

**RAZÓN PRÁCTICA Y ARGUMENTACIÓN EN MACCORMICK: DE LA DESCRIPCIÓN A LA JUSTIFICACIÓN CRÍTICO-NORMATIVA**  
*PRACTICAL REASON AND ARGUMENTATION IN MACCORMICK: FROM DESCRIPTION TO THE CRITICAL-NORMATIVE JUSTIFICATION*

L. SUÁREZ LLANOS  
*Universidad de Oviedo*

Fecha de recepción: 23-6-2005  
Fecha de aceptación: 19-9-2005

**Resumen:** *En este artículo se parte del cambio de paradigma que se produce en el ámbito de la aplicación tras la II Guerra Mundial y que anima la “eclosión” de las teorías de la argumentación jurídica. En particular, y teniendo muy presente la importancia del nuevo iuspositivismo inclusivo frente al excluyente, se toma la concepción argumentativa del neoinstitucionalista D.N. MacCormick, de un lado, como paradigma desde el que comprender las nuevas pretensiones moralizadoras de la actividad judicial, sus argumentos y su instrumental. De otro lado, como frente de contraste de las críticas, objeciones e insuficiencias de las que adolece esa concepción argumentativa, de su tendencia judicialista y de su problemático enfrentamiento a los principios fundamentales de la concepción iuspositivista y al legalismo sostenido conforme a argumentos democráticos y de seguridad jurídica.*

**Abstract:** *This article takes as starting point the paradigm’s change which involves World War II in the judicial application and which animates the “eclosion” of argumentative theories. In particular, and bearing in mind the importance of the new inclusive positivism against the exclusive, I take the argumentative conception of the neoinstitutionalist D.N. MacCormick, on one side, as a paradigm from which understanding the new moralizing pretensions of the judicial activity, its arguments and instrumental. On the other side, as a contrast front of the critics, objections and insufficiencies of that argumentative conception, of its judicialist tendency and of its problematic confrontation with the fundamental principles of the iuspositivistic conception, with the legalism supported on democratic arguments and legal certainty.*

**PALABRAS CLAVE:** argumentación, neoinstitucionalismo, positivismo  
**KEY WORDS:** argumentation, neoinstitutionalism, positivism



1. La concepción positivista legicéntrica que se impuso en la Europa continental en el s. XIX encontró su aliada natural en la Teoría General del Derecho y su concepción cientifista y formalista. Ellas saturaron el panorama teórico y práctico en todos los niveles, desde el legislativo omnipotente y onniscente hasta el judicial. Frente a cualquier crítica, y fueron muchas las que demostraron su capacidad de supervivencia histórica –pienso en Ehrlich, Kantorowicz, el segundo Ihering, etc.–, el estadio de gradas formalizado en torno a la razón especulativa demostró su vigor constructivo/destructivo, convirtiéndose la aplicación del Derecho en uno de los ámbitos mejor protegidos o, aparentemente, mejor domesticados de la concepción triunfante. La jurisdicción fue dominada en los países que prologaron la concepción del Estado de Derecho, Francia y Alemania, por la exégesis y la Jurisprudencia de conceptos proponiendo, más allá de lo que la lógica prometiera ofrecer, la subsunción deductiva, posibilitada por la presunción de hiperracionalidad legislativa, como cierre del diseño teórico formal y del desarrollo práctico.

Sin embargo, y precisamente por el vigor que adquiere la vieja “cuestión social”, en el transcurso del s. XX la dimensión política denostada por el positivismo lógico y los reclamos económicos, sociales, laborales, etc. demuestran su capacidad para desestabilizar el Estado y afectar la definición del Estado de Derecho y su instrumento de dominación principal, la ley, animando, a partir del primer tercio del s. XX, un cambio básico y de fundamental relevancia en el marco jurídico teórico de la descripción-conocimiento y en el práctico. De tal forma que, economizo detalles, a partir de la segunda mitad del s. XX comenzaba a considerarse demostrada la pretenciosidad e incapacidad cientifista de la Teoría General y la Metodología del Derecho objetadas ya desde hacía décadas. Pues bien, si la más importante transformación en el marco de la praxis se produce con la conversión del Estado de Derecho en Estado social –lo que convierte al legislador racional en legislador manager, productor y distribuidor, etc.– en el marco especulativo, durante décadas pertrechado frente a toda concepción política so pena de oscuridad metafísica, la más importante/efectiva brecha se abre precisamente en el nivel más controlado, la jurisdicción. Y, esa brecha paulatinamente se irá extendiendo animada por la praxis del nuevo Estado social neoconstitucional y su amplia panoplia de derechos normativizados o sustentados por principios, recorriendo todo el dominio de la teorización positivista hasta admonizarse hoy su profunda crisis.



Así las cosas, se comprueba hoy una actitud crecientemente compartida, casi de “moda”, que “media” entre aquel extremo logicista dogmático, el reacio irracionalismo y el objetivismo axiológico que la positivización diera por cerrado hace un par de siglos; se trata de una forma de incorporacionismo de la moral en el Derecho frente al carácter excluyente del iuspositivismo tradicional. Aquí juega un papel fundamental la segunda analítica jurídica, del lenguaje común e impronta pragmática<sup>1</sup>. Y es que, ahora se trata de reconstruir el entramado iuspositivista más allá del normativismo, el realismo y el moralismo centrando el análisis del Derecho en su no exclusiva pero sí fundamental dimensión argumentativa. Así, se parte de “una visión pragmática, dinámica... instrumental del Derecho... que no contempla al Derecho como un instrumento que pueda servir para cualquier fin, sino... como un instrumento de la razón práctica”<sup>2</sup>.

2. Con este planteamiento, que se proyectará sobre todos los niveles político-jurídicos reforzando la definición legal democrática en las sociedades desarrolladas, adquiere una posición preferente la fundamentación y se exaltan doctrinalmente las “teorías de la argumentación” rehabilitadoras y encauzadoras de la razón práctica en un marco reglado y positivo. Pues, en tales sociedades importan menos las decisiones voluntaristas que el tipo de razones que las sustenten.

La concepción argumentativa potencia respecto de la aplicación del Derecho el uso de las “artes hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones como... en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas”<sup>3</sup>, destacándose que el proceso de decisión y la decisión misma tienen límites. Ya no bastan los requisitos formales del proceso de legalidad, ni la autoridad, ni la formal apelación a la subsunción como justificación del fallo. Ciertamente permanecen como condiciones de legalidad y racionalidad jurídica, pero limitándose a garantizar la justificación interna de la decisión, no la justificación misma. Ésta ahora requiere un proceso decisonal razonado y razonable orientado a completar aquélla con una justificación externa garante de la corrección de la resolución jurídica.

---

<sup>1</sup> Profundizo en esta cuestión en L. SUÁREZ LLANOS, “Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico”, *Isonomía*, núm. 22, 2005, pp. 161-206.

<sup>2</sup> M. ATIENZA, “El Derecho como argumentación”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, p. 38.

<sup>3</sup> J. C. VELASCO ARROYO, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, p. 53.

De esta forma, la teoría de la argumentación pretende superar la concepción positivista jurisdiccional en dos sentidos. Impidiendo la creación extrajurídica de Derecho. Y, creando instrumentos para caracterizar la decisión como jurídicamente defectuosa y no sólo moralmente dudosa<sup>4</sup>, pues el poder y el Derecho deben someterse a la razón y no a la inversa.

Ahora bien, el planteamiento proyecta su fuerza expansiva sobre el concepto y teorización del Derecho, pues puede rebasar la descripción hasta llegar a la justificación sistémica alterando los postulados positivistas básicos, destacadamente los de coherencia y plenitud. Y es que, se parte de un juez que se sirve de la razón práctica y no sólo del sistema formalmente positivizado, y de que el Derecho, por ser uno de los más importantes focos de razón práctica, actúa como un instrumento valioso para una concepción político-social racionalmente justificada. Planteamiento que considerado comprehensivamente impone un desplazamiento, en uno u otro sentido, de la prevalencia y centralidad sistémica del concepto formal de validez.

3. Dentro del arco teórico que dibujan las teorías de la argumentación existe una relativa diversidad de planteamientos, pero se mantiene cierta homogeneidad como para hablar de una teoría *standard* de la argumentación que aunque es a veces presentada como expresión de la “crisis iuspositivista”, y como factor de su agravamiento, puede ser encauzada, me parece, como todo lo contrario; como un instrumento al servicio de la rehabilitación iuspositiva especialmente en el marco del Estado social de Derecho constitucional normativo actual. Aunque probar y articular esto exige muchas maticaciones y una profundización sería no sólo en la teoría de la argumentación sino también en los *standards* de corrección legislativos.

4. Aquí me interesaré, teniendo bien presente sus conexiones filosófico-políticas, por la teoría *standard* de la argumentación del neoinstitucionalismo jurídico en particular de MacCormick fundamentalmente por lo siguiente. Porque ofrece una alentadora propuesta de un modelo teórico para la aplicación y también para la concepción y teorización del Derecho que avanza y ayuda a clarificar algunos de los postulados básicos del iuspositivismo inclusivo, incorporacionista o *soft positivism*. Y, porque articula una teoría argumentativa que trata de recoger la práctica judicial positiva para refor-

---

<sup>4</sup> Cfr. respectivamente G. BERGHOLTZ, “Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la justificación de las decisiones razonadas”, *Doxa*, núm. 10, 1990, p. 75 y a R. ALEXI, “The special case thesis”, *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4, 1999, p. 382.



mularla normativamente conforme a una perspectiva crítica posibilitada por la concepción filosófica y sociológica que da sentido a su teoría neoinstitucional del Derecho. Por eso, la concepción argumentativa macCormickiana interesa mucho al abrir perspectivas acerca de cómo la ontología jurídica, el ser del Derecho, su realidad compleja y dinámica es determinado, a la vez que ilumina, tanto la comprensión de lo que hacen los jueces como la propuesta de cómo deberían hacerlo en un marco iuspositivo normativo pero realista y pragmatizado.

5. La teoría argumentativa macCormickiana se propone con un carácter dialógico –la decisión correcta no procede del autoconvencimiento de uno mismo, sino del diálogo como *logos* compartido, como debate intersubjetivo–, consensualista –el acuerdo es el objetivo del diálogo para la solución de la cuestión– y procedimental –interesa el acuerdo conformado a ciertas reglas que purifican el diálogo al garantizar la posición argumentativa de las partes–. Y, además, demostrando aquella conexión entre la teoría neoinstitucional y la propuesta argumentativa, se vincula a una descripción del Derecho dinámica, pragmática y compleja, al integrar constitutivamente en la definición de la validez jurídica una teoría normativa referida a las decisiones judiciales<sup>5</sup>. La cuestión es si tal planteamiento deja un margen suficiente a la caracterización iuspositivista que el neoinstitucionalismo para sí pretende<sup>6</sup>.

6. La concepción de la coherencia que se extendió hasta la primera mitad del s.XX diseñada e impulsada por el iuspositivismo formalista, aunque para dar cuenta de unas pretensiones políticas codificadoras centradas en la autorreferencia racional, es superada por la coherencia material que reivindica la teoría neoinstitucionalista. Porque ésta atiende a la dimensión de racionalidad práctica referida por el sistema jurídico cuando éste es entendido comprensivamente según sus implicaciones político-sociológicas, valorativas, ontológicas, etc. Una racionalidad práctica que consiste “en el cálculo de la adecuación

---

<sup>5</sup> Si la concepción formalista positivista respondía a qué es el Derecho con independencia de cuál es el Derecho para este caso concreto, el neopositivismo institucionalista vincula ambas preguntas y sus respuestas, la respuesta a la primera pregunta depende de la respuesta a la segunda, aunque la haya condicionado previamente en cierta medida (cfr., F. ATRIA, “Del Derecho y el razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 22, 1999, pp., 89-ss., también. vid. J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988, pp. 283-294).

<sup>6</sup> En este sentido y complementariamente, vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 196-ss.



ción de los medios a los fines y en la sistematización de los principios de elección entre razones para la acción en conflicto dentro de un todo coherente y consistente”, y que se convierte en el eje articulador de las creencias y razones de una acción que se desarrolla en el fondo moral y normativo del particular sistema de racionalidad. Pues, “sin racionalidad puede haber *praxis*, pero no sistema... quizá pueda darse el pensamiento, pero... asistemático”<sup>7</sup>.

Por todo ello, el razonamiento y la decisión judicial encuentran su justificación en su adecuación a las exigencias de la razón práctica, aunque esto implique reformular la caracterización formal positivista del Derecho respecto del que actúan<sup>8</sup>. Probadas las carencias de la concepción logicista, pero, también, de la propuesta material sólo centrada en buscar buenos argumentos, como le pasaría a la tónica de Viehweg<sup>9</sup>, MacCormick anuncia y sigue una vía que aún quiere mantener la fidelidad positivista al razonamiento deductivo, pero en un marco argumentativo que indaga tanto en el procedimiento de selección de los buenos argumentos para la decisión, cuanto en el modelo de adopción de esa decisión. De esta forma, se consolida la exitosa distinción de Wröblewski entre la justificación interna y la justificación externa, con una pretensión integradora y de complementación entre la lógica formal y la material.

7. Para ello, el neoinstitucionalismo de MacCormick propone una teoría argumentativa centrada en un concepto de razón práctica reformulada en términos de racionalidad comunicativa. Partiendo de un primer nivel, de “justificación formal o interna” o de deducibilidad lógica de la decisión conforme a las premisas establecidas, desarrolla un segundo nivel centrado en la argumentación para concretar las premisas conducentes a la decisión y, también, los criterios mediante los que los jueces identifican, sopesan y concretan los argumentos sustantivos que les deben llevar a adoptar una decisión aceptable y universalizable.

<sup>7</sup> D. N. MACCORMICK, “The limits of rationality in legal reasoning”, *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*, Reidel. Kluwer, 1986, pp. 197 y 189, respectivamente para las citas.

<sup>8</sup> Así, las teorías de la argumentación rebasan las condiciones de la racionalidad lógica al exigir “la plausibilidad de las premisas, cuya fundamentación última no puede... tener la forma de un silogismo” J. M. CABRA APALATEGUI, “Racionalidad y argumentación jurídica”, *Derechos y Libertades*, vol. 9, 2000, p. 155

<sup>9</sup> Lo destacan bien García Amado y Atienza, en J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica Jurídica*, op. cit., pp., 88, 369; id., “Retórica, argumentación y Derecho”, *Isegoría*, vol. 21, 1999, p. 138 y M. ATIENZA, “El Derecho como argumentación”, op. cit., pp. 42-44.



8. La “justificación interna”, de primer orden o de consistencia sistémica de la decisión parte de la explícita afirmación de la posibilidad silogístico-deductiva, lo que ratifica la pretensión iuspositivista macCormickiana. En concreto, sostiene que “el razonamiento estrictamente deductivo es un elemento genuino e importante de la justificación legal” siempre<sup>10</sup>. Y que no sólo debe proponerse en todos los casos, fáciles o difíciles, “también” una justificación interna o formal, sino que, al menos respecto de algunos casos, los fáciles, la lógica silogística es aplicable como criterio único de resolución de la controversia –planteamiento éste que aparenta abocar la idea de “una única respuesta correcta” en tanto lógica-. La propuesta es la siguiente: “el proceso de justificación legal es en ocasiones puramente deductivo y de carácter lógico... Demostrar que al menos respecto de un caso puede darse una justificación conclusiva de una decisión a través de un argumento puramente deductivo es mostrar conclusivamente que una justificación deductiva es posible y que en ocasiones se da”. Por eso, afirmar que “el razonamiento legal no es nunca, o no puede ser en su forma exclusivamente deductivo”<sup>11</sup> es “manifiesta y demostrablemente falso”; “puede en ocasiones ser enteramente, y debe ser siempre en parte, deductivo en su esencia”<sup>12</sup>.

MacCormick muestra sus afirmaciones a partir del caso *Daniels and Daniels v. R.White & Sons and Tarbard*, en el que el argumento judicial para la decisión, cuyo mayor interés se centra en la clasificación de los hechos en Derecho, sería estricta y formalmente deductivo. Recuerdo esquemáticamente el caso. El Sr. Daniels compró en un bar una cerveza y una limonada para llevarlas a casa. De la limonada bebieron el matrimonio Daniels y, como consecuencia, ambos sufrieron graves alteraciones en su salud por la presencia de ácido carbólico en la limonada. Los Srs. Daniels demandan al

---

<sup>10</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 52. Corrige así la idea de Hart de que en el orbe judicial “la lógica guarda silencio” en la clasificación de los asuntos particulares, trivializando su relevancia, cuando la clasificación centra la discusión (cfr. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 128).

<sup>11</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 37 y 19 respectivamente. Pues, “en ocasiones, cabe mostrar conclusivamente que una decisión dada está legalmente justificada conforme a un argumento puramente deductivo” (*ibidem*, p. 19).

<sup>12</sup> D. N. MACCORMICK, “Legal deduction, legal predicates and expert systems”, en *International Journal for the semiotics of Law*, núm. 14, 1992, p. 182. Representativamente, vid. R. A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press. Standford, 1961, pp. 18-ss.





manufacturador de la limonada (*R.White & Sons*) y al tabernero que la vendió (*Ms. Tarbard*) y reclaman una indemnización por daños emergentes y lucro cesante en su actividad durante la enfermedad. La sentencia absuelve al manufacturador de toda responsabilidad y/pero responsabiliza a la tabernera de los daños y gastos ocasionados.

El juez Lewis concretó el informe de la sentencia. Existe acuerdo respecto de lo relatado. La botella de limonada se vendió por descripción, pues el comprador identificó el objeto a adquirir sin depositar una especial confianza en la destreza y el juicio del vendedor. Respecto tales bienes hay una obligación implícita del vendedor de garantizar que poseen suficiente calidad mercantil, aunque el juez reconoce que razonablemente no cabe exigirle que examine (pruebe) el producto -la limonada-. Así, aun siendo inocente por su actuación, la tabernera es jurídicamente responsable por la expendeduría de bienes que no poseen la suficiente calidad de comercialización. Al otro demandado, el manufacturador, *R.White & Sons*, el tribunal le exige que muestre la diligencia debida en la fabricación del producto y envasado. Como lo que se prueba es que la fabricación y el proceso de limpieza actual de los recipientes es satisfactoria su responsabilidad decae y se responsabiliza materialmente sólo al vendedor de productos sin calidad mercantil -la limonada dada a cambio de precio posee ácido carbólico-.

Así planteado, como "(c)ada paso del razonamiento es válido, el conjunto del argumento es válido; como cada premisa es (dados los criterios legales relevantes válidos) verdadera (al ser una verdadera proposición del Derecho, o un descubrimiento de hecho, o una conclusión derivada de tales premisas), la conclusión final... validamente establecida a través de un razonamiento deductivo, debe ser verdadera conforme a aquellos mismos criterios"<sup>13</sup>.

Pero, la claridad del planteamiento no libra de problemas la afirmación macCormickiana de la posibilidad y necesidad del razonamiento silogístico-deductivo. Veamos algunos de ellos.

Primer problema. El silogismo y la inferencia y justificación lógica son ajenos al acto que genera la resolución que es, aun en los "casos fáciles", un acto de voluntad<sup>14</sup> -no de pensamiento o lógica racional-. La lógica deductiva sólo puede referirse a proposiciones verdaderas o falsas, y exige

<sup>13</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 32.

<sup>14</sup> Complementariamente vid. G. KALINOWSKI, *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica. Posibilidad y relaciones*, Fontamara, México, 1993, p. 15-ss.



una cadena de proposiciones verdaderas que sustenten deductivamente una conclusión verdadera. Como la norma jurídica es prescriptiva y válida pero no verdadera, la decisión queda vinculada al acto de voluntad, rompiéndose la cadena descriptiva y la posibilidad de deducir una conclusión verdadera.

Pues bien, MacCormick acepta parte de la objeción; “la decisión de un tribunal no es producto lógico de la argumentación que la justifica”, por eso el razonamiento no llevaría a todos a alcanzar la misma conclusión jurídica verdadera y excluyente. Lo que no acepta es que esto sea relevante. Porque lo que importa es si el acto de decisión puede apelar legalmente al razonamiento deductivo, es decir, si respeta los límites de la justificabilidad material de la resolución<sup>15</sup>, ya que una cosa es afirmar la lógica subsuntiva como posible y otra muy distinta justificar razonablemente la decisión, lo que exige además de cobertura legal una justificación externa, materialmente argumentativa (argumentada).

El segundo problema de la afirmación de silogismo-deductivo se refiere a la concreción de los hechos jurídicamente relevantes. Pues su “verdadera descripción” y valoración para la calificación que convierte el hecho bruto en jurídico<sup>16</sup> a partir de la norma seleccionada son característica y definicionalmente controvertidos.

---

<sup>15</sup> La lógica califica la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no la decisión que “no es un producto lógico, aunque lo que la justifique sea... un razonamiento lógico-deductivo” (M. ATIENZA, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 136-137) –si bien, para MacCormick y Alexy la obligación de justificar su decisión, la presión de la opinión profesional, la publicidad, la posibilidad de apelación, etc. dificultan, aunque no impiden, que el juez se aparte de la solución formalmente lógica (D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 33-34. –Complementariamente D. N. MACCORMICK, “A deductivist rejoinder to a semiotic critique”, *I.J.S.L.*, núm. 14, 1992, p. 216; también V. ITURRALDE, “Sobre el silogismo judicial”, *A.F.D.*, vol. VIII, 1991, p. 266.

<sup>16</sup> Acepta MacCormick (D. N. MACCORMICK, “On reasonableness”. *Les Notions a Contenu Variable en Droit*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 154-155) que las consideraciones valorativas de los hechos son tan relevantes como la valoración de los aspectos normativos. Pues, “(l)a interpretación es siempre una operación total. No cabe ...situar la interpretación sólo en el campo de la normatividad... las operaciones de selección de normas para operar sobre ellas, su reconstrucción partiendo de los textos, los hechos o signos a través de los cuales externamente se manifiesta, y de atribución de sentido o significado son entre sí inescindibles” (L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 241).



Tercer problema; la dudosa capacidad normativa de la reglamentación positiva. En *Legal Reasoning and Legal Theory* MacCormick contemplaba la posibilidad de que una reglamentación positiva fuera lo bastante clara como para que el órgano judicial resolviese incuestionablemente. Pero, posterior y sucesivamente irá reconociendo que las reglas positivas no bastan para sostener una solución exclusiva y excluyente de otras posibilidades interpretativas. Así, finalmente, en la modificación al Prefacio de la nueva edición de aquel *Legal...*, asume que “el razonamiento jurídico a partir de reglas no puede ser una forma auto-suficiente y auto-sustentable de justificación jurídica. Está siempre envuelto en una red anterior y posterior de razonamiento a partir de principios y valores”<sup>17</sup>, lo que puede considerarse consecuencia del planteamiento neoinstitucionalista de MacCormick conforme al que las reglas de Derecho positivo son y deben ser permanentemente actualizadas y racionalizadas por la argumentación judicial y los principios.

Pero es que, entonces, el criterio de justificación en Derecho se altera en favor de una integración, *a posteriori*, del concepto apriorístico de Derecho válido. Y, como es el juez quien decide qué entra y qué no en las zonas de penumbra<sup>18</sup>, siempre se estaría interpretando creativamente y redefiniendo el Derecho lo que imposibilitaría una única solución silogística.

Cuarto problema. El silogismo, lejos de sustentar una justificación racional, sólo explicitaría, en el mejor de los casos, las condiciones y razones de la justificación. A lo que se añade que, para MacCormick, cualquier caso fácil

<sup>17</sup> Pero exagera MacCormick, dicen Alchourron y Bulygin, la relevancia de la dimensión valorativa de las normas. Porque muchas veces los jueces no valoran, “se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen... En otras palabras, no formulan juicios de valor, sino proposiciones axiológicas... puramente descriptivas... la tarea de determinar si las condiciones fijadas en la norma están cumplidas, en la mayoría de los casos, lejos de exigir una doble valoración, no requiere valoración genuina alguna, aún cuando las leyes estén formuladas en términos de ‘razonable’ o similares” (C. ALCHOURRON, E., BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.C. Madrid, 1991, p. 316).

<sup>18</sup> El corolario de tal argumento podría ser el siguiente: “Si el carácter claro o dudoso de una disposición depende de las estimaciones del juez, eso conduce a admitir que la claridad de una disposición no es a su vez cosa clara, es decir, que no se reconoce de manera automática sino decidida por el juez... Y si lo que no es claro debe ser interpretado, establecer que una disposición es clara (asunto no claro...) es cometido de la interpretación; con lo que la interpretación se extiende también a las disposiciones claras” J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Teoría Analítica del Derecho (La Interpretación de la Ley)*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, p. 49.

puede convertirse en difícil<sup>19</sup>, pues ontológicamente todos los casos son difíciles –como consecuencia de la concepción ontológica dinámica y compleja del Derecho– aunque pragmáticamente se diferencien. Tal es la consecuencia y punto de arranque de la dificultad para diferenciar ontológicamente reglas y principios. En concreto, se objeta que la viabilidad del silogismo sólo se mantiene en un nivel formal, pero que es materialmente inefectivo al no servir para solucionar los casos concretos ni retrospectiva ni prospectivamente.

Pues bien, el neoinstitucionalismo acepta que la reglamentación del Derecho positivizado no basta, como no basta apelar a la justicia formal. Las decisiones se justifican por su aceptabilidad genérica y conforme a un criterio de validez sistémico complejo fuertemente intervenido por los jueces<sup>20</sup>. Pues no se trata, como destacan Günther y Habermas, de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma, sino de convencerle de que *se aplica de un buen modo la norma positiva que mayor justicia ofrece al caso*. Esto supone aceptar en amplia medida la acusación de falta de operatividad material conclusiva del silogismo por su insuficiencia para fundamentar el proceso de desarrollo de la justificación judicial. Aunque insiste MacCormick en que, formulada la decisión, el silogismo le ofrecería un marco de explicitación. Ahora bien, me parece que entonces el problema pasa a centrarse en la posible banalidad y el carácter retórico de la afirmación del proceso lógico-deductivo<sup>21</sup>, también incluso respecto de los casos fáciles<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Esto es, “no existe una línea divisoria clara entre los ‘casos fáciles’ y los ‘casos difíciles’” (D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 227; tmb. pp. 197 y 199-200), porque lo que caracteriza a un caso fácil es que los hechos puedan ser probados como manifestaciones inequívocas de una regla positiva, pero, en realidad, las reglas positivas son susceptibles de interpretaciones variables dependientes de argumentos consecuencialistas y de principio (*ibidem*, p. 228; cfr. P. J. VAN DEN HOVEN, , “Clear cases: do they exist?”, en *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. III, núm. 7, 1990, pp. 55-ss.). Por eso para él la distinción es imposible desde una perspectiva ontológica, aunque no desde la pragmática del enjuiciamiento judicial (cfr. al respecto A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y Positivismo Jurídico*, C.E.C., Madrid, 1998, pp. 205-206).

<sup>20</sup> Pues, para MacCormick, desde el punto de vista interno, el hecho de que jueces, funcionarios y algunos súbditos acepten la Regla de Reconocimiento de un sistema no es un “dato ciego”, un “hecho bruto”, posee una importante significación jurídica respecto de la justificabilidad de las decisiones jurisdiccionales (D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 63).

<sup>21</sup> Cfr., G. CARCATERA, “L’argomentazione nell’interpretazione giuridica”, en *Atti dei Convegna Lincei. 135 Convegno Internazionale: Hermeneutica e Critica*, Roma, 1998, pp. 135, 110-112, 123-124.

<sup>22</sup> Corroborra enfáticamente F. ATRIA, “Legal reasoning and legal theory revisited”, *Law & Philosophy*, vol.18, núm. 5. 1999b), p. 564.

Aunando los problemas apuntados, el resultado sería más o menos el siguiente. El argumento silogístico es trivial si sólo concreta una justificación interna conforme al Derecho, si se limita a afirmar que existe una norma de Derecho que ampara la resolución<sup>23</sup>. En el momento en que trata de abandonar esa trivialidad para afirmar que existe una razón de fondo, una justificabilidad para la resolución revitaliza el argumento lógico-deductivo y abandona el pretendido estadio positivo de la descripción para inmiscuirse en el estadio normativo de la metodología de la aplicación. Además, MacCormick reconoce que no todas las normas deben aplicarse literalmente a todos los casos, sino que deben adecuarse a la valoración de las circunstancias y consecuencias respecto del caso concreto. Y, a todo ello se añade que el silogismo se enfrenta al problema de la convertibilidad de todo caso fácil en difícil.

También es verdad que el peso de estas objeciones se aligera cuando, dando un salto atrás, se recuerda que la pretensión de MacCormick no era demostrar la capacidad solutiva y justificatoria sustantiva del silogismo deductivo respecto del caso. Sino afirmar que: uno, al menos respecto de los casos fáciles cabe afirmar en ocasiones el razonamiento deductivo, lo que ya supondría afirmar el razonamiento deductivo mismo. Dos, aun respecto de los casos difíciles finalmente se sigue un razonamiento deductivo legal, pues también la interpretación y la valoración soportan una deducción objetiva, aunque se precise un agregado de premisas resultantes de una interpretación guiada por el razonamiento práctico para alcanzar una "conclusión" legal<sup>24</sup>. Y, tres, el silogismo parte de los términos proposicionales de descripción de las premisas normativas, no de las normas, para proponer un abanico de soluciones posibles.

9. En cualquier caso, como decía, la justificación en el marco general de las teorías de la argumentación y, en particular, en la de MacCormick no

---

<sup>23</sup> Actuaría el silogismo ocultando que tras el razonamiento justificativo está el decisorio, (cfr. M. TARUFFO, "La giustificazione delle decisioni fondante su standards". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 155), y que el primero no determina al segundo, le da cobertura, porque "invocar las normas como fundamento de su decisión no significa que tales elementos sean el factor fundamental de su decisión" (R. SEGURA ORTEGA, *La Racionalidad Jurídica*, Tecnos. Madrid, 1998, p. 104), es una "coartada de la lógica" (A. SOETEMAN, *Logic and Law. Remarks on logic and rationality in normative reasoning, especially in Law*, Kluwer, 1989, p. 229).

<sup>24</sup> Cfr. P. H. HALEWOOD, "Performance and pragmatism in constitutional interpretation", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. III, núm. 1, 1990, p. 94.



atiende sólo a la racionalidad interna de la resolución, también exige un segundo nivel de justificación centrado en la razonabilidad, corrección material o justificación externa de la decisión.

10. La concepción neoinstitucional macCormickiana aboca la imagen de un entramado normativo complejo que parte de la capacidad legislativa y del hecho de la legislación y se continúa y desarrolla por el juez y sus enjuiciamientos, que recrean al Derecho en sus permanentes juicios de valor y ponderación de las normas en relación con el caso concreto. Lo que lleva a proponer al Derecho legislado y la actividad interpretativa y aplicativa como un todo integrado<sup>25</sup>. Así, comprender la teoría de la argumentación de MacCormick exige entender su esfuerzo por integrar la concepción neoinstitucional sistémica y de conceptualización del Derecho y la metodología de aplicación con la racionalidad discursiva de la decisión<sup>26</sup>.

La consciencia de esta dinámica jurídica es la que anima el objetivo de corrección sustantiva de MacCormick. Más que nada, porque sabe que si logra racionalizar la materialización que exige la aplicación contribuirá a la racionalización y justificación del Derecho válido que es objeto de la teorización del Derecho.

Para ello oferta un modelo de racionalización de la decisión que vincula su justificabilidad al *standard* de la "colectivización del razonamiento jurídico" y al substrato sociológico de los principios o razones de segundo grado que justifican que la elección valorativa será fundamentada y universalizable. Con ello MacCormick pretende una forma de "objetividad hermenéutica" que garantice, aunque en el marco de la legalidad, la justificación política-jurídica de la decisión, su legitimidad. Tomando como punto de partida que la racionalidad práctica del agente se vincula a los *standards* valorativos de los que participa en función de su educación social, se posibilita una concepción hermenéutica conforme a la que los criterios de decisión y justificación se entrecruzan con una moral institucionalizada en un sistema de re-

---

<sup>25</sup> Complementariamente, vid. M. ATIENZA, "Argumentación jurídica", *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p. 231-232

<sup>26</sup> Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, 1986, p. 178. Así, sería reductivo creer que el esfuerzo de MacCormick se refiere sólo a la teoría de la argumentación; su objetivo es formular una teoría del Derecho completa en la que ocupa un puesto central la argumentación y la interpretación (cfr. A. SCHIAVELLO, "Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argumentazione giuridica", *Analissi e Diritto*, Génova, 1998, pp. 310, 314).

glas y principios. Y, todo ello sirve a la caracterización de la racionalidad del orden jurídico, el sistema legal y la adjudicación normativa por los órganos jurisdiccionales.

11. Como la labor del juez, dice MacCormick, es la aplicación racional del sistema normativo, subsistiendo su obligación de resolver conforme a Derecho aunque se encuentre ante un “caso difícil”<sup>27</sup>, es fundamental definir las vías por las que discurrirá la argumentación judicial en tales casos difíciles.

Al adjetivar un caso de difícil (y ya se dijo que esto sucede potencialmente siempre) se “justifica” la introducción de los principios como normas propias del sistema, pero también la formulación de distintos cánones procedimentales y argumentativos para adoptar la decisión –ya que el sumatorio de reglas y los principios no autorregula su aplicación–. Estas condiciones procedimentales conforman una “justificación de segundo orden”, un test sobre “lo que tiene sentido en el mundo y en el contexto del sistema” al definir un procedimiento racional ordenador y evaluativo de la relación entre las reglas y los principios que debe servir para alcanzar “una decisión racionalmente fundamentada”, una respuesta correcta para la controversia pero conforme al sistema jurídico<sup>28</sup>. Y esto es importante. Porque permite concebir la decisión en el marco del discurso de aplicación y no en el de fundamentación –garantizado por el procedimiento de racionalidad legislativa–, algo que separa a MacCormick, p.ej., de Alexy, a la par que dejaría expedita la puerta de la justificación racional de la decisión en el marco del sistema de Derecho positivo.

La argumentación jurídica se constituye, también para MacCormick, como un “caso especial” de la argumentación práctica en general<sup>29</sup>. Y, al respecto, reconoce que Habermas y Alexy le han convencido del vínculo entre la razón práctica discursiva y el razonamiento jurídico. Por eso, a las condiciones argumentativas para la razonabilidad judicial se suman las del discurso legislativo

<sup>27</sup> Como caracterización del “caso difícil”, A. PECZENICK, *On Law and Reason*, Kluwer, 1989, p. 372; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, p. 2; P. E. NAVARRO, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 252-ss.

<sup>28</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit. pp., 103. Complementa, *ibidem*, pp. 13-18; también, *id.*, “Formal justice and the form of legal arguments”, *Études de Logique Juridique*, vol. VI, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1976, p., 104.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, vid. A. PECZENICK, *On Law and Reason*, op.cit., pp. 188-190; *id.*, “The passion for reason”. *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer, 1999, p. 666.



práctico racional<sup>30</sup>. Y, esto importa. Pues, de un lado, se concreta un modelo que no arranca de una teoría general de la argumentación orientado a la fundamentación para luego descender al ámbito del discurso jurídico y la práctica judicial, sino que parte de la práctica y del discurso judicial para definir al final un modelo de justificación que sirve a sus pretensiones normativas y que traería su origen de la descripción. Aunque es cierto que este camino ascendente ya presupone el discurso legislativo fundamentado en el modelo racional discursivo del Estado de Derecho democrático y protector de los derechos. Y, de otro lado, se comprende mejor el sentido de la normatividad de la propuesta macCormickiana. Pues, planteada la teoría de la argumentación en el marco de las condiciones racionales del discurso político-legislativo, se da por garantizada una corrección jurídica mínima del Derecho positivo que permite mantener el ideal de corrección en el marco del sistema jurídico pero, eso sí, vinculado a la justificación racional que enturbiaría una propuesta de aplicación correcta de una ley de un Derecho injusto<sup>31</sup>. Aunque, ciertamente, este planteamiento también limita la efectividad de una teoría de la argumentación que quiera mantenerse al margen de un racionalismo etnocéntrico al imponer sus reglas de corrección como “la única moral correcta para los europeos medios... los esquimales, los habitantes de África central y los aborígenes!”<sup>32</sup>.

En cualquier caso, el rendimiento que MacCormick espera de su agregado de condiciones argumentativas y discursivas es alto. Pues, ansía tanto un instrumento que excluya el conservadurismo del método interpretativo hermenéutico tradicional al incorporar y hacer públicas a través del discurso la perspectiva crítica de la concepción *standard* del Derecho<sup>33</sup>, cuanto un proce-

---

<sup>30</sup> Cfr., R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 38-39, también, C. ALARCON CABRERA, “Filosofía analítica y Lógica Jurídica”, *Persona y Derecho*, núm. 43, 2000, pp. 286-ss.

<sup>31</sup> Está al respecto muy atinado Cabra Apalategui; cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Racionalidad y argumentación jurídica”, op. cit., pp. 175-177.

<sup>32</sup> E. HILGENDORF, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, *Rechtstheorie*, núm. 27, 1995, p. 198. Evita la acusación Aarnio centrándose en una determinada forma de vida racional.

<sup>33</sup> Muy interesante el análisis de Halewood y el enfrentamiento que propone entre a) la tesis de la “integridad” de Dworkin y la hermenéutica gadameriana de presupuestos tradicionales y conservadores de la interpretación del Derecho y b) la argumentación habermasiana y las posibilidades críticas que ésta sustenta al identificar y expurgar las distorsiones ideológicas de la “comunidad dialógica” (cfr. P. H. HALEWOOD, “Performance and pragmatism in constitutional interpretation”, op. cit., pp. 101-103; complementariamente, vid. S. SASTRE ARIZA, *Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 194-195).





dimiento de justificación de la respuesta correcta como ideal regulativo que limita la apelación a la intuición y el instinto<sup>34</sup>.

Aunque, eso sí, la respuesta correcta que propone normativamente tal ideal regulativo debe entenderse en un sentido débil, no en el fuerte de la “única” respuesta correcta que invoca, p.ej., Dworkin<sup>35</sup>. Pues, lo que MacCormick cree que se discute en el proceso interpretativo y de aplicación obstruyendo una solución definitiva son desacuerdos prácticos, no las razones teóricas que vislumbra Dworkin<sup>36</sup>. El juez no ejerce una discrecionalidad débil, puede ser fuerte, pero debería someterse a las condiciones de segundo grado que la volverían “menos fuerte”, aunque no débil<sup>37</sup>. No hay una única respuesta correcta para el caso, sino varias posibilidades coyunturalmente mejor justificadas conforme al sistema jurídico –por mucho que tras la resolución y por la especial naturaleza del proceso judicial la respuesta tenga carácter excluyente–. Por eso, debe abandonarse la dicotomía discrecionalidad fuerte-débil y asumir la posición intermedia de un cierto condicionamiento discrecional del juez, pero que no refiere una única respuesta correcta ni justificada *completamente*, sino justificada entre otras posibles<sup>38</sup>. Y, por eso, la “razonabilidad” que debe caracterizar a la decisión y a la que sirve la teoría de la argumentación tiene “contenido variable”, como señalaba Perelman en *Le Raisonnable et le Déraisonnable en Droit*, y es un valor-función contextuali-

<sup>34</sup> Vid. D. N. MACCORMICK, “Rethoric and the Rule of Law”, *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 170.

<sup>35</sup> En la misma línea, vid. R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 151; complementariamente vid. A. PECZENICK, *On Law and Reason*, op.cit., p. 312.

<sup>36</sup> Los “desacuerdos... prácticos se mantienen después de que todos los posibles desacuerdos especulativos hayan sido resueltos” (D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 258). Por eso, es falso que al carácter práctico de los desacuerdos se superponga su solución especulativa posibilitándose la función hiperracional de Hércules y la discrecionalidad judicial débil (vid. R. DWORKIN, “A reply”. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, 1984, p. 280). El desacuerdo especulativo se solventa con la argumentación y especificación de las condiciones de la elección, pero sin ofrecer una solución práctica conclusiva y única (D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p., 247-251)

<sup>37</sup> Complementariamente vid. H. L. A. HART, “Comment”. *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 36-40.

<sup>38</sup> Al respecto, vid. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 252-254. Complementariamente, vid. J. A. GARCÍA AMADO, “Debate: Las Razones del Derecho”, *A.F.D.*, Vol. IX, 1992, p. 477.

zado del juicio que depende del *standard* que afirman los principios operativos y las reglas de conducta de ciudadanos y jueces<sup>39</sup>. Es decir, que la razón práctica depende de su sentido histórico y social y de las circunstancias temporales y espaciales, refiriendo la ponderación de lo razonable al caso en el ámbito particular en que actúe. Aunque, destaca MacCormick, al apelar a la ponderación valorativa razonable de los distintos factores y argumentos no se invoca la arbitrariedad extrapositiva; esto sería confundir la parte con el todo. La valoración existe sea cual sea el método de descripción de la argumentación. Es verdad que la exigencia de sopesar distintos argumentos es metafórica; no cabe pesar los argumentos físicamente. Pero, sería igualmente cierto que puede definirse una instancia reglada y procedimental que defina los márgenes sistémicos en los que puede justificarse esa ponderación<sup>40</sup>.

12. La justificabilidad de la decisión depende de la razonabilidad del procedimiento para adoptarla. La propuesta neoinstitucionalista de justificación de MacCormick conjuga diversas condiciones –universabilidad, coherencia, consecuencialismo, consistencia– que definen una teoría descriptiva y normativa en sentido débil y que media entre la ultrarracionalista única respuesta verdadera, el irracionalismo y el escepticismo.

La justificación de segundo nivel de MacCormick gira en torno al principio de la justicia formal que exige juzgar de modo similar los casos iguales y de forma distinta los diferentes. Este principio se cualifica en la condición de “universabilidad”, conforme a la que toda decisión debe proponer una regulación que, siquiera modestamente, sea general, esto es que, aun atendiendo a las características de la controversia, sea universalizable<sup>41</sup>. Sería una forma de “justicia natural” la que, para MacCormick, justifica a la justicia formal. Pues ésta, por su contenido, ya expresaría que la decisión legal se basa en principios cuya aceptabilidad y coherencia respecto de la naturaleza genérica del caso han sido comprobadas rigurosamente. Por eso, el “contenido” de la justicia formal se proyecta en dos dimensiones: una material, que exige que la solución del caso responda a argumentos de principio co-

---

<sup>39</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, “The limits of rationality”, op. cit., p., 203; complementariamente, íd., “On reasonableness”, op. cit., p. 132.

<sup>40</sup> Complementariamente, D. N. MACCORMICK, “Razonabilidad y objetividad”. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, núm. 45. 2000, p. 435, tmb. “On reasonableness”, op. cit., pp. 145-ss.

<sup>41</sup> Vid. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 86 y “On the interpretation and understanding of Case-Law”, *ARSP*, vol. III, 1988, pp. 138-142.



herentes y jurídica y sistémicamente consistentes respecto de los casos similares dadas sus consecuencias. Y, una dimensión, derivada de la anterior, de justicia procedimental. Como en el proceso de decisión se elucidan los mejores argumentos para resolver de forma práctica la controversia, debe garantizarse la posición discursiva de las partes, esto es, la igual oportunidad de las partes para presentar y sostener sus argumentos ante el juez<sup>42</sup>.

Uno de los efectos de la condición de universalidad actúa sobre la doctrina del precedente. Pues, si una decisión es universalizable, parece que toda decisión posterior respecto de un caso similar debería responder al precedente genérico que constituye.

MacCormick lo reconoce, afirmando la obligación *prima-facie* de decidir el caso consistentemente con decisiones anteriores sobre supuestos similares, y las funciones de unificación y de explicitación de la coherencia sistémica a las que sirven los precedentes y que potencian “la integridad global del Estado como garante de un único sistema legal”<sup>43</sup>. Sin embargo, esto no significa que el precedente sea fuente inexcusable de Derecho<sup>44</sup>. Pues, igual que el juez debe resolver en el presente sobre los presupuestos adoptados en el pasado en casos afines y los que hayan de servir en el futuro<sup>45</sup>, debe apartarse de ellos si se dan razones de peso, aunque los casos sean similares. Esas razones de peso apelan a la condición de equidad –consideración de las circunstancias específicas del caso y búsqueda de la justicia de la resolución respecto de la situación particular– aparentemente contraria a la justicia formal. Aunque hay que entender rectamente a un MacCormick que rechaza soluciones conformadas a la justicia del caso si con ello se

---

<sup>42</sup> Tales condiciones se concretarían básicamente en “el derecho a ser oído y al debido proceso, derecho a la representación ante los tribunales administrativos y derecho al enjuiciamiento por un juez no mediatizado” (D. N. MACCORMICK, “Formal justice and the form of legal arguments”, op. cit., p. 116); actuando complementariamente las condiciones de la argumentación práctica diseñadas por Habermas y catalogadas por Alexy, como MacCormick reconoce.

<sup>43</sup> D. N. MACCORMICK, “Formal justice and the form of legal arguments”, op.cit., pp. 103-ss., 113-118; *id.*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 72-ss.; cfr. también D. N. MACCORMICK.; R. S. SUMMERS, “Further general reflections”, *Interpreting Precedentes. A Comparative Study*. Darmouth, 1997, p. 1 y D. N. MACCORMICK, L. MORAWSKI, A. RUIZ MIGUEL, Z. BANKOWSKI, “Rationales for precedent”. *Interpreting Precedentes*, Darmouth, 1997, pp. 486-487.

<sup>44</sup> Vid. D. N. MACCORMICK, “Precedent as a source of Law”, *ARSP*, núm. 69, 1998, pp. 177-ss.

<sup>45</sup> Vid. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 99, en el mismo sentido, C. PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 160-161.

conculcan las reglas, los principios y los precedentes, y sólo acepta la equidad como justicia del caso concreto que se conforma a Derecho y representa la justicia posible de todos los casos del tipo genérico de supuestos concretos que exigen un trato particular<sup>46</sup>. Esto es, una equidad que sólo actúa sobre la generalidad de la norma, no frente a la universalidad o justicia formal y que, por tanto, lejos de vulnerar la justicia formal constituiría su mayor y mejor prueba<sup>47</sup>.

Pero, ¿dónde se establecen los límites de la discrecionalidad valorativa del juez acerca de si seguir o no el precedente? En las condiciones de coherencia, consistencia y consecuencia que son las que ultiman el sentido de la universalidad.

13. Ya se dijo que la condición de coherencia conforma un dogma central de la concepción iuspositivista. Pero un dogma incómodo. Porque al no condicionar la validez ni por el contenido de las normas, ni por cómo se valore, resulta que, al final, se autolimita extremadamente aquella coherencia iuspositiva hasta convertirse en una condición formal, especulativa y lógica del ordenamiento jurídico.

La concepción positivista neoinstitucionalista respeta sólo en parte la noción de coherencia formal o imposible contradicción de las categorías de validez impuestas sistémicamente. Su pretensión es más ambiciosa y orienta la coherencia a la corrección que apela a *standards* axiológicos y principialistas. Lo que se propone, de un lado, es convertir a la coherencia material en una dimensión fundamental no sólo de la resolución en rela-

---

<sup>46</sup> La idea es que el encorsetamiento que impone la justicia formal en categorías genéricas poco sutiles y ajenas a circunstancias relevantes genera desigualdad e injusticia. Por eso, Perelman reconoce la equidad aunque, como MacCormick, incorporándola a los requisitos de la justicia formal y de la legalidad a través de la que se expresa (cfr., R. A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, op. cit., pp., 89-ss., D. N. MACCORMICK, "Formal justice and the form of legal arguments", op. cit., p. 111, Id., *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 75, 97, C. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge & Kegan, London, 1977, pp.29-ss). Y, por eso se puede y se deben introducir excepciones a la regla positiva instrumentadas en un procedimiento de equidad y que tratarán de preservar la justicia de la resolución si el juez considera que la ley es injusta respecto del caso, siempre que la solución que se ofrezca sea sistémicamente universalizable (vid. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning...*, op. cit., pp., 98-99, íd., "Formal justice and the form of legal arguments", op. cit., págs, 111-112).

<sup>47</sup> Complementa D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pág., 98. Pues, "los 'méritos' de un caso individual son los méritos del tipo de casos al que pertenece el elenco de casos individuales" (*ibidem*, p. 111), perfeccionándose los requisitos de la legalidad positivizada (C. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, ob cit., pp., 35-36).



ción con el ordenamiento, sino del ordenamiento mismo. Y, de otro lado, cuestionar la contrafáctica distinción kelseniana sistema estático/dinámico<sup>48</sup>.

Para entender la propuesta debe partirse de contemplar el sistema jurídico en el doble nivel legislativo y judicial como un sistema de razón práctica. Por ello, la coherencia puede exigir que ese sistema actúe y se entienda conformado a un conjunto de principios y valores que afirman estados de cosas legítimos, valiosos, deseables, a “una estructura ordenada jerárquicamente de reglas y principios de conducta que perduren en el tiempo y sean universalizables... un orden racional frente a un caos de propósitos particulares”<sup>49</sup>.

Visto más cercanamente. Sobre la coherencia legislativa aclara MacCormick<sup>50</sup> que lo dicho no implica un condicionamiento real (clasificadorio) de la validez –separándose de Alexy– contrario a la definición positivista del Derecho. Sólo impone un reclamo *para entender* al sistema ordenado *como si* todas las proposiciones adquiriesen inteligibilidad respecto del conjunto. Pero sin imponer un criterio sustantivo de corrección acerca del orden material del sistema jurídico. Respecto de la actividad judicial, la coherencia pide contemplar el Derecho dinámicamente, pero no en sentido kelseniano, sino como un conjunto que posibilita un *standard* interpretativo que integra la solución y la argumentación judicial que la sustenta explicitando un cierto valor sistémico o una determinada línea política de acción<sup>51</sup>, lo que convertiría a la coherencia en una condición básica de la justicia formal y material del

---

<sup>48</sup> Pues la consistencia material que Kelsen considera un problema pragmático, pero no de definición lógica de la validez sistémica, se convierte en un aspecto central de la validez neoinstitucionalista, vinculada definicionalmente a la coherencia material entre normas (reglas, principios y otros *standards* valorativos) a partir de una definición dinámica y nunca definitivamente cerrada del concepto de validez (cfr. O. WEINBERGER, “The theory of legal dynamics reconsidered”, *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 1, 1991, pp. 18-ss.).

<sup>49</sup> D. N. MACCORMICK, “Coherence in legal justification”, en *Theorie der Normen*, Duncker & Humholt, 1984, p. 41.

<sup>50</sup> Vid. *ibídem*, pp.46-ss.

<sup>51</sup> Aunque la coherencia sistémica “no se refiere a la ‘bondad’ de los principios en los que tienen que encajar las reglas positivas y las decisiones judiciales... no es un *standard* cualificado para estimar la bondad de los valores sistémicos” (A. SCHIAVELLO, “On ‘Coherence’ and ‘Law’”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 2, 2001, p. 237) (complementariamente vid. R. ALEXY; A. PECZENICK, “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Juris*, num. 3, vol. 1(bis), 1990, p. 145).

sistema jurídico<sup>52</sup>. Como el objetivo es que la decisión se integre coherentemente en el ordenamiento jurídico, la coherencia judicial demuestra su doble dimensión narrativa: de los hechos a considerar como jurídicos, y normativa, adecuación sistémica de la normatividad de la solución.

La “coherencia narrativa” exige “la justificación del hallazgo de los hechos y la delimitación de inferencias razonables” cuando las pruebas directas de observación no son posibles y el juez debe escrutar las evidencias circunstanciales a través de un test de probabilidad –por lo que sus problemas básicos son de prueba y clasificación–. La “coherencia normativa” o sistémica, sin embargo, trata de dar cuenta de “la justificación de las reglas legales o las proposiciones normativas... en el contexto de un sistema legal concebido como un orden normativo”<sup>53</sup>. Esta coherencia normativa refiere un proceso sincrónico que reclama una interpretación actualizadora de la legalidad conforme a “un proceso de desarrollo histórico de las doctrinas o principios legales”<sup>54</sup>, y su resultado se concreta internamente conforme a los hechos enjuiciados, y los enjuiciados en el pasado, conformando el sentido de la interpretación y de los principios que actuarán en el presente. Por eso se puede afirmar que la coherencia normativa sincrónica se complementa con, porque representa, una forma de coherencia narrativa diacrónica<sup>55</sup>. Esta complementariedad constituye, en realidad, una condición de la justicia formal a la que la coherencia viene a dar sentido y proyección material<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> La coherencia es ahora una condición de la justicia formal que exige “una racionalidad común en el tratamiento legal de los miembros de toda la comunidad... Las mismas normas... deben ser aplicadas de acuerdo con una comprensión común y determinada de los principios que subyacen a las mismas” (D. N. MACCORMICK, “Time, narratives, and Law”, *ARSP*, núm. 64, 1995, p. 121). Por eso, una argumentación *ad hoc*, ajena a la idea de un sistema coherente de normas y valores es... injusta (D. N. MACCORMICK, “Coherence in legal justification” op. cit., p. 243; *id.*, “Formal justice and the form of legal arguments”, op. cit., p. 118; *id.*, “Rethoric and the Rule of Law”, op. cit., pp. 171-172, A. PECZENICK, “The passion for reason”, op. cit., pp. 210-ss., R. ALEXU; A. PECZENICK, “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, op. cit., p. 143).

<sup>53</sup> D. N. MACCORMICK, “On reasonableness”, op. cit., pp. 118-ss.

<sup>54</sup> D. N. MACCORMICK, “Time, narratives, and Law”, en *ARSP*, núm. 64, 1995, p. 123.

<sup>55</sup> Cfr., D. N. MACCORMICK, “Coherence in legal justification”, op. cit. p. 53; D. N. MACCORMICK, “Time, narratives, and Law”, op. cit., 122-123.

<sup>56</sup> Destaca bien Dunné la imprescindible complementariedad entre coherencia normativa y narrativa: es fundamental comprender que los hechos se configuran a efectos jurídicos por normas y que, atendiendo al sentido hermenéutico de la precomprensión, las normas son delimitadas por los hechos, integrándose las coherencias narrativa y normativa recíprocamente.



Pero, aquí me interesa destacadamente la “coherencia normativa”, que posee un inicial sentido descriptivo, pero también el carácter normativo que le imprime que la moderna racionalidad legal conciba la normatividad jurídica en términos sistémicos. Así, el Derecho constituye un sistema normativo institucional que sigue un “ideal regulativo” para el que la “coherencia” expresa normativamente “cómo modificar la base del Derecho para producir... un nuevo Derecho”<sup>57</sup>.

La condición de “coherencia normativa” de la decisión con el resto del sistema exige “que una decisión está respaldada por principios relevantes del sistema... que pueden derivarse por extrapolación analógica del sistema legal”<sup>58</sup>. Con lo que se destaca la imbricación de la coherencia del sistema con el “equilibrio reflexivo”<sup>59</sup> que anima la resolución y que expresa el reajuste sistémico fomentado por los principios en relación con los hechos<sup>60</sup>.

Sin embargo, dice Raz en “The relevance of coherence” que “la coherencia es inconsistente con el carácter autoritativo de la ley”. Y que, “no hay razón para esperar que el Derecho sea coherente”. El maremagum normativo es el resultado contingente, temporal y conflictivo de pasadas y presentes ambiciones políticas e intereses inconfesados, por lo que carece de un sentido racional concebido como un conjunto. La apelación a la coherencia, así,

---

Por eso, lo que inicialmente es presentado como elementos diferentes, hechos y normas, termina vinculándose en la relación recíprocamente constitutiva entre coherencia narrativa y normativa (cfr. J. M. VAN DUNNÉ “Normative and narrative coherence in legal decision making”, *ARSP*, vol. 69, 1998, pp. 196-ss., 205; en similar sentido, vid. B. C. ROERMUND, “On ‘narrative coherence’ in legal contexts”, *ARSP*, 1988, pp. 159-160).

<sup>57</sup> K. KRESS, “Coherence”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Companions to Philosophy, Oxford, 1999, p. 539.

<sup>58</sup> D. N. MACCORMICK, D.N., “Coherence in legal justification”, op. cit., p. 137.

La aplicación analógica se posibilita por los principios y gracias a la coherencia, integrándose un nuevo Derecho en el existente. Esto impide una clara distinción entre razonamientos analógico y por principios (cfr. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 106-107, 149, 153, 155-ss.).

<sup>59</sup> Complementa, A. PECZENICK, “The passion for reason”, op. cit., pp. 190-193. Sobre la difícil relación entre el equilibrio reflexivo y la vaguedad y textura abierta del lenguaje y cómo esto obstaculiza la coherencia o hallazgo de los criterios normativos y valorativos adecuados al sistema, cfr. R. ALEXANDER, A. PECZENICK, A., “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, op. cit., p. 145, A. PECZENICK, A., *On Law and Reason*, op. cit., p. 188.

<sup>60</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, “Time, narratives, and Law”, op. cit., pp. 121-122, también J. R. CAPELLA, *Elementos de Análisis Jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 126-ss, 38-ss.



no aporta nada ni al conocimiento ni al funcionamiento del Derecho. Además de que, concebida desde una perspectiva material, la coherencia exhala antipluralismo –pues el pluralismo excluiría la “coherencia global” y tradicional del conjunto normativo vindicando la controversia–.

Pero Raz se equivoca, dice Alexy, al no saber aplicar una teoría de los principios a la teoría de la coherencia. De haber sabido habría contemplado la coherencia en relación con la corrección, comprensividad y la visión pragmática y contextualizada que sustenta la hermenéutica. Pues, frente a la idea de que no hay reglas suficientemente rigurosas para sopesar los principios, se descubren criterios racionales de ponderación, aunque no ofrezcan un cálculo exacto, impliquen elementos valorativos y se encaucen conforme a los criterios del procedimiento del discurso racional<sup>61</sup> (lo que le haría entender, a su vez, que la coherencia no es antipluralista).

Los principios que animan la coherencia normativa del neoinstitucionalismo macCormickiano son normas generales que conforman lo que los jueces denominan el “sentido común”, los *standards* de valores que delimitan la materia en cuestión<sup>62</sup>. Y, sus funciones son tres: explicativa de las reglas en un contexto, justificatoria de las reglas y decisiones, y racionalizadora de las reglas positivas, al mostrarlas como conjuntos de mandatos comunitariamente compartidos orientados a la consecución de cierto fin y valor, y no como conjuntos arbitrarios de mandatos<sup>63</sup>. Como su finalidad es racionalizar el sistema, los principios sirven de fundamento de coherencia del ordenamiento, aunque no ofrezcan un canon objetivo de bondad de los valores sistémicos<sup>64</sup>. Justificándose su introducción por la insuficiencia material lógica-substantiva frente a los casos difíciles y también los fáciles.

---

<sup>61</sup> Vid. R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., pp. 44-49.

<sup>62</sup> Los principios “en parte los encontramos, y en parte los elaboramos. Los encontramos porque los jueces y la doctrina precedentes han expuesto amplios informes sobre normas generales que dan sentido al conjunto de normas interrelacionadas y precedentes. ‘Dar sentido’ es demostrar que se promueve cierto valor por la adhesión a las normas en cuestión. Los elaboramos al intentar comprender las normas y precedentes que afrontamos... dándoles más valor de acuerdo con su número y utilidad” (D. N. MACCORMICK, “Coherence in legal justification”, op. cit., p. 137).

<sup>63</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp. 152-153, 156-157; complementariamente, vid. H. VAN EIKEMA HOMMES, “Positive Law and material-legal principles”, *ARSP*, vol. LXX, núm. 2, 1984, p. 158.

<sup>64</sup> En este mismo sentido, vid. A. SCHIAVELLO, “On ‘Coherence’ and ‘Law’”, op. cit., pp. 239-240.



Pero, creo, esto plantea un llamativo problema: aceptar que las reglas positivas son insuficientes justifica positivamente nada. Y, si ante tal insuficiencia positiva se apela al mismo sistema ya racionalizado no se ve de dónde cae esa racionalización.

Hay que atender, pues, escrupulosamente a MacCormick. Lo que él reclama es una racionalización normativa fiel a criterios implícitos en la legalidad<sup>65</sup>, definiéndose una especie de circularidad dinámica entre reglas y principios<sup>66</sup>. Aquí la relación entre la teoría argumentativa y la ontología jurídica que sostiene el neoinstitucionalismo de MacCormick es fundamental, pues se vincula la argumentación a la definición dinámica del Derecho conceptualizado como válido. Así, el contenido de las reglas limitaría el abanico de razones de principio aducibles razonablemente como explicativas de esas reglas<sup>67</sup> y la coherencia diría que los principios resultantes del sentido institucional de las reglas especifican el contenido de éstas al racionalizarlas<sup>68</sup>. De este modo, al final, la reglas sirven para identificar y concretar unos principios que, a la vez, son las vías de adquisición de sentido y racionalización de aquéllas. Peczenick reconoce este planteamiento sistémico circular entre reglas y principios de la coherencia, y asume que su única solución es un "regreso infinito". Por eso cree que quien como él, incluyo aquí a MacCormick, sostenga la coherencia normativa intrasistémica debe aceptar la valiosa circularidad que resulta de un complejo de círculos que definen la red del sistema otorgándole sentido.

---

<sup>65</sup> Y no a un argumento iusnaturalista libremente seleccionado por el juez (cfr. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 166), ni a la devoción a fuentes extrañas, p.ej., el Derecho romano, pues sin reconocimiento sistémico previo, su introducción directa supondría inaceptable ejercicio de "legislación judicial" (*ibídem*, 165) (complementariamente, cap. 9, pp. 238-239, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, pp. 40, 112, tmb., B. S. JACKSON, *Making Sense in Jurisprudence*, Deborah Charles, Liverpool, 1996, pp. 263-271).

<sup>66</sup> Problematiza para Marmor esta circularidad la dificultad para saber por qué las intuiciones morales sobre los principios sirven para sustentar el equilibrio reflexivo y la coherencia a la que apuntan; cfr. A. MARMOR, "Coherence, holism, and interpretation: The epistemic foundations of Dworkin's legal theory", *Law & Philosophy*, vol. 10, núm. 4, 1991, p. 388.

<sup>67</sup> En este mismo sentido y complementariamente vid. D. N. MACCORMICK, "Rethoric and the Rule of Law", en *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 171-172.

<sup>68</sup> Complementariamente, vid. G. PINO, "Coerenza e verità nell'argumentazione giuridica. Alcuni riflessioni" *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXXV núm. 1, 1998, pp. 109-ss.

Pero, el problema planteado aún se agrava al preguntarnos cómo puede darse una particular racionalización de las reglas a la luz de ciertos principios que es contraria a otras “racionalizaciones” sustentadas en otros principios posibles y justificables conforme a las mismas reglas –obstáculo nuevamente relacionado con la cuestión de los límites materiales o de contenido de los principios<sup>69</sup> y la discrecionalidad judicial–.

Aquí la salida macCormickiana es el planteo hermenéutico. Los principios deben responder a lo que se considera la vida buena en nuestra comunidad y a la experiencia acerca de los cauces más adecuados para alcanzar los bienes correspondientes. ¿Qué significa esto en el marco de conflictividad que caracteriza al Derecho? y ¿qué hay o qué queda de la seguridad jurídica frente a la arbitrariedad judicial?

MacCormick apela a una razonable tranquilidad. Que el *standard* de valoración hermenéutico que sirve a la coherencia dependa mucho de las concepciones particulares del juez no vulnera la seguridad jurídica. Pues, aunque ésta exige afirmar la legalidad, también, reclama *cláusulas de razonabilidad ponderativa interpretativas* para evitar el manifiesto irracionalismo del formalismo positivista<sup>70</sup>. Esa razonabilidad parte del juicio de “la persona razonable” guiada por la “virtud de la prudencia”<sup>71</sup>; un observador imparcial que evalúa argumentos fácticos y jurídicos conforme al sistema de

---

<sup>69</sup> Reconoce el neoinstitucionalismo el problema: se llega a un punto en la interpretación en el que pueden coexistir alternativas que dependen de “preferencias o intuiciones morales, generándose un estadio extra-racional más que una deliberación propia al discurso práctico mismo” (D. N. MACCORMICK, ; O. WEINBERGER, “Introduction” a *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*, Reidel, Kluwer, 1986, p. 240). En ese punto la solución depende de una “decisión apasionada” del juez –Schiavello destaca que la coherencia macCormickiana se vincula a la “tesis de la indeterminación” (A. SCHIAVELLO, “On ‘Coherence’ and ‘Law’”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 2, 2001, p. 238)–. Pues, la “coherencia” a la que apela depende de una cuestión de grado (tmb. cfr. R. ALEXY; A. PECZENICK, “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Iuri*, núm.. 3. vol. 1(bis), 1990, p., 145) que requiere sopesar permanentemente argumentos incompatibles y los principios sobre los que tratan de asentarse imposibilitándose una única respuesta (cfr. id., A. PECZENICK, *On Law and Reason*, op. cit., p. 188; vid. también R. ALEXY, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en E. GARZON VALDÉS (comp.), *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona. 1985, p. 164). Así, “(l)a verdadera dificultad de la coherencia es que no existen reglas definitivas para afirmar que un argumento es más coherente que otro” (A. SCHIAVELLO, “On ‘Coherence’ and ‘Law’”, op. cit., p. 237).

<sup>70</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, “Rethoric and the Rule of Law”, op. cit., pp. 165-ss.

<sup>71</sup> D. N. MACCORMICK, “Razonabilidad y objetividad”, op. cit., p. 405.

Derecho y que encarna nuestro permanente esfuerzo por encontrar un punto común de juicio intersubjetivo, “objetivado” respecto del contexto social de referencia y capaz de armonizar, gracias a la imparcialidad de juicio<sup>72</sup>, las conflictivas evaluaciones subjetivas y afectivas. MacCormick ha perfeccionado progresivamente<sup>73</sup> ese espectador imparcial que habita en su persona razonable reconduciéndolo a la “situación ideal de Habermas”.

Pero, y aunque esto me parece alentador, no debe olvidarse el desajuste entre el planteo teórico y la adopción de decisiones valorativas en la situación concreta. Aunque es verdad, a la vista las condiciones argumentativas de MacCormick, que su interés mayor respecto de la aceptabilidad y justificabilidad racional de la decisión no se centra tanto en la consecución del consenso, problemático en su dimensión fáctica y en su formulación ideal, cuanto en proponer ese consenso de forma mediata, como resultado de la búsqueda de un equilibrio entre exigencias contrapuestas y posibles respecto del sistema<sup>74</sup>.

Frente al argumento dworkiniano y el hermenéutico de Esser, pretenciosos de ordenaciones morales tradicionales y comunitarias<sup>75</sup>, MacCormick trata de reconducir los principios al sistema iuspositivo –dando sentido a su visión neoinstitucional compleja–, tanto por su origen cuanto por su finalidad de racionalización en clave sistémica, desapareciendo la diferencia ontológica entre reglas y principios<sup>76</sup>. Pero, si la solución trata de alejarse de la objeción de extrasistematicidad, debe afinarse el significado de la sistemati-

<sup>72</sup> La “apelación a un espectador ideal imparcial o al hombre razonable expresa nuestro deseo de hallar criterios morales comunes de juicio que poseen al menos validez intersubjetiva... dentro de un marco social dado” (D. N. MACCORMICK, “On reasonableness” op. cit. p., 153).

<sup>73</sup> P.ej, vid. D. N. MACCORMICK, “Rethoric and the Rule of Law”, op. cit., pp. 169-ss.

<sup>74</sup> En este sentido, señala Atienza que “la estrategia a seguir para hacer operativo el criterio del consenso ideal o ficticio en relación con las decisiones jurídicas razonables tendría que ser la de buscar puntos de acuerdo entre las diversas argumentaciones que tratan de fundamentar decisiones aceptables” (M. ATIENZA, “Para una razonable definición de ‘razonable’”, *Doxa*, núm. 5, 1987, p. 199).

<sup>75</sup> J. ESSER, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. De E. Valentín Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 14-15, 52-ss.; también, cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 147-151, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 320, 351-352; íd., “A reply” en VV.AA., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., pp. 36-ss.

<sup>76</sup> Complementariamente al respecto, vid. G. PINO, “Coerenza e verità nell’argumentazione giuridica. Alcuni riflessioni”, op. cit., pp. 111-ss.

cidad de los principios para evitar la acusación de la legislación judicial *extra* o *contra legem* que puede ganar sentido, como Weinberger reconoce, porque el neoinstitucionalismo positivista puede debilitar, incluso negar la regla positiva si el caso no está específicamente regulado, si el cambio parece coherente con algún principio legislativo, o si se cree que la *ratio* de la regla positiva ha cambiado a la luz del entramado sustantivo institucional<sup>77</sup>.

Por eso, entender en qué sentido rechaza MacCormick la capacidad legislativa del juez es fundamental. Y, al respecto, uno, propone evitar la problemática terminología de la expresión “poder legislativo de los jueces” para atender al fondo del asunto. Es entonces cuando se descubre que las decisiones judiciales justificadas sólo explicitan lo ya implícito en el Derecho pre-existente<sup>78</sup>. Pero, sin olvidar que “el Derecho cambia un momento después de que un ‘caso relevante’ es resuelto respecto de lo que era un momento antes; y en este sentido existe una importante *similitus* entre el proceso legislativo y el judicial”<sup>79</sup>, aunque se diferencien. Y, dos, introduce MacCormick las condiciones argumentativas consecuencialista y de consistencia a fin de limitar el exceso discrecional que posibilitaría la coherencia.

14. El consecuencialismo atiende a las repercusiones de las decisiones judiciales, exigiendo que tengan sentido en el mundo real, y reincide en la caracterización del razonamiento jurídico como un “caso especial” del razonamiento práctico general para “considerar las consecuencias de establecer... otros tipos de decisión que podrían darse en otros casos hipotéticos posibles y que caerían dentro de los términos de la regulación”<sup>80</sup>. Por eso, la condición consecuencialista respondería a la justicia formal, aunque adecuándola a la exigencia de la justicia material del caso concreto, pues selecciona las consecuencias más apropiadas de la legislación genérica. Pero sin apelar a la valoración de las consecuencias de la decisión respecto de las partes y su situación existencial<sup>81</sup>. P.ej., *Donoghe vs. Stevenson* responsabiliza

<sup>77</sup> Cfr. O. WEINBERGER, “Neo-institutionalism: my views on the Philosophy of Law” en VVAA, *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer, 1999, pp. 248-250.

<sup>78</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp., 181-ss.; C. PERELMAN, *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, Reidel, Kluwer, núm. 142, 1980, p. 37; D. N. MACCORMICK, *H.L.A.Hart*, Stanford University Press, Stanford, 1981, p. 113.

<sup>79</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 188.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 105. Cfr. *id.*, “Formal justice and the form of legal arguments”, op. cit., 108, *id.*, “Coherence in legal justification”, op. cit., p. 138.

<sup>81</sup> Vid. *id.*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., pp., 149-150.

al panadero que vende pan que contiene arsénico atendiendo a la repercusión de la generalización de tal solución en otros casos hipotéticos.

Pero, con este planteamiento, me temo, reaparece el obstáculo del subjetivismo valorativo. Pues los contenidos consecuencialistas, que tratan de corregir el encauzamiento de la coherencia, resultan de la síntesis de consideraciones de valor como la justicia, las directrices, el beneficio público y la conveniencia, “atribuyendo valor a éste o aquel principio en juego, decidiendo cuál ha de tener prioridad en una situación como la actual”<sup>82</sup>.

Sin embargo, MacCormick no acepta la objeción. El consecuencialismo no conlleva ni el subjetivismo de una equidad rala, ni afirmar una doctrina fuerte del precedente<sup>83</sup>, ni una argumentación asentada en un único criterio “hedonista” que sostenga un “utilitarismo ideal” y radicalizado. Su marco no es tan amplio como puede aparentar. Porque no indaga en principios relacionados con propósitos o fines particulares, sino en los valores sostenidos por la observancia general de reglas y principios. Y se aparta de una forma simple de utilitarismo para asistirse de un modelo de utilidad que atiende a las “consecuencias lógicas”, a “las consecuencias como implicaciones, más que a las consecuencias de comportamiento derivados de la decisión u otra más amplia gama de resultados posibles”<sup>84</sup>. Se trata de una evaluación de los méritos y deméritos de la posible decisión para el caso presente respecto de otros casos y circunstancias similares a las hoy controvertidas sirviendo a la generalización de la argumentación y la universalización de las proposiciones<sup>85</sup>. Por eso establece como preferible la regulación que se considera mejor de todas atendiendo a la “suma de evaluaciones acumuladas o en competencia en relación con un número de criterios de valor...”<sup>86</sup>, con

<sup>82</sup> Vid. D. N., MACCORMICK, “Coherence in legal justification”, op. cit., pp. 137-138.

<sup>83</sup> Así, “el principio de que un precedente autoritativo debe abandonarse si parte de principios sociales ya superados o concepciones económicas legalmente abandonadas o no especialmente protegidas” (*ibidem*, p. 137).

<sup>84</sup> *Íd.*, “The limits of rationality in legal reasoning”, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel. Kluwer, 1986, p. 204.

Se trata de un tipo de consecuencias jurídicas conforme a las que “(m)ás que la predicción de cuál sería la conducta que probablemente la norma inducirá o desanimará, interesa contestar a la pregunta de qué tipo de conducta autorizaría o prohibiría la norma establecida en la decisión; en otras palabras, los argumentos consecuencialistas son, en general, hipotéticos, pero no probabilistas” (M. ATIENZA, *Las Razones del Derecho*, op. cit, p. 151).

<sup>85</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, “Formal justice and the form of legal arguments”, op. cit., p. 108, *í.d.*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., 117-119.

<sup>86</sup> *Íd.*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 115.



lo que se apartaría de una versión utilitarista simplista y arbitraria en favor de una versión ideal utilitarista.

Ahora bien, ¿cómo pueden estas “limitaciones” valorativas frenar la discrecionalidad de las consideraciones de justicia, utilidad, sentido común, beneficio público...? MacCormick no responde a esto, lo que deja indemne un problemático diseño circular: el consecuencialismo especifica sus finalidades adecuadas porque son adecuadas a sus finalidades. Pero, entonces, ese consecuencialismo no basta para frenar la arbitrariedad que puede animar el principialismo coherentista. Pues al dejar abierta la valoración de las consecuencias de la decisión particular<sup>87</sup> se autoincapacitaría para limitar la evaluación judicial principialista. Y es que, “al elegir entre las consecuencias previsibles de las decisiones se está operando con juicios de probabilidad que no son ni auténticos juicios de probabilidad estadística, ni de probabilidad inductiva... son apreciaciones subjetivas de probabilidad por parte del juzgador”<sup>88</sup>, y esto es precisamente lo que genera la diversidad y el conflicto de argumentos y conclusiones, tal como MacCormick reconoce<sup>89</sup>.

Otra forma de expresar lo mismo es decir que el neoinstitucionalismo comete el error de sustancializarse al incorporar un criterio metodológico consecuencialista y teleológico que favorece la arbitrariedad y el voluntarismo judicial al fomentar los juicios ideológicos de los jueces acerca de los fines a perseguir cuando éstos no suelen estar definidos en la regulación positiva, por lo que “este método interpretativo confiere una discreción amplia y ultrapositiva”<sup>90</sup>.

Pero, MacCormick insiste en no ser malinterpretado. Pues no propone el consecuencialismo como una condición suficiente para una teoría de la argumentación, precisamente por los problemas valorativos y subjetivos que acarrea<sup>91</sup>. Diversamente, la introduce en el juego conjunto de la argumentación interactuando con la justicia formal, la coherencia y la fundamental

---

<sup>87</sup> Vid. *ibídem*, p., 114.

<sup>88</sup> J. A. GARCÍA AMADO, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, 1986, p. 171.

<sup>89</sup> Íd., “Razonabilidad y objetividad”. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, núm. 45, 2000, pp. 407-408.

<sup>90</sup> R. T. SUMMERS, “A formal theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 1993, p. 132.

<sup>91</sup> En este sentido, vid. D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp., 118-119, también D. N. MACCORMICK, “The limits of rationality in legal reasoning”, *op. cit.*, pp. 204-205.





condición de la consistencia que exige que la resolución tenga sentido, ya no en el mundo real, sino en el sistema.

15. La condición de consistencia establece que por deseable que en términos de coherencia o consecuencias pueda parecer una decisión “no puede adoptarse si contradice alguna norma válida y vinculante del sistema legal”<sup>92</sup>. Esto vuelve a esta condición fundamental, al centrar el cuestionamiento permanentemente reiterado sobre el respeto de las condiciones argumentativas al iuspositiva.

El argumento de “consistencia” trata de constituirse como una proclamación de la “tesis de validez” positiva: ningún persuasivo argumento consecuencialista, asentado sobre principios, ni de naturaleza analógica –igualmente principialista– que contravenga las reglas establecidas y vinculantes podrá justificarse racionalmente<sup>93</sup>.

Pero, entrando en materia, tras esta reafirmación neoinstitucionalista del núcleo iuspositivista, se descubren ciertas claves y propuestas, cuando menos llamativas, sobre la flexibilidad de las reglas positivas. Me estoy refiriendo a lo siguiente:

El criterio de “razón de la autoridad” del que legisla y juzga es importante para MacCormick, pues la decisión se adopta en un marco altamente institucionalizado y positivo. Pero, es sólo un punto de partida, no un argumento único y completo de la justificación; es “demasiado restrictivo”<sup>94</sup> e incorpora la “falacia positivista” o “voluntarista”<sup>95</sup> conforme a la que el único argumento válido atiende a criterios autoritativos porque la validez responde a un criterio procedimental de producción<sup>96</sup>. Mientras que, para él, entre

<sup>92</sup> Cfr., *id.*, *Legal Reasoning and Legal Theory* pp. 106, 107; complementariamente, vid. ALEXY, R.; PECZENICK, A., “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1(bis). 1990, pp. 130-131.

<sup>93</sup> Pues, especialmente en los sistemas democráticos existe una buena razón para que los jueces actúen como sirvientes del Derecho y no como dueños o creadores *ex novo* del mismo. Por eso, sus resoluciones deben atenerse a los argumentos de principio que expresan la racionalización de la positividad y coherencia del sistema en su conjunto (vid. MACCORMICK, D.N., “Formal justice and the form of legal arguments”, *op. cit.*, p. 118, D.N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 195).

<sup>94</sup> *Id.*, “Argumentation and interpretation in Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, núm 1, 1993, p. 19.

<sup>95</sup> Cfr. MACCORMICK & SUMMERS, “Further general reflections”. *Interpreting Precedentes. A Comparative Study*, Darmouth, 1997b), pp. 543-545.

<sup>96</sup> Interesa aquí D. N. MACCORMICK, “Argumentation and interpretation in Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, núm 1, 1993, p. 18.

los argumentos relevantes de decisión están aquellos que afirman y se oponen a una interpretación fiel al criterio de autoridad.

Por eso, MacCormick propone un marco para el proceso interpretativo que concreta los instrumentos útiles para dirigir y analizar críticamente la decisión judicial respetando los límites de la consistencia. El modelo, que afina las bastante abstractas reglas argumentativas de Alexy, define once reglas de interpretación –avaladas por la mayoría de sistemas actuales– que articula en tres categorías<sup>97</sup>: lingüísticas, sistémicas y teleológico/deontológicas. Como MacCormick reconoce la dimensión valorativa y la posibilidad de enfrentamiento entre las distintas reglas interpretativas introduce su “argumento transcategorico” número once y una “regla de oro”.

Los *argumentos lingüísticos* expresan el respeto a la autoridad legislativa, lo que no se identificaría, en MacCormick, con la devoción a la voluntad del legislador, argumento diferente y sustantivo que rivaliza con otros argumentos sobre la mejor interpretación de la literalidad y que caracteriza un debate político<sup>98</sup>.

Los *argumentos sistémicos* contemplan el texto de las reglas en su contexto como parte de un sistema legal. Esta categoría incluye seis tipos de argumentos<sup>99</sup>: “de armonización contextual”, “argumento derivado del precedente”, “argumento por analogía”, que se refuerza con, porque ya incorpora, el argumento del precedente, “argumento lógico-conceptual”, “argumento derivado de principios generales del Derecho”, conforme al que si algún principio general o ciertos principios del Derecho son aplicables a la materia, debe favorecerse la interpretación normativa más conforme con ellos una vez sopesada su importancia en el ámbito del Derecho en cuestión, y “argumento histórico”, que dicta que los criterios que han venido sirviendo para interpretar una regla o conjunto de reglas deben seguir utilizándose.

Los *argumentos teleológicos/deontológicos* abarcan “argumentos teleológicos de propósito” que atienden a los efectos que el legislador quería conseguir, aunque esto implique desatender en ciertos aspectos la literalidad. Y, “argumentos deontológicos o derivados de razones sustantivas”, formula-

<sup>97</sup> En particular MACCORMICK, en *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, toma en consideración los sistemas argentino, alemán, finlandés, francés, italiano, polaco, sueco, británico y estadounidense.

<sup>98</sup> Véase en este sentido al interesante análisis de Raz, en J. RAZ, “Why interpret?”, *ARSP*, núm. 69, 1998, pp. 249-ss.

<sup>99</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK, “Argumentation and interpretation in Law”, op. cit., 22-ss. y MACCORMICK & SUMMERS, “Further general reflections”, op. cit, pp. 512-513.



dos “en los términos de principios de rectitud o de justicia que para el intérprete deberían perseguirse respecto de cierta situación o materia”. Si se prefiere, “si hay un cierto objetivo o estado de cosas que se consideran valioso o alguna concepción de la corrección que se cree fundamentalmente importante para el orden legal, y si esto puede ser promovido por cierta interpretación, entonces la legalidad estatutaria debe ser interpretada de tal forma que su aplicación sea compatible con (o favorable a) asegurar el objetivo, el estado de cosas o la concepción de la corrección establecidos”<sup>100</sup>.

Finalmente, el argumento “transcategorico” es el “argumento derivado de la intención”<sup>101</sup>. Y, establece que si existe una intención legislativa relevante respecto de cierta previsión estatutaria, legal, la interpretación legal debe atender a esa intención legislativa, primero, de acuerdo con el sentido apropiado de esa intención y, segundo, atendiendo a algún elemento que se manifiesta como objeto de la intención, es decir, alguno de los argumentos centrales a las categorías interpretativas ya presentadas.

A la vista estos once criterios interpretativos, el problema básico de la condición de consistencia neoinstitucionalista es: bajo qué condiciones puede y debe desarrollarse cada criterio frente a todos los demás y que pueden conducir a soluciones muy distintas. Esto es, cuáles son los criterios secundarios que organizan tales reglas primarias.

Y, lo que MacCormick propone es un “*ranking*” que parte de la siguiente “regla de oro”: “si hay una interpretación claramente favorecida por cierta lectura de un texto a la luz de convenciones sintácticas o semánticas del lenguaje ordinario... y confirmada por una lectura del texto en su conjunto sistémico-contextual, no es necesario acudir a argumentos teleológicos, deontológicos. Pero, si los argumentos lingüísticos y sistémicos generan incertidumbre, o si se produce algún tipo de ‘absurdez’, se precisan otros niveles de interpretación”<sup>102</sup>. Pues, el juez no es el legislador y deben respetarse, al menos, las políticas para las que se solicitan la aprobación parlamentaria legislativa<sup>103</sup>.

De esta forma y conforme a la noción de absurdez se abre la regla de oro a unas excepciones –que han actuado de clave de bóveda de la propuesta in-

<sup>100</sup> D. N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, “Interpretation and justification”, en *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Darmouth, 1991, pp. 514-515.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>102</sup> D. N. MACCORMICK, “Argumentation and interpretation in Law”, *Ratio Iuris*, vol. 6, núm 1, 1993, p. 27.

<sup>103</sup> D. N. MACCORMICK., *Legal Reasoning and Legal Theory*, op.cit., p. 204.

corporacionista al configurar la “tesis de la diferencia práctica” y que orientan la interpretación a un cierto modelo de cognoscivismo constructivista-que aquí servirán para que midamos la efectividad de control de la consistencia respecto de la valoración principialista y el consecuencialismo.

Una interpretación absurda se da si se genera injusticia en relación con algún principio de justicia legalmente reconocido o se conculca el bien público o los objetivos de política pública que persigue la legislación. Así, si la interpretación literal y sistemática contradice los argumentos teleológicos y deontológicos, éstos prevalecen sobre aquélla, a pesar de la relevancia de lo que quiso, quiere o querría el legislador pasado, actual o paradigmáticamente racional<sup>104</sup>. Se define de esta forma la siguiente tesis de derrotabilidad: “la ‘regla literal’ es derrotable por otras ‘reglas’; pues las palabras de las normas pueden soportar significados distintos y menos obvios que los jueces... afirman sobre fundamentos de política y/o de principio”<sup>105</sup>: las razones consecuencialistas y de principio pueden justificar resoluciones menos consistentes, las menos obvias, si no suponen excesiva violencia de las líneas lingüísticas generales de la norma.

En síntesis: se justifica *prima facie* una interpretación clara asentada sobre argumentos lingüísticos *a menos que* alguna razón recomiende atender a los argumentos sistémicos. Cuando éstos ofrecen razones suficientes para ser invocados se justifica *prima facie* una clara interpretación de los mismos *a menos que* existan razones justificadas para proponer argumentos teleológico-evaluativos, en cuyo caso se justifica “sólo la interpretación mejor avalada por el conjunto de argumentos aplicables al caso”<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. D. N. MACCORMICK; R. S. SUMMERS, “Interpretation and justification”, op. cit., p. 524.

<sup>105</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op.cit., p. 210.

<sup>106</sup> D. N. MACCORMICK, ; R. S. SUMMERS, “Interpretation and justification”, en *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Darmouth, 1991, p. 531.

Esta construcción responde a una valoración de los criterios subyacentes y generalmente operativos en los sistemas de Derecho desarrollados. Valoración que gira en torno a los tres siguientes aspectos. Primero, la legislación resulta de un acto de autoridad del legislador y, por una cuestión estrictamente analítica, es obligatoria para los jueces, a lo que se añade el argumento de legitimidad del legislador en los sistemas de Derecho a que MacCormick se refiere, aunque las objeciones prácticas al principio democrático justifican excepcionar la interpretación lingüística. Segundo, la coherencia del sistema es un valor sustancial del mismo, de su supervivencia, de la seguridad jurídica y de la inteligibilidad del Derecho. Y, tercero, como cualquier análisis de la coherencia exige apelar a los valores más profundos incorporados



Y, acaba reapareciendo el viejo problema. Pues, aunque el neoinstitucionalismo trata de garantizar su iuspositividad cerrando sus condiciones argumentativas con una condición de consistencia positiva, al final, una justificación teleológica o de principios bien argumentada puede primar institucionalmente sobre la interpretación literal y sistémica. Si se prefiere, la introducción macCormickiana de un “*ranking*” para la evaluación de los criterios y argumentos interpretativos representa un paso importante para la teoría de la argumentación al ofrecer un recurso de concreción del instrumental para la decisión que no se limita a la abstracción y a una genérica pretensión de saturación, pues la fuerza de los argumentos no es aditiva<sup>107</sup>. Sin embargo, esta virtud de la propuesta se hace defectuosa al depender nuevamente de la argumentación y la valoración, lo que reabre el problemático proceso sobre el que trataba de actuar.

Llegados a este punto, ya sólo le queda a MacCormick responder apelando al fundamento y destino pragmático de su teorización del Derecho. La conceptualización del Derecho es insuficiente frente a su desarrollo, envuelto en una esfera más amplia de interpretación pragmática. Y esto concreta una dimensión fundamental para el neoinstitucionalismo. Para aspirar a resultados razonables deben cuestionarse los valores y principios apropiados a las instituciones sociales, los Estados, las comunidades supra e internacionales. Debemos pensar el sentido de la democracia, el constitucionalismo, el Estado de Derecho, la separación de poderes, la justicia procedimental, la igualdad ante la ley, los derechos humanos y la integridad de las actividades públicas... Por eso, la teoría de la interpretación “lleva ne-

---

en las reglas y principios, la coherencia deontológica y teleológica sirven a la interpretación y mantenimiento del sistema y aseguran un esquema relativamente ordenado y estructurado de valores sociales, políticos y humanos. Así, si las reglas estatuidas no pueden ser o no son interpretadas consistentemente con los valores considerados fundamentales por el Derecho, su legitimidad y poder justificatorio se debilita. -Una variación representativa entre sistemas acerca de los criterios deontológicos y teleológicos se refiere al grado de explicitación de los criterios judiciales que fundamentan la decisión. El sistema francés sería muy poco explícito, a diferencia del estadounidense. Otra variación se centra en la práctica judicial de tratar las razones sustantivas como fundamentos argumentativos independientes de argumentación, pasaría en U.S.A. y en amplia medida en U.K., o como criterios dependientes de principios explícitos o implícitos al sistema, a la intención del legislador o a otras alternativas sistémicas (cfr. D. N. MACCORMICK; R. S. SUMMERS, “Interpretation and justification”, op. cit., p. 537)-.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 541.

cesariamente a las aguas más profundas de la teoría normativa constitucional y política”<sup>108</sup>. Y, por eso exige una concepción reflexiva y equilibrada del conjunto de los valores del Derecho intersubjetivamente reconocidos. Siendo “esto es lo contrario a invocar un cierre arbitrario y altamente subjetivo respecto de los valores puntualmente invocados en la interpretación”<sup>109</sup>. Pues se trata de reconocer que existen en la discusión jurídica interpretativa asuntos controvertidos que dependen de sopesar valores respecto de los que las personas razonables pueden diferir, por eso, lo que requiere una teoría de la interpretación respetable es la explicitación de una visión coherente del marco institucional y los valores legales.

Esto conduce a una sustantivización y un compromiso filosófico-político respecto de las condiciones de la argumentación que ayuda a comprender el salto de la descripción de las condiciones argumentativas a la justificación colaborando, a su vez, a depurar su contenido y significación. Y es que, y como ya se apuntaba, en el marco de los Estados de Derecho que, al menos como ideal regulativo, garantizan las condiciones del discurso, “(l)a obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite –incluso el límite– de la interpretación, pero no su objetivo, en la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpretar, pero no al para qué interpretar”<sup>110</sup>.

Pero con todo y con sus buenos propósitos positivistas no logra MacCormick evitar que su condición de consistencia se deslice hacia las conocidas oscuridades de la coherencia material<sup>111</sup>. Si hay una “buena” razón sustantiva –sustentada en principios, razones consecuencialistas o en una combinación de ambas– el juez puede “saltarse” el sentido más obvio que sustenta la legalidad<sup>112</sup>. Pero, entonces, lo que justificó introducir la condición de consistencia, definir un límite a la valoración y la subjetividad, se vuelve irrelevante. Problema éste que, aunque atemperado por la consciencia de MacCormick de referirse a un marco legítimo o de racionalidad legis-

---

<sup>108</sup> D. N. MACCORMICK, “Argumentation and interpretation in Law”, op. cit., p. 28.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 538.

<sup>110</sup> M. ATIENZA, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997, p. 483.

<sup>111</sup> Así, p.ej., sobre la normación de las restricciones de los alquileres se afirmó que existe un extendido sentido interpretativo de las mismas que se vincula al principio de “conservación y protección del hogar familiar”, determinación ésta del principio vinculada a una consideración persuasiva de los precedentes. Al respecto, D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p., 205 en relación con *Temple’s case* (1956 S.C. 267-270).

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 206-207.

lativa –objetivo básico de la concepción argumentativa procedimental debe ser fundamentar y racionalizar la legalidad–, exigiría una mayor concreción a la que quizá la teoría de la argumentación para la decisión no pueda llegar en todos sus extremos, pero a la que incansablemente debe apuntar huyendo tanto del activismo judicial que transforma al juez en legislador, cuanto de la anulación logicista, pero imposible, del margen intelectual del juez al que se opone el constitucionalismo moderno del Estado racionalmente justificado<sup>113</sup>.

#### 16. A modo de conclusión.

Hay que reconocer que es un mérito importante del neoinstitucionalismo argumentativo de MacCormick partir de que “uno puede ser censor y expositor sin confundir ambos papeles”, así como configurar “una teoría analítico-normativa del discurso jurídico” de naturaleza mixta<sup>114</sup>, que añade a la tesis descriptiva de la actuación judicial –revisión de un gran número de resoluciones y de los criterios usados paradigmáticamente en los sistemas de Derecho desarrollado– una reconstrucción crítica de la argumentación jurídica y la decisión. Así, MacCormick no inventa un modelo de argumentación judicial, sino que selecciona algunas prácticas generalizadas judicialmente explicando por qué constituyen aspectos fundamentales de la argumentación legal<sup>115</sup>. En este sentido, su propuesta mejora la pretendida naturaleza mixta de la de Alexy que parte de una tesis prescriptiva, referida a las reglas y formas del discurso práctico general y de fundamentación que toma de Habermas, para luego describir las reglas del discurso jurídico y de aplicación. Mientras que MacCormick invierte el proceso partiendo de la descripción para llegar a la justificación (crítico-normativa), aunque también en este segundo nivel es deudor y depende de la teoría de la fundamentación discursiva de los Estado legítimos. Por eso, hay que reconocer a MacCormick su pragmatidad-contraindicializante al atender al discurso de aplicación para configurar una teoría argumentativa que se erige sobre un discurso de fundamentación ya constituido y referido a la justificación racional del modelo institucional y de Estado.

<sup>113</sup> En este sentido y complementariamente, vid. J. C. BAYÓN, “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado español”, *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996, pp. 41-ss.

<sup>114</sup> Corroborar A. GARCÍA FIGUEROA, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 205-206.

<sup>115</sup> D. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., 1978, pp. 77 y 13 respectivamente.



A resultas de la mixtura descriptivo-normativa de su tesis argumentativa, puede afirmar MacCormick que cuando se observa que el juez usa su gran poder decisorio desatendiendo las claves argumentativas de corrección, algo que él reconoce frecuente<sup>116</sup>, la decisión persiste como válida y amparada por el Derecho, aunque no pueda considerarse justificada conforme al sistema. No sólo será moralmente objetable, sino justificadamente criticable desde el sistema jurídico<sup>117</sup>.

Vinculado al anterior, se descubre otro de los logros de MacCormick, haber diferenciado, o propuesto un comienzo de distinción, entre instrumentos interpretativos y reconstructivos del material positivo en términos valorativos estableciendo un *ranking* entre ellos y reconociendo el cúmulo de argumentos políticos y de finalidad o atinentes al discurso de fundamentación que descansan tras los mismos.

Es importante es también que MacCormick no sólo proponga criterios para la selección de argumentos sino también para la toma de decisiones –en relación con los criterios de selección de los buenos argumentos–. Pues, de este modo, la teoría de la argumentación macCormickiana emprende el camino de superar los condicionamientos estrictamente procesales, fundamentales pero insuficientes, para interesarse por las consideraciones materiales que deben guiar el proceso. Y lo hace aminorando la alta abstracción que caracteriza la pormenorizada pero instrumentalmente poco operativa reglamentación de la razón práctica en relación con el discurso jurídico de Alexy.

Sin embargo, la propuesta de MacCormick también muestra carencias y obstrucciones; destacaré sintéticamente las siguientes. 1) Sería fructífero ahondar y obtener las consecuencias de la relación de dependencia entre el discurso de fundamentación y el de aplicación –pues, la fundamentación discursiva ofrece claves de comprensión política de los valores subyacentes a los criterios interpretativos, por lo que deben explicitarse y concretarse esos valores, su trasunto político y su finalidad–. 2) En consecuencia, se debe indagar en el sentido del consenso generalizado que puede justificar la toma de la decisión. 3) Debe depurarse, en relación con los argumentos políticos y de fundamentación y los criterios prácticos, el criterio de ordenación

---

<sup>116</sup> Complementariamente, *ibídem*, p. 251.

<sup>117</sup> No responde MacCormick concretamente a qué sucede si el criterio de solución no justificado se reitera consolidándose. Pero del conjunto de su planteamiento resultaría que un nuevo Derecho material y formalmente válido aparece y respecto del que sólo queda promover una actuación legislativa o judicial más razonable.



de las reglas de interpretación para evitar que ese *ranking* dependa, a su vez, de un incontrolado decisionismo valorativo. 4) En diversos momentos MacCormick no sólo reconoce, también anima la transgresión judicial de la interpretación lingüística, aun reconociendo su importancia arriesgándose con ello su planteamiento de legitimidad del Estado de Derecho, pues la certeza y seguridad jurídica compiten con los parámetros judiciales de lo justo. 5) Sería bueno concretar más/mejor el despliegue normativo de los principios en relación con las reglas positivas y afinar el instrumental de selección y ponderación de los argumentos, objetivo éste para el que debe profundizarse en el análisis iniciado por MacCormick de la *praxis* para centrar críticamente los criterios evaluativos que ofrecen las reglas. 6) Finalmente, y sobre la teorización del Derecho neoinstitucionalista y pretendidamente iuspositivista, debe tenerse en cuenta y responderse a la constatación de que la gran dimensión valorativa de las condiciones consecuencialista y de coherencia se proyecta sobre la consistencia presionándola y generando el riesgo positivo del posible “judicialismo” *contra legem*. Pues, no se trata de que se ponga en riesgo el positivismo normativo por uno realista, sino de que se recomiende la reformulación legal en sede judicial de un Derecho “más coherente” que el legislado. Y, no se olvide al respecto que el problema se agrava cuando se parte, como hace MacCormick, de que la distinción entre casos fáciles y difíciles no es ontológica y de que los criterios teleológico/deontológicos pueden y a veces deben primar sobre lo legalmente positivizado. Por eso, el problema iuspositivo neoinstitucionalista no procede tanto de introducir los principios como categoría normativa, sino del efecto de su juego de la argumentación sobre el concepto de validez y la descripción positiva del Derecho.

LEONOR SUÁREZ LLANOS

*Campus del Cristo*

*Universidad de Oviedo*

*C/ Catedrático Rodrigo Uría, s/n 33006 Oviedo*

*e-mail: [leonor@uniovi.es](mailto:leonor@uniovi.es)*