

CAPÍTULO X
DERECHO Y VALOR EN LA DECISIÓN JUDICIAL

1. El problema	227
2. Disputas reguladas (previstas) -distinción de precedente- .	231
3. Disputas reguladas -anulación de precedentes (<i>overruling</i>)- .	238
4. Disputas reguladas -reglas de clausura-	241
5. Disputas no reguladas	243
6. Creación judicial del derecho y legislación	244
7. Restricciones conservadoras	247
8. Razonamiento analógico	252
9. La continuidad de aplicar y crear derecho	258

CAPÍTULO X

DERECHO Y VALOR EN LA DECISIÓN JUDICIAL*

1. *El problema*

Una fuente constante de objeciones a la tesis de que el derecho deriva exclusivamente de fuentes sociales¹ es el grado en el que se encuentran entrelazadas en la decisión judicial las consideraciones que se basan en fuentes y las que no se basan en fuentes. Este capítulo presenta un bosquejo de un punto de vista positivista de la decisión judicial. El tema es inagotable y, quizás, uno de los aspectos de la teoría del derecho que ha afectado la práctica y la toma de conciencia judicial es más que cualquier otra. El propósito de las siguientes observaciones es más limitado. Se encuentran confinadas al examen de tres o cuatro problemas referentes a la interacción del derecho y el valor en la decisión judicial.

Las instituciones judiciales varían grandemente de un país a otro. Sus prácticas son usualmente el producto de tradiciones informales y de lenta evolución. Es más que probable que las instituciones judiciales en las sociedades industriales modernas tiendan a desarrollar prácticas similares, pero en ausencia de alguna evidencia a tal efecto, los siguientes comentarios tratarán de la doctrina inglesa del precedente; aunque pueda esperarse que parte del análisis pueda ser relevante, también, para otros sistemas jurídicos. De las circunstancias locales que contribuyen a dar forma a la doctrina inglesa del precedente, tres pueden ser mencionadas brevemente. Primera, existe la costumbre de los jueces de escribir bastante largas opiniones o consideraciones^a justificando su pos-

* Agradezco a los profesores P. S. Atiyah, A. M. Honoré y a C. McCrudden sus útiles comentarios a un previo borrador de este capítulo.

¹ Cfr. *supra*: La tesis de las fuentes en el capítulo III, donde se explican los motivos para la adopción de la tesis. En el capítulo IV se establecen ciertas consecuencias teóricas de la tesis referente a la estrecha interacción del derecho y la moral en la decisión judicial.

^a Habremos de traducir '*judgments*' como 'consideraciones' o 'criterios', aunque, en ocasiones, en posible usar la palabra juicio en el sentido de criterio. N.T.

tura, con independencia de si están o no de acuerdo con otros jueces que conocen del mismo caso. No es extraño que una larga parte de las consideraciones sea usualmente dedicada al análisis de las intenciones y significado de consideraciones producidas en casos anteriores. Segunda, ésta se encuentra, quizás, vinculada al hecho de que los jueces ingleses tienden a prestar poca atención al trabajo de los juristas académicos. La mayoría de las discusiones son entre jueces y con jueces. Finalmente, la judicatura inglesa es pequeña y altamente centralizada. Es reclutada exclusivamente de la barra (pequeña en sí misma), proviene de un más o menos homogéneo contexto social, y se encuentra unificada por fuertes vínculos profesionales y sociales en un grupo social relativamente coherente donde la autoridad personal contiene frecuentemente más peso que cualquier regla^b formal de precedente.

Este último hecho es el que complica el problema y bien puede frustrar cualquier intento de proporcionar una descripción informativa de las reglas y prácticas del precedente. Mis observaciones pretenden ser fieles a la teoría aceptada de la práctica, más que a la práctica misma. Su objetivo es explicar la forma en que jueces y teóricos del derecho consideran el funcionamiento de la doctrina del precedente. Únicamente un estudio empírico que vaya más allá del examen de los reportes judiciales, puede revelar hasta qué grado la práctica actual se conforma a tales teorías. Mi primera meta es, por tanto, descriptiva: dar relevancia e incrementar nuestro entendimiento de ciertos aspectos de la doctrina del precedente en el derecho inglés.² Mi segundo objetivo es práctico,^c a saber: comentar uno o dos aspectos de las consideraciones que deben guiar a los jueces en sus actividades creadoras de derecho.³

Una distinción es fundamental: aquélla entre casos o disputas reguladas y no reguladas. Los casos regulados son los que caen bajo una norma del *common law* o bajo una norma legislada, las cuales no requieren de la discreción judicial para la solución de

^b Aunque normalmente hemos traducido 'rules' por 'normas', hemos optado por conservar la expresión 'regla' en 'regla de precedente' en virtud de ser una expresión canónica fácilmente reconocida, N.T.

² Para una más amplia y perceptiva descripción de la doctrina véase: Cross, R., *Precedent in English Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1968; y Hodgson, *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967, capítulos 5 y 6.

^c Véase nota b del prefacio a la edición inglesa, N.T.

³ Todos los argumentos morales presentados en este capítulo, toman como punto de partida la existencia de la doctrina del precedente en su actual forma general. No están hechos para justificar o criticar la propia doctrina existente.

la disputa (normas que hacen referencia a lo que es razonable o justo, efectivamente requieren tal discreción). Una disputa es regulada si preguntas de la forma: '¿Debe el tribunal decidir que *p*? tiene, en el caso, una solución^d jurídica correcta. Una disputa no es regulada si alguna de estas preguntas no tiene una solución jurídica correcta, *i.e.*, si hay una laguna en el derecho aplicable al caso. Las disputas no reguladas, como las reguladas, se encuentran sometidas a disposiciones jurídicas que se les aplican y que guían a los tribunales como a sus soluciones. Pero, como el derecho aplicable a las disputas no reguladas tiene lagunas, ninguna específica solución a la controversia es requerida por el derecho; aunque el derecho puede excluir varias soluciones como inapropiadas y dar una pauta general con respecto a la opción entre algunas o entre todas las restantes soluciones posibles.⁴

Una disputa regulada puede ser regulada por más de una norma. Es regulada sólo si en cualquier caso en el que normas en conflicto se apliquen a una disputa, una norma jurídicamente válida determina cómo debe ser resuelto el conflicto. En breve, una disputa regulada es aquella a la que el derecho proporciona una solución: El juez puede ser visto aquí en su imagen clásica: identifica el derecho, determina los hechos y aplica el derecho a los hechos.⁵ No existe nada mecánico en esto. Los casos regulados pueden ser complejos y más difícil de decidir que los casos no regulados. La dificultad para resolver, conforme al derecho, un complicado problema fiscal puede ser mucho más grande que para resolver un problema de justicia (*natural justice*)^e de conformidad a principios

^d Véase *supra*, nota *e* del capítulo iv. N.T.

⁴ Sobre el aspecto de la creación judicial del derecho en las disputas reguladas. Véase mi artículo "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, vol. 81, pp. 838-842 y 845. Véase, además, *supra*, el capítulo iv sobre la distinción entre disputas reguladas y no reguladas. Las disputas parcialmente reguladas son, aquí, consideradas como no reguladas.

⁵ Este capítulo no se ocupa de la investigación judicial de los hechos.

^e Hasta el siglo xviii, en derecho inglés, la 'expresión' '*natural justice*' era frecuentemente usada como sinónimo de '*natural law*', '*equity*', '*summum jus*' y otras expresiones similares. En la práctica moderna el término usualmente denota los principios generales y los estándares mínimos de justicia para decidir una disputa, *e.g.* *nemo iudex in parte sua*, *audi alteram partem*, etcétera. Las más de las veces estos principios son invocados cuando su inobservancia es fundamento para impugnar la validez de ciertas decisiones. En base a ellos se puede impugnar la validez de ciertas decisiones: laudos arbitrales, decisiones de tribunales locales, decisiones de comités de clubes o sociedades, etcétera. En la Gran Bretaña, la justicia natural es también invocada cuando surge la cuestión de la ejecución de sentencias pronuncia-

morales. La diferencia entre una disputa regulada y una no regulada no estriba en que únicamente la segunda requiera del ejercicio del criterio del tribunal. Tampoco reside en que en las disputas reguladas los tribunales usan su criterio jurídico para aplicar el derecho, mientras que en las disputas no reguladas usan criterios morales para crear derecho.⁶ La imagen clásica mencionada anteriormente es equívoca. Los tribunales usan tanto su función de aplicar derecho preexistente como la de crear derecho nuevo en casi todos los casos. (No pretendo decir que casi siempre crean nuevas disposiciones jurídicas, sólo que casi siempre tienen que considerar si lo hacen.) La diferencia entre disputas reguladas y no reguladas reside en que, como por definición, en las disputas reguladas el derecho proporciona una solución al caso, el tribunal no puede crear nuevas disposiciones jurídicas salvo que cambie las existentes. Las disputas no reguladas son, como veremos, parcialmente reguladas, de ahí que el tribunal tenga que aplicar derecho existente, así como también crear nuevo derecho. Sin embargo, puesto que, por definición, en una disputa no regulada el derecho contiene una laguna, dado que no proporciona una solución al caso, el tribunal puede crear derecho sin cambiar el derecho existente. Crea derecho integrando las lagunas.⁷

Aquí se encuentra, en consecuencia, el problema del que este capítulo se ocupa: explicar cómo realizan los tribunales los papeles de aplicadores y creadores del derecho al conocer tanto de disputas reguladas como de no reguladas y qué tanto difieren estas funciones en los diferentes tipos de disputas. Finalmente, mostraré cómo esta diferencia, aunque conceptualmente precisa, es meramente gradual en su aplicación.

das por tribunales extranjeros. Una sentencia extranjera no es ejecutable si fue obtenida en circunstancias contrarias a la justicia natural. (Cfr. Walker, David M., *The Oxford Companion to Law*, cit., pp. 867-868.) N.T.

⁶ Mis observaciones presuponen la doctrina del precedente tal como existe en derecho inglés. De conformidad a ella, casi todas las decisiones de la Suprema Corte o de la Cámara de los *Lords* en disputas no reguladas crean precedentes obligatorios. Es innecesario decir que las disputas no reguladas existen y que consideraciones morales son usadas aun en sistemas jurídicos donde las decisiones judiciales no son fuentes del derecho.

⁷ Al hacerlo cambiará los valores de verdad de algunos enunciados tales como: 'El derecho en esta cuestión es incierto' —si se interpreta como un enunciado intemporal—. (Cfr. *supra*, capítulo iv.)

2. *Disputas reguladas (previstas) —distinción de precedente—*¹

Podríamos comenzar con el bosquejo de un caso simple en el que se sigue una norma obligatoria. Una decisión *P* reportada (en los volúmenes de información judicial), registra que en tal caso, donde los hechos fueron *a, b, c, d, e, g*, la decisión se basó en la norma de que siempre que *A, B, C*, entonces *X* debe ser resuelto. (Las letras minúsculas representan las particulares circunstancias del caso tal y como se encuentran asentadas en las consideraciones —lo que está y no está asentado resultará ser importante—. Las letras mayúsculas representan las propiedades generales de los hechos de forma que *a* es una instancia de *A*, etcétera.) El fallo en *P* puede ser sintetizado así:

$$P: a, b, c, d, e, g / A, B, C \rightarrow X$$

El caso nuevo, *N*, es un caso *a₁, b₁, c₁, e₁, f₁*, (i.e. *no-e₁*), *f₁*, y es, por tanto, regulado por *P*, que se supone, obliga al tribunal. Si el tribunal decide seguir *P*, su fallo será:

$$N: a_1, b_1, c_1, d_1, e_1, f_1 / A, B, C \rightarrow X$$

La interpretación normal de la doctrina del precedente es que, por supuesto, no depende del tribunal decidir si sigue un precedente; está obligado a hacerlo (después de todo estamos considerando disputas reguladas, es decir, aquellas reguladas por precedentes obligatorios). Cabe admitir que esta interpretación ha sido siempre difícil de reconciliar con la considerable libertad de acción experimentada y ejercitada por los tribunales (especialmente por los tribunales de apelación [*courts of appeal*]) aun en presencia de precedentes obligatorios. En consecuencia, la mayoría de los comentaristas sobre la doctrina del precedente tratan de resolver la dificultad suponiendo que es muy difícil descubrir la *ratio decidendi*² de un caso. Hasta muy recientemente la mayoría de los autores sobre precedente en derecho inglés (y sistemas relacionados) estaban preocupados en idear criterios aún más sofisticados para identificar la *ratio* del caso, hechos para reconciliar la fuerza obligatoria de los precedentes con la amplia discreción que los

¹ Cfr., *supra*, nota *d*, capítulo III (distinguir). N.T.

² Cfr., *supra* nota *m*, capítulo III, (*ratio decidendi*). N.T.

jueces tienen cuando se enfrentan con ellos.⁸ Sin embargo, hay algo extraño en la suposición de que la identificación de la *ratio* pueda ser muy difícil y misteriosa. Esencialmente la *ratio* es la razón (o razones) por la cual el tribunal justifica su decisión. Determinar la *ratio* es, en cierto modo, una cuestión de interpretación de un documento: ¿Cuál es la razón en la que un juez se basa al alcanzar su decisión, tal y como está expresada en su considerando?⁹ (Puede no haber sido su única razón. Puede no haber sido su razón en absoluto. Sin embargo, la doctrina de precedente incluye la convención de que uno no debe ir más allá de las consideraciones escritas de los tribunales.) Dado que los tribunales frecuentemente se componen de varios jueces, los cuales pueden disentir en sus razonamientos aun cuando estén de acuerdo en el resultado, la determinación de la *ratio* tiene, también, que reposar en algunas normas relativamente formales referentes a la forma en que la *ratio* de los tribunales debe ser extraída de las razones en las que los distintos jueces se basan. Esto incluye la posibilidad de que, en algunas ocasiones, una decisión no logrará producir una *ratio*

⁸ En la identificación de la *ratio* sigo en general la descripción del profesor R. Cross en su libro *Precedent in English Law*, cit., donde proporciona, también, un excelente análisis crítico de los anteriores intentos por definir el concepto. En su artículo "The House of Lords and the Doctrine of Precedent" en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (editores), *Law, Society and Morality*, cit., demuestra que la propia doctrina del precedente no se basa en precedentes. En el derecho inglés la regla del precedente es, de hecho, parte de la regla de reconocimiento.

⁹ Algunas veces se supone que únicamente las razones directas y menos generales de las consideraciones del tribunal constituyen la *ratio*; las razones más generales que se usan para defender y justificar las razones directas son meramente *obiter dicta* (En la terminología de los principios de la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis* reconocidas por el *common law*, *obiter dictum* es, o se aplica a cualquier enunciado o argumento jurídico del juez que no constituye o no es parte de la *ratio decidendi* o de los principios de la sentencia. La categoría incluye proposiciones señaladas como ilustraciones, casos conversos o casos basados en hechos hipotéticos, etcétera. Como es función del tribunal que decide un caso posterior, determinar cuál es la *ratio* de un precedente, tiene que decidir lícitamente qué argumentos son meramente *obiter dicta*. Cabe señalar que un tribunal superior puede decidir, en última instancia, que ciertas consideraciones que durante tiempo se había pensado constituían parte de la *ratio* de un precedente son, en realidad, *obiter dicta*, igualmente ciertas consideraciones que hasta entonces fueron entendidas como *obiter dicta* son, en realidad, parte de la *ratio*. Cabe señalar que aunque nunca es obligatorio para un tribunal, consideraciones *obiter dicta* pueden ser de peso y tener un valor persuasivo. [Cfr. Walker, David, M., P. H. E., *Oxford Companion to Law*, cit., p. 897.] N.T.) Véase Twining y Miers, *How to do things with Rules*, Londres, 1976, pp. 176-181. Esta concepción es resultado necesario de la adopción de la doctrina moderada de *distinguir*, la cual es criticada más adelante. Asumo que todas las razones del tribunal de cualquier generalidad que sean son parte de la *ratio*.

obligatoria.¹⁰ Algunas ocasiones las normas para determinar la *ratio* pueden producir resultados indeterminados: puede ser imposible decir cuál es la *ratio* o decir que no hay ninguna. Problemas considerables pueden surgir, también, en la interpretación de leyes. Por lo general, sin embargo, la identificación de la *ratio* de un caso es razonablemente directa.

Esto, sin embargo, meramente nos reconduce a la cuestión de la compatibilidad de la amplia y bien conocida flexibilidad judicial con la doctrina del precedente.¹¹

La solución al problema yace en el papel de '*distinguir*' en el funcionamiento de la doctrina del precedente. Al igual que muchas otras normas modeladas y remodeladas en las manos de los jueces en todas las épocas y durante muchos años, sus límites están lejos de ser fijos; experimentan un cambio continuo. Sin embargo, es valiosa una sistematización teórica. Existe lo que voy a llamar la tesis moderada' de *distinguir*, de acuerdo con la cual *distinguir* un precedente obligatorio es simplemente determinar que su *ratio* no se aplica al caso en cuestión. La norma establecida en el precedente es que una cierta decisión debe pronunciarse si los hechos operativos *A*, *B*, *C*, ocurren; sin embargo, el caso en cuestión es un caso de *a*₂, *b*₂, *no-c*₂ y, por tanto, el precedente no se aplica. Según esta interpretación no existe una especial regla de *distinguir* en el *common law*. Una norma que no se aplica al caso, no se aplica. *Distinguir* es simplemente descubrir que la norma no se aplica. En contra de ésta, existe otra concepción de *distinguir*, conforme a la cual uno *distingue* una norma cambiándola, de forma que una norma que de hecho se aplica al presente caso, ya no se aplicará en su forma modificada.¹² La norma estable-

¹⁰ O, al menos, ninguna se refiere a la principal controversia jurídica del caso. *Haim v. D.P.P.* [1974] 2 All E.R. 41 y *v. A.-G.* [1970] A. C. 347 son ejemplos de esto (aunque discutible). Una ilustración de la aplicación de reglas formales de precedente para decidir qué opiniones representa la *ratio* es proporcionada por *Harper v. N.C.B.* [1974] 2 All E. R. 441, *cfr.*, 446. Ahí la conclusión es alcanzada desde que no se encuentra ninguna *ratio* obligatoria en *Central Asbestos Co. Ltd. v. Dodd* [1972] 2 All E. R. 1135.

¹¹ Los intentos por reconciliar los dos criterios mediante complicados *tests* para identificar la *ratio* están destinados a fracasar. Conducen a la concepción de que la doctrina del precedente es un mero pretexto para cubrir la creación judicial. El trabajo del profesor J. Stone: *Legal Systems and Lawyers Reasoning* (Londres, 1964) es de este tipo.

¹² Mi análisis de *distinguir* recibió la influencia de A. W. B. Simpson en "The

cida en *P* fue: Cuando *A*, *B*, *C*, entonces *X*. En virtud de que *N* es un caso, *a*₁, *b*₁, *c*₁ la norma se le aplica. Pero el tribunal tiene facultad de distinguir; puede cambiar la norma en *A*, *B*, *C*, *E*, entonces *X*. Esta norma modificada no se aplica a *N* el cual es un caso en que *no-e*₁. La norma *P* es, así, distinguida.

La doctrina inglesa del precedente es que un precedente tiene que ser o bien seguido o *distinguido* (aunque algunos tribunales, tienen también la facultad de anular [*ouerrule*]^b sus propias decisiones o la de otro tribunal). La doctrina combina la obediencia (*following*) al precedente con una flexibilidad (discrecionalidad) considerable, toda vez que permite a los tribunales, aun aquellos vinculados por el precedente, a *distinguir* una decisión anterior.

Ahora bien, puesto que '*distinguir*' significa cambiar la norma que está siendo *distinguida*, la facultad de *distinguir* es una facultad de desarrollar el derecho aun cuando se deciden casos regulados, incluso por tribunales que no tienen el poder de anular (*ouerrule*) decisiones.

Si *distinguir* implica cambiar la norma *distinguida* ¿cómo podemos diferenciar entre *distinguir* y anular (*ouerrule*) decisiones judiciales? Tal diferencia tiene que existir puesto que todo tribunal tiene el poder de *distinguir*, mientras que sólo algunos tienen el poder de anular decisiones. A menos que *distinguir* se diferencie del poder general de modificar normas y de crear nuevas (como al anular [*ouerruling*] decisiones o al resolver disputas no reguladas), mi interpretación de *distinguir* significa que, dado el poder general de *distinguir*, los precedentes nunca son obligatorios puesto que los tribunales se encuentran en libertad de cambiarlos. *Distinguir*, sin embargo, es una muy limitada forma de creación del derecho: Está sometida a dos condiciones fundamentales:

- (1) La norma modificada tiene que ser la norma establecida en el precedente, limitada por la adición de una ulterior condición para su aplicación.

ratio decidendi of a case and the Doctrine of Binding Precedent", *Essays of Jurisprudence*, 1st Series, Guest (editor), Oxford University Press, 1963. De cualquier manera *distinguir* difiere de sostener que una *ratio* no es obligatoria en virtud de que la decisión es *per incuriam*. (Se dice de una decisión pronunciada en ignorancia de una ley o precedente relevante, la cual no constituye precedente obligatorio. N.T.) Únicamente decisiones obligatorias pueden ser distinguidas.

^b Hemos traducido '*ouerrule*' por 'anular decisiones judiciales'. Sin embargo, usaremos simplemente anular cuando no exista posibilidad de error. N.T.

(2) La norma modificada tiene que ser de forma tal que justifique el orden establecido en el precedente.

La primera condición significa, primero que nada, que los tribunales al *distinguir* únicamente pueden limitar normas establecidas. No pueden extenderlas. (Su poder para extender normas será explicado más adelante.)¹³ Ésta es una consecuencia directa de la función de *distinguir*, i.e. modificar una norma para evitar su aplicación a un caso al cual ésta efectivamente se aplicaría tal y como se encuentra. Esto en un sistema basado en precedente, sólo puede ser hecho restringiendo la aplicación de la norma adicionando sus condiciones de aplicación de manera que la norma modificada no se aplique más al caso en cuestión. Más aún, al *distinguir* el tribunal no puede sustituir la norma anterior por cualquier otra que pueda gustarle, ni aun si ésta es más limitada en su aplicación. La nueva norma tiene que ser basada en la anterior y contener todas las condiciones que la anterior contiene conjuntamente con la nueva condición restrictiva. *A, B, C* entonces *X* se transforma en *A, B, C, E* entonces *X*. Las condiciones previas son mantenidas y devienen fundamento de la nueva norma.

La segunda condición limita el poder del tribunal aún más. Limita su opción de nuevas condiciones restrictivas. Tiene que ser de tal forma que la norma modificada sea una base alternativa posible de la decisión original. En nuestro ejemplo la decisión original fue $P: a, b, c, d, e, g \mid A, B, C \rightarrow X$. Dado que el caso nuevo es uno de $a_1, b_1, c_1, d_1, e_1, f$, el tribunal se conformará a la primera condición de *distinguir* adoptando igualmente *A, B, C, no-D*, entonces *X* como *A, B, C, E* entonces *X*. Ambas son modificaciones restrictivas de la norma en *P*. Sin embargo, únicamente la segunda de éstas satisface la segunda condición. *A, B, C, no-D* entonces *X* no justificaría por sí misma el orden establecido en *P*, [salvo *X*]. Obsérvese que la segunda condición es fuerte en el sentido de que no meramente requiere que la norma modificada sea compatible con el orden anterior. *A, B, C, no-D*, entonces *X* es compatible con el orden de *X* en *P*, puesto que no requiere una decisión contraria, simplemente no logra justificar el orden en *P*.¹⁴ Sin embargo, lo tiene que hacer para satisfacer la segunda condición.

¹³ El poder de extender las normas será explicado en el inciso 9, más adelante.

¹⁴ Todas las *rationes* pueden ser formuladas como estableciendo condiciones sufi-

En otro aspecto la segunda condición es débil, o al menos, ambigua. Al igual que otros aspectos de la doctrina del precedente ésta se ocupa no de los hechos efectivos del caso sino de su asentamiento público (*public record*). Me parece que la mayoría de las veces la doctrina es interpretada como permitiendo al tribunal *distinguir P*, adicionando la condición de que $no \sim F$. La norma modificada $A, B, C \text{ } no \sim F$, entonces X podría justificar el orden en P . No existe un asentamiento de si es el caso de que F o $no \sim F$ y en tales casos al último tribunal le es concedido el beneficio de la duda.

Para cada norma existe un número indefinido de distintas modificaciones de acuerdo a las dos condiciones arriba descritas. La obligación del tribunal, sin embargo, es adoptar únicamente aquella modificación que mejore más la norma. De ahí que su verdadero problema se limita normalmente a juzgar sobre los méritos relativos de pocas modificaciones. Con frecuencia, ninguna es aceptada y el tribunal tiene que seguir la norma. Éste es el caso no sólo cuando el tribunal se encuentra perfectamente satisfecho con la norma, sino, también, cuando hubiera preferido una norma completamente diferente, pero no encuentra ningún avance en la modificación que le está permitida hacer dentro de los estrechos límites de la regla para *distinguir* precedentes.

Un entendimiento adecuado de las limitaciones sustanciales que la regla impone a la actividad creadora del tribunal, explica cómo es posible y razonable permitir a un tribunal tal cantidad de flexibilidad (discreción) aun cuando está obligado por un precedente. Una norma modificada puede usualmente ser justificada únicamente con un razonamiento muy similar a aquel que justifica la norma original. Su justificación mostrará no sólo las razones para aplicar el fallo a una subclase de casos a los cuales fue originalmente aplicable; también mostrará la relevancia de todas las condiciones operativas establecidas por la norma original. La segunda condición señalada arriba, hace tentador decir que la norma modificada era realmente la norma que el primer tribunal tenía en mente, pero que no pudo articular claramente. Con bastante frecuencia esto puede ser verdaderamente el caso. Puede ser que el tribunal en P estaba influido por el hecho de que el caso era

cientes. Toda decisión de que la ausencia de A es suficiente para mostrar que la acción debe ser rechazada establece que A es una condición necesaria para que tal acción tenga éxito.

uno de *E*, pero quizás, de alguna manera, considerarían este dato por supuesto, sin especificar su existencia entre las condiciones operativas de su *ratio*. Sin embargo, esto no es siempre así y, frecuentemente, no existe evidencia en ningún sentido. Sin embargo, en esta característica puede encontrarse la llave de nuestro entendimiento en las razones (*rationale*)¹ de otorgar al tribunal la facultad de *distinguir*: los tribunales pueden ser, y frecuentemente lo son, poco cuidadosos en la formulación de las normas. Abordan la cuestión a través del ejemplo de un caso (o de varios casos asentados en los informes judiciales) y no gozan de las facilidades de investigación y para proyectar, generalmente disponibles para los legisladores. Resulta que es irracional atribuir gran peso a la formulación real de la norma en manos del tribunal. La interpretación de las leyes en ocasiones estriba en el empleo de una palabra en vez de otra. No así en la interpretación de precedentes. Otro resultado consiste en que es razonable interpretar la norma más bien en su contexto (*i.e.* considerando los hechos del caso tal y como se encuentran asentados) más que de forma abstracta como lo hace uno con una ley o reglamento.¹⁵ La facultad de *distinguir* refleja esta dependencia al contexto. La *ratio* es obligatoria en sus razones (*rationale*) fundamentales tal y como se aplica a su contexto original. Los tribunales pueden, sin embargo, modificar su aplicación a diferentes contextos siempre que preserven sus razones (*rationale*) fundamentales.

Es el momento de resumir el argumento. La simple y, en principio, atractiva opinión de que las normas legisladas y las normas del *common law* obligan a los tribunales de la misma forma, sujeta a la facultad de anular [*overrule*], es difícil de reconciliar con la amplia discrecionalidad ejercida por los tribunales. Este problema conduce a la concepción mística de que la identificación de la *ratio* es como un gran arte oculto de tremenda dificultad o a la concepción de que no existe *ratio* que obligue a los futuros tribunales. Ellos son libres de inventar una *ratio* y atribuirla al tribunal original (siempre que observen ciertas limitaciones). Estas concepciones místicas hacen posible la tesis moderada de *distin-*

¹ '*Rationale*' es el conjunto de razonamientos o razones fundamentales en que se funda el precedente. Usaremos indistintamente razonamiento o razones fundamentales según sea más apropiado para la frase en español. N.T.

¹⁵ Al menos generalmente. Interpretar una ley desde la norma complicada algunas ocasiones se asemeja bastante a *distinguir*.

guir: distinguir es mostrar que la *ratio* no se aplica al presente caso, argumento hecho posible por el arte mágico de interpretar la *ratio*.

Por el contrario, he sostenido que las normas del *common law* 'son menos obligatorias' que las normas legisladas puesto que los tribunales tienen la facultad de modificarlas a través de la regla de *distinguir*. Son obligatorias en sus razones (*rationale*) esenciales tal y como se aplican a su contexto. Sin embargo, los tribunales tienen la facultad de imponer ulteriores restricciones a su aplicación de forma a evitar el tener que seguirlas, siempre que observen las dos condiciones analizadas con anterioridad. Esta diferencia en fuerza obligatoria entre las normas legisladas y las del *common law* es razonable, dadas las diferentes circunstancias en las cuales los dos tipos de normas han sido creadas. Esta concepción de la doctrina del precedente permite adoptar una concepción simple y directa de la identificación de la *ratio*, pero presupone una interpretación 'fuerte' de *distinguir*, considerándola como forma limitada de creación del derecho.

3. *Disputas reguladas —anulación de precedentes (overruling)—*

Al igual que *distinguir*, anular (precedentes) es cambiar una norma del *common law* establecida por precedente. A diferencia de la facultad de *distinguir*, con la cual están investidos todos los tribunales y la que es frecuentemente usada, la facultad de anular es más selectivamente distribuida y es usada, con menor frecuencia. Por otro lado, su uso es libre de las restricciones que se vinculan a *distinguir*. Un tribunal, investido con la facultad apropiada, puede anular una decisión previa, desde la raíz hasta las ramas, y sustituirla por una norma completamente diferente, incluso con una diametralmente contraria.

Existen dos casos de anular (*overruling*): primero, cuando un tribunal superior anula una norma establecida por un tribunal inferior; segundo, cuando un tribunal anula su propia decisión previa (o una pronunciada por otro tribunal de igual jerarquía). Es común a ambos tipos el hecho de que la decisión anulada era jurídicamente obligatoria hasta su anulación. En virtud de que las decisiones de los tribunales de apelación (*courts of appeal*) son jurídicamente obligatorias (y de hecho gran parte del *common law*

descansa en que no existe una autoridad superior), una decisión de la *House of Lords* anulando una decisión del tribunal de apelación es un ejemplo del primer tipo; mientras que una decisión de la *House of Lords* anulando su propia decisión, es una instancia del segundo.

En un sistema basado en precedentes el poder de anular es necesariamente limitado. Si todo tribunal está facultado para anular cualquier decisión de cualquier otro tribunal, la cual se aplica al caso de su conocimiento, siempre que considere que es lo mejor que puede hacerse, entonces el sistema jurídico no reconoce la fuerza obligatoria de los precedentes. Los precedentes son obligatorios únicamente cuando los tribunales no tienen la facultad de anularlos siempre que lo deseen.¹⁶ Las restricciones al poder de los tribunales de desviarse de las decisiones anteriores son de tres tipos: (1) restricciones sobre el tipo de norma con la que pueden sustituir la norma existente; (2) condiciones que tienen que satisfacerse para que ellos tengan la facultad de introducir una nueva norma; (3) condiciones que tienen que satisfacerse antes de que ellos puedan usar su facultad para crear una nueva norma. En el inciso anterior sostuve que las restricciones del primer tipo (y del primer tipo solamente) caracterizan la regla de *distinguir*. Tales restricciones no se aplican a la facultad de introducir nuevas normas cuando el tribunal tiene el poder de anular (*ouerrule*). Cualquier norma nueva que reconstituya la *ratio* del caso se convertirá en jurídicamente obligatoria. De esta manera anular (*ouerruling*) es como una decisión pronunciada en una disputa no regulada y es diferente a *distinguir*. Sin embargo, el derecho de los tribunales

¹⁶ Véase el análisis en mi libro *Practical Reason and Norms*, *cit.*, pp. 132-148. Las siguientes observaciones modifican y extienden el argumento hecho en las páginas 140-141. La actitud de los tribunales para anular son expresadas en forma extrema por Lord Reid en *Knulier v. D.P.P.* [1972] 2 All E. R. 893 en la página 903:

Disentí en el caso Shaw. En reconsideración, aún siento que la decisión fue errónea y no veo razón para alterar nada que haya dicho en mi alocución. Pero no se sigue que deba ahora respaldar una moción para reconsiderar la decisión. He dicho más de una vez en casos recientes que nuestro cambio de práctica en el sentido de no considerar las decisiones anteriores de esta cámara como absolutamente obligatorias, no significa que siempre que pensamos que anteriores decisiones hayan sido erróneas debamos anularlas. En interés general de la certeza del derecho tenemos que estar seguros de que hay una muy buena razón antes de actuar así. Pienso que, no obstante lo erróneo o lo anómalo que pueda ser una decisión, ésta tiene que mantenerse y aplicarse a casos razonablemente análogos salvo o hasta que ésta sea modificada por el Parlamento.

a anular (*overrule*) está limitado por condiciones de los dos tipos restantes.

La naturaleza precisa de muchas restricciones es difícil de determinar. En ocasiones es indeterminada en el derecho de nuestros días. Por ejemplo, pareciera que una decisión del tribunal de apelación que pretendiera establecer una norma anulando una norma establecida por la *House of Lords* no es jurídicamente obligatoria. El tribunal de apelación no tiene poder de anular. Pero ¿es esto igualmente verdadero de una decisión del tribunal de apelación que anule una decisión propia? O bien ¿qué acaso la última decisión obliga, no obstante el hecho de que el tribunal de apelación no debía haberla pronunciado? (*Davis vs. Johnson* [1978] 1 All E.R. 1132 es ambigua sobre el particular). Una restricción que definitivamente pertenece al tercer tipo es que un tribunal no debe anular salvo que esté seguro de que la nueva norma representa un avance en comparación con la anterior. Aquí es claro que si un tribunal anula una decisión porque considera que es probable (aunque no seguro) que la nueva norma constituye un avance, su decisión es obligatoria no obstante el hecho de que actúe irregularmente (*improperly*).¹⁷ Como veremos más adelante en el inciso 7, existe una razón general para que los tribunales observen tales restricciones de prudencia en casi todas sus actividades creadoras de derecho. Ésta se aplica con particular fuerza a la anulación (*overruling*) puesto que, a diferencia de las decisiones en disputas no reguladas, afecta normas jurídicas establecidas y, a diferencia de *distinguir*, substituye la norma con una que difiere sustancialmente de la anterior. En tales casos el argumento expuesto en el inciso 7 se aplica con mayor fuerza. Ellas también han adquirido fuerza jurídica (mientras que en otras actividades creadoras de derecho no tienen más que su fuerza moral inherente). Esto, al menos, me parece que es la mejor interpretación de las repetidas autoexhortaciones judiciales para ejercitar el poder de anular con la mayor precaución (particularmente cuando la *House of Lords* pretende anular sus propias decisiones). No es razonable considerar esto como implicando que una norma no debe ser sustituida por una nueva salvo que la sustitución constituya un gran avance. ¿Por qué no producir pequeñas mejoras? Las exhortaciones obviamente significan que el tribunal debe ser muy

¹⁷ Sobre la diferencia entre falta de poder y deber de no ejercitarlo, *cfr.*, mi libro *Practical Reason and Norms*, *cit.*, p. 111.

cuidadoso para tener en cuenta los posibles efectos perjudiciales del verdadero proceso de cambio del derecho sobre las actividades sociales y económicas que de él dependen.

Sin embargo, más allá de esto último, las exhortaciones parecen reflejar la concientización de las desventajas bajo las cuales los tribunales operan al tratar de evaluar las diferentes consecuencias sociales y económicas de los diferentes arreglos jurídicos. De ahí la necesidad de evitar actuar, salvo que se esté seguro de que el cambio constituye una ventaja, por pequeña que ésta sea.

Hay, sin duda, otras convenciones judiciales que imponen otras restricciones a la facultad y derecho de anular. Muchas de ellas serán específicas de áreas jurídicas particulares (*e.g.* en el derecho penal). Su exploración implicaría, sin embargo, un examen más profundo de los detalles de la doctrina inglesa del precedente del que es apropiado aquí.

El propósito de este capítulo es examinar los tipos de casos en los cuales los tribunales ingleses ejercitan facultades de creación jurídica y comparar tales funciones con su actividad aplicadora del derecho. *Distinguir* y anular son dos tipos de facultades que tienen los tribunales para cambiar normas del *common law* existentes. También tienen una facultad más limitada para cambiar derecho legislado. Esta facultad tampoco será examinada aquí. Hacerlo nos llevaría a las profundidades de las doctrinas de interpretación de las leyes. Es suficiente decir que dicha facultad se ejercita para 'actualizar' antiguas leyes y ajustar su aplicación a condiciones contemporáneas y, también, para limitar la aplicación de una norma legislada ahí donde es deseable y el caso es de textura abierta. En ambas situaciones la facultad de los tribunales es muy limitada, aún más limitada que para *distinguir*, aunque las limitaciones son diferentes.

4. *Disputas reguladas —reglas de clausura—*

Un caso especial de creación jurídica en disputas reguladas debe ser previamente mencionado. En el capítulo cuatro se señaló que una disputa puede estar regulada no en virtud de una disposición jurídica que regule su solución, sino porque en ausencia de cualquier disposición aplicable, una regla de clausura entra en operación. Por ejemplo, en virtud de que uno de los litigantes pre-

tende un derecho a una prestación por parte del otro; pero como ninguna disposición jurídica le otorga tal derecho, no lo tiene y la disputa debe ser resuelta en favor de la parte contraria. En un sistema basado en precedente la decisión judicial de que en ciertos casos los individuos no tienen un derecho contra otra, es en sí misma una permisión explícita y, por tanto, por las razones señaladas en el capítulo cuatro el caso es usualmente tratado, para efectos prácticos, como regulado por una permisión explícita y, de esta manera, es sometida a las reglas usuales de precedente. Sin embargo, en tanto el caso sea regulado únicamente por la regla de clausura, la doctrina de precedente no se aplica —no se basa en precedente—. De ahí que aunque el tribunal pueda en tal caso cambiar el derecho (*e.g.* otorgar un derecho subjetivo al litigante respectivo), al hacerlo no distingue o anula ninguna decisión, puesto que, por definición, no existe ninguna.

En ocasiones se supone que todos los tribunales tienen completa libertad de cambiar el derecho cuando éste no se basa sino en el silencio, *i.e.* ausencia de fuentes. Sin embargo, esto es un error. Después de todo, el silencio puede hablar más fuerte que las palabras, y un cambio en el derecho es un cambio en el derecho, con independencia de la forma en que la situación jurídica surja. La gente confía en el derecho cuanto éste se basa en el silencio tanto como cuando éste se basa en el *common law*. Las limitaciones de la aptitud de los tribunales para mejorar el derecho no son muy afectadas por la base del derecho que ellos tratan de mejorar. De esta forma, en la actualidad, es generalmente aceptado que los tribunales no tienen facultades o, sólo de forma muy limitada, para crear nuevos delitos penales (hacerlo es, frecuentemente, cambiar el derecho en casos que se encuentran ahora regulados por la regla de clausura de lo que no está prohibido está permitido). Es verdad que en otras áreas las limitaciones sobre facultades y derechos judiciales para crear derechos son menos restrictivas y, en algunas, su facultad se extiende más allá que bajo los casos de *distinción* o anulación. Los límites de las actividades de creación jurídica de los tribunales en los casos de reglas de clausura son indeterminados (como muchos aspectos de la doctrina del precedente). Pero es probable que un estudio detallado revele mucho más de lo que permite una mirada superficial.

5. *Disputas no reguladas*

Todas las disputas no reguladas se deben a la indeterminación, intencional o no intencional, del lenguaje y a la intención del legislador. El tipo más simple comprende todos los casos que caen dentro de los vagos límites de varios conceptos descriptivos. Estos son casos donde no es claro si el instrumento en cuestión es un utensilio eléctrico para efectos del IVA, si una persona se encuentra domiciliada en Inglaterra o si un edificio es usado para habitación. En estos casos la indeterminación surge en virtud de la vaguedad en el criterio para la aplicación del concepto o en virtud de que varios criterios para su aplicación originan, en el caso considerado, indicaciones en conflicto. No todos los casos que caen dentro del área límite de un concepto jurídico relevante son no reguladas. Ellos pueden caer, también, bajo una norma diferente y ésta puede resolver la indeterminación. Sin embargo, muchos casos son indeterminados por las razones señaladas y recurrir a la intención legislativa es muchas veces de ningún provecho, puesto que la intención, aun cuando es descubierta, es frecuentemente, ella misma, indeterminada.

Un poco diferente es la indeterminación de los casos que caen bajo dos normas en conflicto, la cual se debe a la ausencia de una apropiada norma que resuelva el conflicto en el sistema. Aquí la posición de cada norma sobre el caso es clara, sin embargo, el sistema no determina cuál norma es la que debe seguirse. Puede faltar en absoluto una norma apropiada que resuelva el conflicto o puede contener una que es indeterminada en su aplicación al caso presente.

Es cierto que la existencia de disputas no reguladas es resultado inevitable de la indeterminación del lenguaje y de la intención del legislador. Sin embargo, no todas las disputas no reguladas existentes son inevitables. Muy frecuentemente los legisladores y los tribunales, cuando crean disposiciones jurídicas, prefieren, más bien, hacer uso de expresiones poco determinadas en su formulación. Ellos prefieren dejar casos no regulados cuyo destino sea determinado por los tribunales en debido curso, usando su discreción dentro de los límites permitidos por el derecho. En tales casos el derecho determina el marco jurídico general, dejando a los tribunales integrar las lagunas que existen en todos, salvo en el más claro de los casos. Normas que se refieren a 'razonable cui-

dado', 'buena conducta', 'causa justa', 'cambios materiales en el uso del predio', 'comportamiento ofensivo o abusivo', 'lenguaje obsceno', 'comportamiento que pueda violar la paz pública', 'o que pueda ofender los sentimientos religiosos', son todas normas deliberadamente indeterminadas.

El *common law* divide tales casos en dos categorías: aquellos en los cuales la laguna en cada caso es integrada por el juez cuya opinión deviene un precedente (de forma que en un sentido la laguna, en un caso no regulado, se reduce con cada decisión), y aquellos en los cuales la decisión es dejada al jurado, cuya decisión no es explicada y por tanto no es precedente obligatorio. La distinción se vincula con la distinción jurídico-técnica entre derecho y hecho y entre términos usados en una significación jurídica especial para ser explicados por el tribunal y términos usados en su claro significado ordinario que el tribunal no puede explicar pero tiene que dejar al jurado aplicarlo. Sin embargo, en sustancia, la decisión en cada caso es una combinación de dos cuestiones de principios jurídicos. Primeramente, si se considera la disposición jurídica indeterminada como un marco para que posteriores desarrollados jurídicos integren la laguna y señalen más y más detalladas guías jurídicas, o bien se sostenga que el derecho debe mantenerse indeterminado, dejando que la decisión la tomen los tribunales de nuevo en cada caso. Segundo, si se confía la decisión a un juez o bien a un jurado. El *common law* sostiene que, generalmente, cuando es mejor desarrollar el derecho en forma progresiva el trabajo es hecho mejor por los jueces, mientras que si es mejor que reine completa discreción en cada caso nuevo, la cuestión es confiada al jurado para informar su decisión con las cambiantes opiniones de actitud prevalecientes en la sociedad.

6. Creación judicial del derecho y legislación

En los anteriores incisos fueron descritas las facultades de los tribunales para crear derecho, tanto en disputas reguladas (mediante la *distinción*, anulación y el cambio del derecho que es regido por reglas de clausura) como en disputas no reguladas (indeterminadas por derecho, donde la decisión es asignada a un juez cuyo fallo crea un precedente). La descripción revela qué tan extensas son estas facultades. Es difícil que haya un caso de impor-

tancia en el cual estas facultades no puedan ser usadas y frecuentemente son usadas. Al mismo tiempo la descripción indica el grado en que el uso de estas facultades es limitado y regulado por el derecho. No existe ningún caso puro de creación del derecho. En todos los casos en los que el tribunal crea derecho, aplica, también, disposiciones jurídicas que restringen y guían su actividad creadora del derecho. Los casos no regulados son parcialmente, no totalmente, no regulados; igualmente *distinguir* y anular se encuentran circunscritos y cercados por limitaciones jurídicas.

Tales limitaciones han recorrido un largo camino en la explicación de la diferencia entre creación judicial del derecho y legislación. Sin embargo, la diferencia conceptual primordial se encuentra en la posibilidad constante de un derecho creado por el juez por vía de *distinción*. Esto significa que el derecho creado por el juez tiene un *status* diferente al derecho legislado. Estrictamente hablando el derecho creado por el juez es obligatorio y válido tanto como el derecho legislado. Pero el derecho creado por el juez es característico en cuanto a la amplitud de facultades que los tribunales tienen para cambiarlo, anulándolo y *distinguiéndolo*. La importancia del argumento no es meramente la existencia de un mayor número de facultades derogatorias sino, más bien, en la ocasión para su ejercicio. El derecho creado por el juez está sometido constantemente a una revisión potencial (aunque modesta) en todas las ocasiones en que su aplicación es litigiosa (y puede ser litigiosa en todos los casos en que el derecho se aplica). A este respecto puede decirse, metafóricamente, que el derecho creado por el juez es menos 'obligatorio' que el derecho legislado.

Esta especial posibilidad de revisión del derecho creado por el juez es de importancia capital para el entendimiento de la diferencia entre derecho legislado y *common law*, así como para el entendimiento de la diferencia entre la función creadora de tribunales y legisladores. Explica el sentido de desarrollo orgánico, tan característico del *common law*. Es típico de las normas del *common law* ser moldeadas y remodeladas en manos de tribunales sucesivos que usan explícita o inconscientemente sus facultades de reformular y modificar las normas respectivas.

De ahí la razón del hábito judicial de citar las más recientes autoridades importantes que tratan con tal norma, además de,

o incluso, en vez de aquellos casos donde la norma fue establecida primeramente.

Varios rasgos adicionales de la doctrina del precedente ayudan a explicar por qué es apropiado aplicar metáforas de desarrollo orgánico del *common law*. La creación judicial del derecho tiende a hacerse por medio de una reforma gradual. La capacidad de los tribunales para reformular un área sustancial del derecho por una decisión individual es muy limitada. Esto es debido parcialmente a la propia facultad de *distinguir*. Trae como resultado que mientras más amplio es el principio enunciado por un tribunal, más fácil es *distinguirlo*, recortarlo. En consecuencia, los jueces, frecuentemente, evitan pronunciar nuevos principios generales y prefieren arreglar sus fallos para que ajuste cuidadosamente al caso entre manos. Resulta innecesario señalar que el hecho de que el grueso de la creación judicial del derecho sea realizado mediante la integración de lagunas en disputas no reguladas y *distinguiendo* en caso de disputas reguladas, limita, efectivamente, las oportunidades de establecer principios generales radicalmente nuevos. Finalmente existe la regla fundamental de que únicamente la *ratio* del caso es obligatoria. Los tribunales nunca pueden promulgar un código que regule un área completa del derecho. Básicamente están limitados a establecer normas o principios individuales. Si pronuncian una opinión en favor de un conjunto completo de principios esta opinión es *obiter dictum*¹ salvo en lo que se refiere al principio en el que la presente decisión del caso reposa.

Las explicaciones del progreso gradual del *common law* no están hechas para negar que, a través de los años, el *common law* puede sufrir una transformación radical. Tampoco disminuyen las importantes contribuciones a tal desarrollo producidas por las opiniones particulares de grandes jueces. El real conocimiento de que el pronunciarse en el tribunal puede, posteriormente, ser revisado y moderado, en vez de frenar a muchos jueces para no alejarse mucho de la doctrina existente, en ocasiones estimula los espíritus dotados al experimento. Un juez puede proclamar ideas innovadoras de gran alcance esperando que produzcan frutos, gozando de la seguridad de que si tales principios caen en terreno no propicio o prueban ser estériles, el camino de retirada está siempre abierto. Éste es, también, un rasgo importante del *com-*

¹ *Cfr.*, *supra* nota núm. 9. (El comentario del traductor.) N.T.

mon law, pero esto existe en contra de la usual concepción de sucesión de cambios acumulados de pequeña escala.

Es fácil observar que esta gran diferencia entre la creación judicial del derecho y la legislación no se encuentra sin justificación. Es precisamente la que uno esperaría dada la falta de calificación especial del tribunal para llevar a cabo una reforma amplia del derecho. La formación y práctica de los jueces los familiariza con los problemas concretos que surgen de la aplicación de las doctrinas jurídicas existentes. Les muestra las ocasiones y la necesidad de extender o atenuar el funcionamiento de tales doctrinas o de resolver conflictos o anomalías en su aplicación. Sin embargo, nada los prepara para volver a pensar, radicalmente, los presupuestos fundamentales en los cuales se basa el derecho. Observaciones similares se aplican a las actuaciones de los abogados de las partes en el tribunal.

7. *Restricciones conservadoras*

En la sección anterior explicamos la diferencia entre la creación judicial del derecho y la legislación en términos del mayor número de límites a las facultades (en los casos en que el tribunal *distingue* y en los casos en que integra lagunas) y efectos de la primera. Tal explicación supone que es posible diferenciar entre el papel de aplicar y el papel de crear derecho por parte de los tribunales. El complemento de esta opinión es la conclusión de que dentro de los límites admitidos de sus facultades de creación jurídica los tribunales actúan y deben actuar precisamente como lo hacen los legisladores, es decir, deben adoptar aquellas normas que juzguen mejores. Éste es el único deber jurídico que les queda. Que es un deber jurídico se sigue directamente del hecho de que, por derecho, a los tribunales no les es permitido actuar arbitrariamente; ni aun cuando estén creando nuevo derecho; tienen que ejercer su discrecionalidad de forma a encontrar la mejor solución. La diferencia entre aplicación judicial del derecho y creación judicial del derecho no es entre consideraciones razonadas y consideraciones arbitrarias. Es la diferencia entre normas impuestas por autoridad, las que los tribunales están obligados a aplicar (sujeta a las cualificaciones mencionadas en los incisos 2 y 3) les

guste o no y reglas que los tribunales siguen en virtud de que las consideran adecuadas.

El último punto tiene que ser cualificado de alguna manera. Las limitaciones al poder de creación jurídica de los tribunales y la existencia de deberes jurídicos que los tribunales están obligados a observar al ejercitar tales poderes puede impedir que los tribunales adopten la mejor norma y pueden forzarlos, en ocasiones, a que se decidan por la segunda mejor. (Debe recordarse que aquí no intentamos examinar tales límites y deberes —mi propósito es meramente delinear el marco de la doctrina del precedente dentro del *common law*—. Sin embargo, en esencia es verdad que al ejercitar su facultad de creación jurídica los tribunales deben —dentro de las restricciones jurídicas impuestas— actuar como uno espera que el parlamento actúe, *i.e.* adoptando las mejores normas que puedan encontrar.)

La última afirmación ha sido frecuentemente criticada. Gran parte de la crítica es confusa. En ocasiones se dice que los tribunales no tienen poder de creación jurídica puesto que no han sido democráticamente elegidos. Muy aparte del hecho de que, dada la supremacía del parlamento, el derecho creado por el juez no es más antidemocrático que mucha legislación delegada,¹⁸ la objeción constituye, cuando mucho, una crítica a la existencia de las facultades de creación judicial del derecho. No proporciona pruebas de que no exista. Lo mismo es verdad de la objeción de que tales poderes significan que el derecho creado por el juez es retroactivamente aplicado (al caso considerado y a todos los casos sustanciados después de que el precedente fue establecido pero en que la causa de la interposición de la acción ocurrió antes de eso).

Puede ser valioso observar que la objeción de creación retroactiva del derecho se basa en la frustración de expectativas justificadas. Tal objeción a la creación judicial del derecho no tiene en absoluto fuerza cuando se refiere a disputas no reguladas o a cualquier caso difícil o controvertido puesto que ninguna *expectativa* justificable puede surgir en tales casos. La fuerza de la objeción de la retroactividad se limita a los claros ejemplos de *distinción* y es particularmente apropiada en los casos de anulación, en que

¹⁸ La situación es diferente en países como Estados Unidos en donde las decisiones judiciales en ciertos casos constitucionales no pueden ser echadas atrás por el cuerpo legislativo democrático. La justificación de tales poderes está ligada a la justificación de tener una constitución que limite el poder de la mayoría.

explica la gran reticencia de los tribunales a anular, salvo sobre la base de los más claros fundamentos.¹⁹

La concepción de que, precisamente, los tribunales al crear derecho deben actuar sometidos, ocasionalmente, a restricciones jurídicas específicas impuestas a sus facultades,²⁰ como lo hacen los legisladores, puede ser respaldada por muchas citas de los tribunales. Dos referencias cabe hacer aquí. Esta concepción es sostenida por lord Wilberforce en *Milliangos v. George Frank (Textile) Limited* [1975] 3 All E.R. 812 (opuesto a la letra g) y por lord Reid en *British Railways B.D. v. Herrington* [1972] 1 All E.R. 757 donde se dice:

La cuestión, entonces, es en qué grado esta Cámara (*House*), actuando en su competencia judicial, puede hacer lo que el Parlamento no hizo en 1967. Me desagrada usurpar las funciones del Parlamento. Pero me parece que enfrentamos la opción de seguir [el caso] Addie y retrasar el reloj o bien modificar drásticamente las normas [establecidas en el caso] Addie. Se ha sugerido que tal modificación puede ser lograda desarrollando el derecho tal y como está establecido en el caso Addie sin anular, de hecho, ninguna parte de la decisión. No pienso que esto sea posible. Puede propiamente decirse que uno desarrolla el derecho establecido en un caso modelo en tanto, pero, únicamente, en tanto el 'desarrollo' no nos requiere que declaremos que el caso original fue erróneamente decidido. Me parece que cualquier aceptable 'desarrollo' del caso Addie tiene que significar que si el caso Addie surgiera en la actualidad éste sería resuelto de la otra forma. En el caso Addie la situación del actor era, en cuanto a los hechos más favorable de lo que es para el actual demandado y no pienso que pudiéramos sobreseer esta apelación sin sostener o, al menos, sin necesariamente implicar que el caso Addie fue erróneamente resuelto.

De esta manera claramente el tribunal afirma su derecho de *hacer lo que el Parlamento no hizo en 1957*.

El gran número de citas judiciales similares no resuelve, sin

¹⁹ Véase el inciso 3 de este capítulo. Los jueces frecuentemente anticipan grandes anulaciones con varios *obiter dicta* o varios pronunciamientos fuera del tribunal, indicando, de esta manera, la vulnerabilidad de la rama del derecho en revisión. El derecho es aún formalmente cierto, sin embargo, se pone en conocimiento de la gente no confiar en él. El 'vicio' de retroactividad es así evitado. Por el contrario, tenemos las desventajas de la incertidumbre la cual se aplica a todas las disputas no reguladas.

²⁰ *Cfr., supra* nota 4 de este capítulo.

embargo, las dudas restantes de si, dentro de los límites jurídicos impuestos, los tribunales están, de hecho, completamente libres de actuar bajo su propio criterio sobre cuál es la mejor norma que debe ser adoptada. En ocasiones se considera que los jueces nunca están libres de seguir su propio criterio, de que el conjunto de la doctrina jurídica existente debe siempre determinar su decisión. Así, aun disputas no reguladas son determinadas, se dice, mediante argumentos de analogía por los que se extiende la fuerza de normas existentes más allá de su directo campo de aplicación. Voy a sostener que, cualquiera que sea la verdad que exista en tales concepciones, es consistente —una vez depurada de las exageraciones implicadas en sus formulaciones tradicionales— con la tesis de que en su función creadora del derecho los jueces se basan y deben basarse en su propio criterio moral.

La verdad simple, pero fundamental, que es la clave de nuestro problema, es que el mero hecho de que dos personas actúen en base a su criterio moral no es ninguna garantía —aun si comparte las mismas concepciones morales y la misma información— de que decidirán la misma acción. En virtud de diferencias en las circunstancias y en sus aptitudes pueden correctamente concluir que diferentes cursos de acción son apropiados para cada uno de ellos. En otras palabras, aunque tanto tribunales como legisladores actúen, al crear derecho, sobre sus mejores juicios, hay una diferencia perceptible en sus acciones creadoras del derecho (no en cada caso individual sino en su curso general) el cual es totalmente explicable con la diferencia de sus circunstancias y facultades.

Las circunstancias bajo las cuales los tribunales funcionan les imponen ciertos requerimientos morales los cuales no se aplican, al menos, en el mismo grado, a los legisladores. Las circunstancias referidas no son otras que aquellas analizadas anteriormente, esto es la naturaleza gradual de la creación del derecho que resulta del hecho de que en gran parte se ocupa de la integración de lagunas dentro de marcos jurídicos existentes en disputas no reguladas y de la modificación de normas, preservando la parte principal de su fundamento racional, al *distinguir*. La mayoría de las decisiones creadoras de derecho se ocupan de extender doctrinas existentes, ajustándolas sucesivamente a graduales condiciones cambiantes en el orden tecnológico, económico o social, e introduciendo pequeñas alteraciones para evitar las indeseables, y no intencionales, consecuencias de aplicar normas a circunstancias para las que no

fueron previstas, cuando tales normas fueron establecidas. Tal mantenimiento, reparación y conservación son, también, función de cantidad de derecho legislado. En este respecto no existe diferencia substancial entre precedentes y legislación. Pero he aquí una diferencia en la imagen pública de las instituciones. Al pensar en la legislación uno tiende a pensar en su innovador papel reformador más que en su papel conservador, el cual es más prominente en nuestra imagen del papel jurídico-creador de los tribunales.

La verdadera diferencia moralmente relevante yace en las condiciones para introducir reformas de largo alcance. El derecho afecta condiciones sociales y económicas a través de complejas interacciones de muchas disposiciones jurídicas con varias condiciones sociales y económicas que son usualmente desconocidas, al menos parcialmente, e invariablemente complejas. Es bien conocido el altruismo de que los cambios en el derecho no siempre logran sus efectos 'obvios': el deber jurídicamente impuesto de igualar el salario de las mujeres puede conducir al desempleo de las mujeres, etcétera. Una reforma amplia en el derecho de la propiedad puede necesitar cambios en el derecho de la responsabilidad civil, en derecho penal, en el derecho familiar, en el derecho de la planeación, para asegurar que sus objetivos sean logrados.

Por todas las razones explicadas anteriormente es usualmente imposible para los tribunales introducir en una decisión todos los cambios necesarios para la ejecución efectiva de una reforma radical en cualquier aspecto del derecho. La opción que el tribunal enfrenta es el de dar un primer paso hacia la reforma, esperando que, con el tiempo, el trabajo sea complementado por otras decisiones (o por legislación), o bien mantenerse fiel a las doctrinas existentes. Tal opción es, frecuentemente, muy difícil en virtud de que las medidas parciales no sólo se quedan cortas en cuanto el beneficio que una completa reforma podría traer, sino que, frecuentemente, tienen malas consecuencias. Las reformas parciales introducen un nuevo elemento discordante dentro de la doctrina existente. Esto significa que el derecho, ahora, contiene disposiciones que reflejan y persiguen diferentes e inconsistentes fines sociales. Incorpora disposiciones pragmáticamente en conflicto. Los conflictos normativos existen cuando dos requerimientos válidos no pueden ser obedecidos al mismo tiempo. El conflicto pragmático es un concepto más amplio. Las disposiciones jurídicas entran en conflicto pragmático si una está hecha para promover

o matener un estado de cosas que no puede coexistir con aquél, el cual la otra disposición promueve o mantiene. Una disposición jurídica sostiene o promueve un estado de cosas no únicamente a través de las acciones que hacen uso de derechos subjetivos facultades o permisiones que otorga y a través de las consecuencias sociales y económicas de tal comportamiento. Las reformas parciales no implican conflictos normativos, sin embargo, invariablemente introducen conflictos pragmáticos en el derecho.

El parlamento normalmente no tiene que escoger entre reforma parcial y conservatismo. Puede optar por reforma radical (aunque por variedad de razones ésta no es siempre una opción práctica). A los tribunales invariablemente se les presenta esta opción. Las consecuencias adversas de la reforma parcial con su esperada discordancia pragmática conduce a los tribunales, muy frecuentemente, a optar por una política conservadora. Tal preferencia es justificada en muchos casos. Pero no siempre los tribunales efectivamente escogen el camino conservador ni tampoco es siempre justificado. La discordancia puede rápidamente ser resuelta si las restantes medidas de reforma se siguen dentro de un corto período de tiempo. Los males de la doctrina existente pueden ser suficientemente graves para justificar, incluso, una reforma parcial con sus indeseables resultados. Éstas y similares consideraciones pueden frecuentemente justificar que los tribunales den pasos audaces, no obstante lo incompleto que estos puedan ser.

8. *Razonamiento analógico*

En la sección anterior he tratado de explicar por qué es que aun cuando a los tribunales, al igual que a los legisladores, se les requiere, dentro de ciertos límites, que actúen en base a su propio criterio éstos llegan frecuentemente, si actúan racionalmente, a conclusiones diferentes de aquellas a las cuales llegarían racionalmente los legisladores. La diferencia deriva de la diferencia sistemática en las circunstancias en las cuales ellos operan. Sin justificar ninguna decisión particular y sin aprobar un total equilibrio entre el conservatismo y la inclinación a la reforma por los jueces ingleses en tiempo reciente, es evidente que ellos están conscientes de los problemas inherentes a las reformas parciales tal y como fueron

delineados en la sección anterior. Esto se manifiesta en el amplio uso de argumentos por analogía.

Un tribunal se basa en la analogía siempre que señale similitudes o diferencias entre el presente caso y casos previos que no constituyen precedentes obligatorios aplicables al caso presente. Tomemos nuestro ejemplo del fallo en P :

$$P: a, b, c, d, e, g/A, B, C \rightarrow X$$

Si los hechos en el nuevo caso N_1 incluyen a_1 , b_1 y c_1 , no hay lugar para el argumento en analogía con P . N_1 cae directamente bajo la norma establecida en P la cual es, se supone, obligatoria para el tribunal en N_1 . Supóngase, sin embargo, que el nuevo caso es N_2 que es un caso a_2 , b_2 , $\bar{c}_2$, d_2 , $\bar{e}_2$. El fallo en P no se aplica a los hechos de N_2 . Sin embargo los dos casos son similares en algunos aspectos. Ambos son casos de A, B, D . Esta analogía *no* es obligatoria para el tribunal. No existe, por hipótesis, ninguna norma jurídica obligatoria para el efecto de que $A, B \rightarrow X$, o de que $A, B, D \rightarrow X$.

En otras palabras el argumento por analogía no es un método para descubrir qué normas son jurídicamente obligatorias en virtud de la doctrina del precedente. Tal descubrimiento requiere no más que una interpretación del precedente para establecer su *ratio*. El argumento analógico es una forma de justificación de nuevas normas establecidas por los tribunales en el ejercicio de su creación jurídica discrecional. Como tal, esta justificación tiene éxito cuando ayuda a establecer que la norma adoptada por el tribunal es la mejor que puede adoptar.

¿Cuáles son las condiciones que un exitoso argumento por analogía tiene que satisfacer? Uno habla de argumentos por analogía siempre que los tribunales se basan en la existencia de similitudes en anteriores decisiones, pero, naturalmente, no todas éstas son justificadas. ¿Cómo debe uno juzgar? Dos grandes dificultades obstaculizan un análisis claro del argumento analógico. El primero consiste en la dificultad de proporcionar un criterio general sobre la relevancia de las similitudes. La segunda dificultad, la cual compone la primera, es el problema de explicar cómo los argumentos analógicos pueden ser de fuerza y ser al mismo tiempo no obligatorios.

Compárese P y N_2 : ellos se parecen entre sí respecto a A y B los

cuales fueron considerados relevantes en *P* y también con respecto a *D* la cual no se consideró relevante. Son distintas con respecto a *C* (considerada relevante) y *E* (no relevante en la norma establecida en *P*).

Obviamente, no es la cantidad de las diferencias sino su importancia la que cuenta. Pero ¿cuál es el criterio de esta importancia? La respuesta se encuentra en el "*rationale*" de la norma establecida en *P* —la razón para tenerla, los propósitos que ésta sirve—. Esto es lo que explica el papel y la importancia de las condiciones establecidas en ella. Por su específica naturaleza la justificación de una norma es más abstracta y más general que la norma que justifica. Por tanto, así como justifica esta norma bien podría justificar otra. Si esta norma es justificada como un medio para lograr cierto propósito o para proteger cierto valor, así lo podrían ser otras normas si promueven el mismo propósito o protegen el mismo valor en diferentes formas o bajo diferentes circunstancias. Un ejemplo tiene lugar aquí: En *D v. NSPCC* 1977 1 All E. R. 589, la Cámara de los *Lords* tenía que decidir si la *NSPCC* estaba facultada para rehusarse a revelar la identidad de uno de sus informantes, no obstante el hecho de que su identidad era relevante para una acción por negligencia contra la *NSPCC*. Las normas existentes imponen a la *NSPCC* suministrar la información. Existe, sin embargo, una norma que permite a los departamentos del gobierno conservar pruebas relevantes cuando su entrega pueda dañar el interés público en cuanto al funcionamiento apropiado y eficiente del gobierno. Esta norma no cubre a la *NSPCC*, que no es un departamento gubernamental. Los *Lords*, sin embargo, encontraron similitud suficiente entre los casos regulados por esta norma y el presente caso, para justificar cambiar el derecho y extender la norma, de forma a proteger el anonimato de los informadores de la *NSPCC*. La similitud se encuentra en las *funciones* legales que la *NSPCC* realiza y las de varias agencias gubernamentales (policía, servicios sociales, etcétera). Esta similitud es suficiente porque el propósito de la norma original es asegurar el ejercicio eficiente en las facultades de un cierto tipo. La forma de hacerlo es proporcionando protección a los departamentos gubernamentales. Pero el mismo propósito justifica, igualmente, extender la protección a otros cuerpos que realizan funciones similares.

Éste es un breve y crudo sumario de un largo y sutil juicio. El caso en sí mismo es simple en virtud de que la analogía encon-

trada es precisamente entre una norma y un caso nuevo. Con frecuencia son invocadas analogías con varias normas. Sin embargo, el caso ilustra la técnica general de los argumentos analógicos—descansar en similitudes parciales para extender una norma—($A B C \rightarrow X$ en P puede simplemente extenderse en N_2 eliminando una condición de forma a quedar $A, B \rightarrow X$) o crear otra norma que conduzca al mismo resultado (N_2 puede establecer una nueva norma $A, B, D \rightarrow X$ la cual coexistirá con la anterior establecida en P) cuando tal cambio en el derecho es justificado por el mismo propósito o valor que justifica la norma original en el que la analogía se basa (es decir $A, B, C \rightarrow X$).

Ésta es, pues, la respuesta a la primera dificultad: el criterio de la relevancia de las similitudes es la justificación subyacente de la norma que constituye la base de la analogía. El argumento por analogía es esencialmente un argumento para el efecto de que si una cierta razón es suficientemente buena para justificar una norma, entonces es igualmente buena para justificar otra cuya similitud se sigue de ella.

Estas observaciones contienen, implícitamente, la solución a la segunda dificultad de la explicación del argumento analógico: si el argumento analógico tiene, en realidad, alguna fuerza ¿cómo puede ser que no sea obligatorio en absoluto? ¿Por qué constituye únicamente una guía para que los tribunales ejerciten su discreción al crear derecho? La primera cuestión que hay que observar es que el argumento por analogía no justifica, por sí mismo, la nueva norma que supuestamente se basa en él. Todo lo que muestra es que si la norma vieja está justificada, de la misma manera lo está la nueva. Pero, entonces, podría sostenerse que los argumentos analógicos en sí mismos no contienen fuerza alguna: si la vieja norma es una norma mala y su supuesta justificación es defectuosa entonces no debemos basarnos en ella para generar una nueva norma. Si, por el otro lado, la justificación es válida y buena, ésta puede ser la base para generar una nueva norma con independencia de si ésta es también la justificación de una norma existente. De cualquier forma no existe fuerza en la analogía en tanto tal. Hay algo de verdad en este argumento, pero en última instancia, falla al inadvertir el predicamento de la reforma parcial tal y como fue descrita en la sección anterior. Tal predicamento surge de la objeción a la reforma parcial basada en los malos productos alegados que resultan de la introducción de con-

flictos pragmáticos en el derecho. El argumento por analogía muestra que la nueva norma es una norma conservadora; no introduce nuevos principios o valores discordantes y conflictos en el derecho, los propósitos y valores que promueve ya se encuentran servidos por normas existentes.

Esta es la fuerza del argumento analógico, pero, también, su limitación. Como observamos en la sección anterior, aunque hay razón para evitar conflictos pragmáticos, esta razón puede ser superada si es probable que el conflicto sea de corta vida o si, por cualquier otra razón, sus consecuencias indeseables son menos indeseables que las consecuencias de perpetuar y extender el ámbito de normas y doctrinas jurídicas malas. Es por ello que los argumentos analógicos tienen alguna fuerza pero no son concluyentes. Establecen coherencia de propósitos con ciertas partes del derecho. Ésta es una consideración relevante pero también existen otras.

Con frecuencia se considera que los argumentos analógicos no son concluyentes porque hay muchas analogías incompatibles que pueden ser establecidas y los tribunales escogen cuáles establecer en base a otros fundamentos independientes. Éste es un argumento válido, pero su significado es malentendido si se supone que muestra que el argumento analógico es meramente un escaparate. El argumento es válido en tanto que el derecho ya contiene conflictos pragmáticos. Cuando las normas P_1 y P_2 promueven fines sociales en conflicto, el tribunal tendrá que escoger si introduce una nueva norma N_1 promoviendo el mismo fin que P_1 o una norma N_2 que promueve el fin de P_2 . Tal opción no será basada en analogía (salvo cuando se funde en una de las normas existentes que se desvía y está en desacuerdo con los fines del grueso del derecho). Pero el hecho de que cualquier norma que el tribunal adopte sea analógica a alguna norma existente es aun relevante para mostrar que el tribunal no introduce ningún nuevo conflicto pragmático sino que respalda, por así decirlo, un lado de una disputa existente.

Una controversia entre estudiosos del razonamiento judicial en Inglaterra, como en otros lados (en mucho los mismos problemas surgen sobre el uso de la analogía por los tribunales en varios países), se ocupa del *status* del argumento analógico. Algunos, observando la posibilidad de señalar en muchos casos diferentes analogías que llevan a diferentes conclusiones y el hecho de que otras consideraciones puedan justificar el rechazo de esta conclusión,

han afirmado que el argumento analógico es meramente un escape, una forma de argumento sin fuerza jurídica o de cualquier otra que recurre a razones artificiosas. Otros consideran el argumento analógico como una poderosa herramienta, jurídicamente obligatoria y único camino para la solución correcta de todos los casos difíciles.²¹ El análisis anteriormente ofrecido es, sin embargo, otro intento que conduce a una ruta intermedia. Explica por qué los argumentos analógicos son siempre moralmente relevantes como respuesta a la pregunta de si y cómo deben los tribunales usar sus facultades creadoras de derecho. También explica por qué los argumentos analógicos pueden indicar diferentes direcciones y por qué son ellos, únicamente, una de las innumerables consideraciones que los tribunales deben tener (moralmente) en cuenta.

La relevancia del argumento analógico es apreciada por la judicatura aun cuando las razones para ello puedan, algunas veces, ser mal entendidas. No obstante esto, no hay argumento para decir que los jueces se encuentren *jurídicamente* obligados a usar argumentos analógicos. No existen estándares jurídicamente convenidos sobre cómo tales argumentos deben ser usados más allá del consejo general de que deben ser usados para establecer armonía en los propósitos entre las normas propuestas y establecidas y que se les debe asignar el peso que es moralmente correcto darles. Los argumentos analógicos son y deben ser usados de acuerdo con su relevancia moral inherente. No existe ningún requerimiento jurídico especial sobre su uso.

²¹ La teoría de la decisión judicial (*adjudication*) del profesor Dworkin es el caso más extremo de una fe total en los argumentos analógicos. En "Hard Cases" (en *Harvard Law Review*, 1975, p. 1057, reimpreso en *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, pp. 81-130; existe traducción española de Javier Esquivel *Casos Difíciles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1982 [Cuadernos de Crítica] Dworkin propone una concepción según la cual los jueces están obligados a resolver todos los casos jurídicos en base a una total analogía —a todas las normas existentes—, legisladas como del *common law*, e implica una solución correcta jurídicamente obligatoria para todos los casos difíciles. El profesor Dworkin, de esta manera, ha optado por la interpretación más conservadora del papel judicial: los jueces no tienen ni facultad jurídica ni moral para asumir un papel reformador. Ellos tienen que fundamentarse únicamente en argumentos analógicos, los cuales perpetúan y extienden la ideología jurídica existente. Para una crítica de la concepción del profesor Dworkin véase mi artículo "Professor Dworkin's Theory of Rights", en *Political Studies*, 1978, p. 123.

9. La continuidad de aplicar y crear derecho

El análisis del razonamiento judicial en este capítulo es inevitablemente simplificado y parcial. Es simplificado porque intenta aislar los pasos elementales del razonamiento judicial. Las decisiones en casos importantes suponen referencia a muchas normas jurídicas, algunas de las cuales son seguidas, algunas otras *distinguidas*, mientras que otras proporcionan la base para diferentes analogías. Esta complejidad no se encuentra representada en el análisis que aquí hemos presentado. Este análisis, sin embargo, proporciona los medios para entender los complejos argumentos judiciales. La explicación anterior es también parcial. Se concentra en las relaciones entre derecho y valor en el razonamiento judicial y descuida otras cuestiones. El método judicial de restringir normas previas al *distinguir*las fue ampliamente analizado, sin embargo, poco fue dicho, por ejemplo, sobre los medios para extender el ámbito de las normas. La razón es simple: no existen normas jurídicas formales sobre cómo pueden los tribunales extender las normas. Tampoco todos los casos de normas restringidas están regulados por la regla de *distinguir*. Siempre que un tribunal anula, puede limitar el ámbito de la norma transformada. Algunas ocasiones uno extiende una norma al *distinguir* y, de esta manera, limita el ámbito de otra que establece una excepción a la primera. Algunas veces varias normas separadas son unidas en una más amplia y nueva doctrina que, de hecho, extiende el ámbito de las viejas normas. Argumentos analógicos son frecuentemente usados para respaldar el caso de normas nuevas e independientes, mostrando que sirven a los mismos objetivos generales a que sirven las existentes. De forma igualmente frecuente son usados para sostener el caso para reemplazar una norma limitada por una más comprensiva que, al estipular que el resultado jurídico que la norma original proporciona debe ser aplicado a la original y a otras circunstancias, extiende el ámbito de la vieja norma. Éstas y otras facetas del razonamiento judicial faltan de ser exploradas. Su exploración se basaría en los fundamentos establecidos en este análisis.

Un problema restante debe ser abordado ahora. La opinión defendida anteriormente es que los tribunales crean derecho al conocer de disputas no reguladas. Ellos lo hacen con independencia de si están conscientes de que lo hacen. Esto produce una importante diferencia conceptual entre la creación jurídica

legislativa y la judicial. Una acción legislativa es una acción que intencionalmente cambia el derecho. La creación judicial del derecho no necesita ser intencional. Un juez puede crear una nueva norma en una decisión que piensa es puramente una decisión aplicadora del derecho. En la actualidad los jueces están, en su mayoría, absolutamente conscientes de su facultad jurídico-creadora. Sin embargo, esta distinción conceptual no ha perdido su importancia. Aun cuando los jueces conozcan que ellos frecuentemente crean derecho, ellos no siempre juzgan correctamente si un punto particular hecho en un juicio es innovador o aplicativo. Naturalmente es de importancia crucial para el apropiado funcionamiento de la administración de justicia que las decisiones judiciales sean válidas con independencia de si el tribunal correctamente identifica su carácter innovador o aplicativo.

No obstante todos estos hechos, puede ser sorprendente que los tribunales no se preocupen por identificar la línea divisoria exacta entre las partes de sus consideraciones que se ocupan de la aplicación del derecho y aquellas que se ocupan de su creación. En virtud de que las dos son radicalmente diferentes uno hubiera podido esperar —frecuentemente se dice— que los tribunales dividieran sus consideraciones en partes claramente definidas, empleando razones radicalmente diferentes para justificar sus conclusiones aplicadoras de derecho y las creadoras de derecho. Esto, por supuesto, no ocurre. Aunque los tribunales, frecuentemente, hacen ver que están conscientes de que diferentes tipos de argumentos son apropiados cuando consideran hacer uso de sus facultades creadoras del derecho, frecuentemente, también, se mueven imperceptiblemente de una función a otra. Ninguno que acepte el análisis ofrecido en este capítulo se sorprenderá de la existencia de la fuerte continuidad entre la aplicación y creación del derecho.

La continuidad no es uniforme en todos los tipos de casos. La anulación (*overruling*), normalmente, es claramente identificada y los argumentos morales, económicos, etcétera, son, por lo general, libremente usados. De manera general esto es verdad, también, de la función de *distinguir*, aunque, aquí, la confusión sobre lo que vale como *ratio* y el limitado campo para la reforma, frecuentemente tiende a oscurecer el límite entre seguir y distinguir un precedente.²² En casos de indeterminación frecuentemente no exis-

²² Frecuentemente los tribunales minimizan el grado en que una decisión es inno-

te una clara división entre aplicación e innovación. Si un caso cae o no dentro de la vaga e indeterminada área límite de un concepto descriptivo constituye, frecuentemente, en sí mismo, una cuestión indeterminada. En tales decisiones la continuidad es completa.

Sin embargo, el argumento realmente importante que debe tenerse en mente, es que, en la mayoría de las ocasiones, el razonamiento que justifica las decisiones creadoras de derecho es similar y entra en continuo con las decisiones que interpretan y aplican el derecho. Esto es así en todos los casos de creación judicial del derecho de pequeña escala o creación conservadora. El argumento por analogía usado en la creación del derecho implica la interpretación del propósito y las razones fundamentales (*rationale*) de las normas jurídicas existentes; esto es igualmente esencial para una correcta interpretación y aplicación del derecho. La analogía es usada en la creación del derecho para mostrar armonía de propósitos entre las disposiciones jurídicas existentes y las nuevas. Es también usada en la interpretación, bajo la suposición de que el legislador desea preservar la armonía de objetivos y sus leyes deben ser interpretadas como hechas para perseguir fines compatibles con las normas relacionadas. El uso de la analogía tanto para la creación jurídica como para la interpretación es meramente un ejemplo del hecho de que, en general, el mismo, o muy similar, tipo de argumento es relevante para ambos propósitos. En la mayoría de los casos de interpretación de derecho relativamente moderno puede suponerse, siendo las demás cosas iguales, que la intención y propósito del legislador era promover fines razonables. De esta forma, indirectamente, la interpretación, no menos que la creación del derecho, supone la evaluación de diferentes fines.

El hecho de que el mismo tipo de argumentos sean usados al aplicar y crear derecho no muestra que no haya ninguna diferencia entre las dos actividades. Los argumentos son usados bajo diferentes suposiciones y se les otorga diferente papel y peso. Sin embargo, la ocurrencia del mismo tipo de argumentos en ambos tipos de razonamiento judicial explica por qué los tribunales, frecuentemente, no se preocupan por definir explícitamente qué función están realizando en un momento dado de su razonamiento. Como hemos visto, en su mayor parte, tal continuidad de

vadora con objeto de evitar la necesidad de cargar con una completa responsabilidad por ello o para evitar tener que justificarla mediante largos y explícitos argumentos.

argumentos existe donde es inevitable, esto es, en las disputas no reguladas donde la indeterminación no permite una clara distinción entre aplicar y crear derecho. No es por casualidad que en tales casos en particular, argumentos muy similares sean normalmente apropiados para ambas actividades. Es quizás apropiado terminar con el tema de la continuidad de argumentos entre la aplicación jurídica y la creación jurídica, puesto que ha sido el objetivo primordial de este capítulo demostrar la intrincada interconexión entre estas dos actividades judiciales sosteniendo que, no obstante lo intrincado las dos actividades, son conceptualmente distintas y ambas presentes en el funcionamiento de los tribunales ingleses.