paradoja desaparece si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que en cualquier momento dado tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la originen su preciso ámbito y alcance.

Esta respuesta, sin embargo, puede parecer a algunos una manera demasiado simplista de tratar el problema. Puede dar la im-

presión de que caracteriza en forma muy inadecuada la actividad de los jueces en los lindes de las reglas fundamentales que especifican los criterios de validez jurídica; y puede dar esa impresión porque tal respuesta asimila demasiado estrechamente dicha actividad a la cumplida en los casos ordinarios, donde los tribunales ejercen una elección creadora al interpretar una ley particular que ha resultado indeterminada. Es claro que tales casos ordinarios tienen que surgir en cualquier sistema, y así parece obvio que las reglas que sirven de base a la actuación de los tribunales estén integradas —aunque no en forma explícita— por el principio de que éstos tienen jurisdicción para resolver aquellos casos eligiendo una de las alternativas que la ley deja abierta, aun cuando prefieran presentar esa elección como si fuera un descubrimiento. Pero, al menos en ausencia de una constitución escrita, las cuestiones referentes a los criterios fundamentales de validez a menudo parecen *no* tener esta cualidad que puede ser contemplada de antemano, y que permite decir con naturalidad que los tribunales tienen ya, de acuerdo con las reglas existentes, una clara autoridad para resolver cuestiones de ese tipo.

Quizás una forma de error “formalista” sea, precisamente, la de pensar que todo paso dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus potestades creadoras son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad puede ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada. Es concebible que la cuestión constitucional en debate divida a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda ser resuelta mediante una decisión judicial. Las cuestiones suscitadas en Sud Africa en relación con ciertas cláusulas de la South Africa Act de 1909, amenazaron en un momento con ser demasiado decisivas para una solución jurídica. Pero cuando están en juego cuestiones sociales menos vitales, es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación ju-

dicial de derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal cosa ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y ello puede parecer genuino, que los tribunales siempre tuvieron la potestad "inherente" de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que las cosas salieron bien.

El manipuleo que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descripta con mayor honestidad de esta última manera, es decir, como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas. Aquí el éxito otorga autoridad *ex post facto*. Así, antes de la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal en el caso *Rex vs. Taylor*⁸, la cuestión de si ese tribunal tenía autoridad para decidir que no estaba limitado por sus propios precedentes en cuestiones sobre libertad individual, podría haber parecido una cuestión completamente abierta. Pero el fallo se dictó y ahora se lo sigue como derecho. El enunciado de que el tribunal tuvo siempre una potestad inherente de decidir de esa manera sólo sería, sin duda, un modo de presentar las cosas en forma más ordenada de lo que realmente son. Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho.

⁸ (1950), 2 K. B. 368.

SECRET

100-102
100-103
100-104
100-105
100-106
100-107
100-108
100-109
100-110
100-111
100-112
100-113
100-114
100-115
100-116
100-117
100-118
100-119
100-120

b
ser
ent
ent

ent
ent
ent
ent
ent