

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 cubrimos 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 prejuizar 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 deseáramos 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