

Los
critérios
de corrección
en la ***teoría***

*del razonamiento
jurídico de
Neil MacCormick*

Miguel Ángel García Godínez



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO García Godínez, Miguel Ángel, autor autor de introducción
C430 Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick
I573i / Miguel Ángel García Godínez [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios
V.3 Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis
 María Aguilar Morales ; prólogo Juan Antonio Cruz Parceros ; introducción Miguel Ángel García
 Godínez]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación , 2017.
 xvi, 145 páginas ; 22 cm. -- (Interpretación constitucional aplicada ; 3)

ISBN 978-607-468-934-1

1. Interpretación constitucional – Doctrina – Ensayos 2. Razonamiento jurídico – Teoría de justificación del Estado 3. MacCormick, Neil, 1941-2009 – Teoría del Derecho 4. Analogía 5. Convencionalismo jurídico 6. Argumentación jurídica 7. Filosofía del Derecho I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , prologuista III. Cruz Parceros, Juan Antonio, prologuista IV. título V. serie

Primera edición: febrero de 2017

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3 SERIE Interpretación Constitucional Aplicada

Los *critérios*
de corrección
en la *teoría*
del razonamiento
jurídico de
Neil MacCormick

Miguel Ángel García Godínez



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Tomás Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

CONTENIDO

Presentación.....	IX
Prólogo.....	XIII
INTRODUCCIÓN.....	1
1. LAS FUENTES DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO DE MACCORMICK:	
CONVENCIONALISMO JURÍDICO E INSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	5
Miguel Ángel García Godínez	
1.1. El convencionalismo jurídico de Hart.....	7
1.1.1. El concepto de derecho.....	8
1.2. Los hechos institucionales y la teoría de la obligación de Searle....	20
1.2.1. Hechos institucionales.....	22
1.2.2. Intencionalidad y actos de habla.....	25
1.2.3. Intencionalidad colectiva y obligación.....	28
1.3. La teoría institucional de la acción de Weinberger.....	31
1.3.1. Hechos institucionales y teoría de la acción.....	32

1.3.2. El positivismo jurídico institucional	35
2. LA TEORÍA DEL ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL	
DE MACCORMICK	41
2.1. El institucionalismo jurídico.....	45
2.1.1. El orden normativo informal	47
2.1.2. El orden normativo formal.....	52
2.1.2.1. Reglas institutivas, reglas de consecuencias y reglas de término.....	54
2.1.2.2. Principios y estándares de comportamiento	56
2.1.2.3. La validez jurídica del orden normativo institucional	58
2.1.2.4. Moralidad institucional	62
2.2. El orden normativo institucional y la pretensión de corrección.....	64
2.2.1. Interpretación jurídica y justificación.....	66
2.2.2. Los principios jurídicos y los límites de la autoridad institucional.....	68
2.2.3. El razonamiento jurídico: el problema de la justificación	70
3. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE MACCORMICK	73
3.1. La pretensión de corrección.....	74
3.2. La justificación de primer orden	77
3.2.1. Límites de la justificación lógica	79
3.3. La justificación de segundo orden.....	84
3.3.1. Razonamiento jurídico a partir de hechos.....	86
3.3.2. Razonamiento jurídico a partir de normas	89
3.3.3. Razonamiento jurídico consecuencialista.....	94
3.4. Reglas, principios y consecuencias jurídicas.....	98
3.4.1. Analogía e interpretación	99
3.4.2. Consistencia y coherencia	103
3.5. El razonamiento jurídico y la teoría del derecho	105

4. LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN DE MACCORMICK	109
4.1. Particulares y universales.....	110
4.2. Derrotabilidad jurídica	113
4.2.1. Derrotabilidad jurídica explícita e implícita.....	117
4.2.2. Inconsistencia y razonamiento derrotable.....	119
4.3. Excepciones y justificación	123
Conclusiones	124
i. Las fuentes del institucionalismo jurídico	125
ii. El orden normativo institucional	127
iii. El razonamiento jurídico y los criterios de corrección.....	129
iv. La derrotabilidad jurídica y el criterio de consistencia	132
Referencias	134

PRESENTACIÓN

El lector tiene en sus manos un trabajo de investigación sobre la obra de uno de los filósofos del derecho más influyentes de los últimos tiempos: Neil MacCormick (Edimburgo, 1941-2009), quien realizó importantes aportaciones a la teoría del derecho, específicamente en materia de justificación jurídica. Instalado a lo largo de su carrera en el sector post-positivista de la teoría, este autor escocés buscó construir una teoría del derecho *integradora*, es decir, una teoría que se colocara a medio camino entre los extremos de varias perspectivas de análisis. Así, se colocó entre los postulados de la razón práctica kantiana y el escepticismo humano, al mismo tiempo que se colocaba entre los aspectos descriptivos y normativos de la teoría, entre los aspectos deductivos y no deductivos, formales y materiales de la argumentación jurídica, y entre el ultraracionalismo –como el de Ronald Dworkin: las decisiones jurídicas tienen una única respuesta correcta– y el irracionalismo –como el de Alf Ross: las decisiones jurídicas son producto de la voluntad y no de la

razón. Pero, ante todo, el autor argumentó a favor de la necesaria justificación de las decisiones de cualquier autoridad del Estado, ya sea administrativa, legislativa o judicial; para él, el centro de gravedad de la validez y, por ende, de la obligatoriedad de esas decisiones se ubica, precisamente, en la idea de justificación. Por todo lo anterior, la obra de MacCormick se considera como uno de los pilares de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, junto con la del alemán Robert Alexy. Sin embargo, tanto en México como en Latinoamérica es menos conocida y difundida que la de éste, quizás porque a pesar de sus múltiples aportaciones, no resulta ser tan *seductora* (y los inconvenientes que ello implica) como la teoría de ponderación.

Pues bien, esta obra fue elaborada como trabajo de titulación de la maestría en Derecho en nuestra querida Universidad Nacional, por Miguel Ángel García. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Centro de Estudios Constitucionales, se congratula en publicarla por dos principales razones. En primer lugar porque una de las funciones de este centro académico, anclado en el Máximo Tribunal del País, es la de difundir la cultura jurídica, no sólo de los autores consagrados, sino también de las jóvenes promesas que surgen de nuestras universidades, siempre que la calidad de la obra lo amerite, como nos ha parecido ser este el caso; y en segundo lugar, porque la materia de la obra se relaciona directamente con el quehacer de un Tribunal Constitucional como nuestra Suprema Corte, ya que la calidad y legitimidad de nuestras decisiones depende, en gran medida, de la actualización constante de nuestras habilidades y conocimiento en teoría de la argumentación jurídica. Por ello, esta obra aproxima a nuestros operadores jurídicos, de una manera clara y sencilla, con aportes originales y una enorme calidad en la investigación, a

un autor trascendente para la teoría del derecho; y sin lugar a dudas, se podrán ver beneficiados en algún sentido con su lectura.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

La administración de justicia pretende ser una actividad racional. En la medida en que el juzgador busca justificar sus decisiones, se aspira a tal racionalidad, pero no basta que persiga este fin, la justificación será resultado de que logre apoyar sus decisiones en razones objetivas y aceptables en un contexto determinado. Sin embargo, existe la sospecha de que esta aspiración de objetividad al menos es ilusoria y que decidir será siempre, inevitablemente, una cuestión de voluntad e irracionalidad o de mera aceptabilidad. Se sostiene que los jueces racionalizan sus decisiones, que no es lo mismo a justificarlas, pues no existen criterios objetivos para ello.

Buena parte de las discusiones en filosofía del derecho han versado sobre esta cuestión. Al lado de los escépticos, principalmente los realistas y los críticos, otros han defendido la racionalidad del derecho sosteniendo que, incluso, es posible hablar de la existencia de una única respuesta correcta para cada decisión.

Neil MacCormick (1941-2009) fue uno de los máximos exponentes de la teoría de la argumentación jurídica. Manuel Atienza lo consideró, junto a Robert Alexy, como uno de los exponentes de la teoría estándar de la argumentación jurídica.¹ Pero habría que decir que MacCormick mismo se sintió muy cercano también a Aleksander Peczenik y Aulis Aarnio.² El libro pionero de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), se enmarcó dentro de la órbita de *El Concepto de Derecho* de H.L.A. Hart, quien fuera su profesor en la Universidad de Oxford. Más adelante el profesor escocés se apartaría de la obra de Hart desarrollando una teoría institucional del derecho, de la que da cuenta de manera excelente Miguel García en este libro. Bajo esta nueva concepción la moral y el derecho, aunque conceptualmente distintos, se aproximan: la justificación de las decisiones jurídicas requiere de algún respaldo en principios o valores morales que forman parte de un sistema jurídico.

La teoría de la argumentación de MacCormick, como sostiene Miguel García, se distanciará de la obra de Hart y se colocará entonces en un punto intermedio entre las posturas irracionalistas como la de Ross y las ultrarracionalistas como la de Dworkin. Aunque ese punto quizá no sea tan intermedio y esté en realidad más próximo a Dworkin, guardando siempre algunas distancias con este autor desde luego. Para MacCormick la racionalidad no puede determinar en cada caso cuál es la respuesta correcta, pero sí puede delimitar un marco de las decisiones. Este marco de racionalidad viene dado por la utilización de argumentos que buscan evaluar la consistencia, coherencia y las consecuencias posibles de las decisiones. Estos serían entonces los criterios de corrección que el juzgador tiene que utilizar.

¹ Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ-UNAM, México, 2003.

² Véase la entrevista que le hace Manuel Atienza, "Entrevista a Neil MacCormick", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2206, pp. 479-489.

Hoy día que nuestro sistema jurídico exige a los juzgadores enfrentar los retos de los cambios constitucionales recientes—que entre otras cosas los obligan a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad tratándose de casos donde estén involucrados derechos humanos—, conocer y reflexionar sobre la obra de uno de los grandes teóricos de la argumentación jurídica puede resultar orientador. El razonamiento jurídico para MacCormick es un caso especial del razonamiento práctico (moral), y es especial porque ocurre en un ámbito institucional formado por normas, procedimientos, autoridades, agencias oficiales, etc. Las mismas normas institucionales imponen a los juzgadores la responsabilidad de justificar sus decisiones, atendiendo y respetando ese mismo marco institucional e intentando salvaguardar principios y, especialmente, mirando a las consecuencias que se pueden producir.

El estudio que nos ofrece Miguel García da cuenta pormenorizada de la teoría institucional de MacCormick y su relación con la teoría de la justificación que nos ofrece. Se trata de un trabajo crítico que además de analizar y problematizar las posturas de MacCormick nos ofrece también una vía para resolver algunos de los problemas detectados. Particularmente se advierte de una tensión entre dos de los criterios de corrección, el de consistencia y el de coherencia. Miguel García sugiere un ajuste en cómo podemos comprender el criterio de consistencia para que sea compatible con el de coherencia, la vía está en pensar la consistencia no como una forma de razonamiento lógico-deductivo, sino como una lógica derrotable. Desde el razonamiento derrotable, nos dice el autor, podemos aceptar que las reglas generales puedan dejarse de lado si tenemos otras razones de peso que introducen nuevos elementos que justifican este apartamiento, sin que se genere una inconsistencia lógica entre premisas y conclusión. La idea de “justicia substantiva” radicaría en la posibilidad de rechazar la aplicación de reglas generales.

Este trabajo, además del valor que tiene por sus cualidades, viene a llenar un vacío en los estudios sobre argumentación jurídica en el ámbito hispanohablante.

Hasta ahora muy pocos se han ocupado de estudiar a fondo la obra de MacCormick. La mayor parte de los especialistas en argumentación jurídica en nuestro medio se han inclinado más por estudiar la obra de Robert Alexy y, en menor medida, la de Manuel Atienza. Muy poco se ha escrito sobre la obra del jurista escocés, quien todavía es prácticamente un desconocido en nuestro medio. Sus obras principales sobre razonamiento jurídico y argumentación, por ejemplo, no ha sido todavía traducidas al español³ y lo que se suele saber de ellas nos viene muchas veces de un capítulo que Manuel Atienza le dedicó.

El autor de este libro es un joven filósofo del derecho formado en la Universidad Nacional Autónoma de México, abogado y filósofo –también gran aficionado al rock y la poesía–, quien ha destacado por la agudeza de su análisis y su dedicación, una persona que ha buscado la superación y que ya ha demostrado la calidad de los frutos que su trabajo puede producir. Ha sido, durante los años que llevo de conocerlo y de trabajar con él, un interlocutor con quien se puede dialogar y debatir sin complacencias, alguien inteligente y prudente. Sus habilidades no se limitan a la filosofía del derecho o la lógica, sino que ha mostrado dotes especiales para la docencia. Actualmente estudia su doctorado en la Universidad de Glasgow (ahí donde también MacCormick realizara sus estudios de filosofía y literatura antes de estudiar en la Universidad de Oxford), esperemos que en unos años más nos traiga un trabajo doctoral de gran nivel y logre incorporarse en alguna universidad de nuestro país donde pueda seguir desarrollando todo el potencial que tiene.

Juan Antonio Cruz Parcero

³ Se cuentan con algunas traducciones como: Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, traducción y estudio preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010; Neil MacCormick, *Instituciones del derecho*, traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011; en México se editó un libro compilado por él y por Robert S. Summers, *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, Ciudad de México, 2016. Se pueden encontrar también unos pocos artículos y capítulos traducidos.

INTRODUCCIÓN

¿Cómo justificar una decisión jurídica? es claramente una de las preguntas más importantes de la filosofía del derecho contemporánea. Desde la perspectiva del Estado de derecho (*Rule of Law*), cualquier decisión institucional (sea legislativa, judicial o administrativa) tiene que estar plenamente justificada para adquirir validez jurídica, es decir, para ser considerada obligatoria o jurídicamente vinculante. En este sentido, una labor fundamental de la teoría del derecho y del razonamiento jurídico es proveer, analizar y, en su caso, respaldar ciertos criterios de justificación (o corrección) jurídica; los cuales deben ser usados por los juristas u operadores del derecho para determinar y evaluar sus propias decisiones. Como lo veremos en este trabajo, establecer criterios de corrección jurídica nos compromete, en primer lugar, con una revisión de los objetivos sociales y los valores morales que constituyen la práctica jurídica y, en segundo lugar, con una explicación adecuada de los requisitos de existencia, permanencia, transformación y término de las instituciones jurídicas.

Neil MacCormick (1941-2009) fue un jurista y filósofo del derecho especialmente interesado en el problema de la justificación jurídica. Una de sus mayores aportaciones a la discusión filosófica del derecho es su *teoría institucional del orden normativo*. Una teoría que representa no sólo un desarrollo de las teorías convencionalistas del derecho (especialmente la de Hart), sino también un punto de partida para superar las deficiencias explicativas del modelo positivista respecto del proceso de toma de decisión (o elección) institucional (*i. e.*, el razonamiento jurídico).

Teorías *institucionalistas*, como la teoría de la obligación de Searle y la teoría de la acción de Weinberger, son usadas por MacCormick para explicar la existencia y funcionamiento de la práctica jurídica. Mientras que la *pretensión de corrección* y las teorías del *discurso práctico justificativo*, como la de Alexy, y de la *interpretación jurídica*, como la de Dworkin, son usadas por MacCormick para explicar el aspecto argumentativo del derecho. De estas influencias teóricas germina una propuesta argumentativa evidentemente post-positivista, que intenta reunir los elementos racionales del institucionalismo jurídico con los elementos justificativos de la argumentación jurídica dentro de un mismo dominio filosófico: el *razonamiento práctico*.

Desde su propuesta institucionalista, MacCormick articula una *teoría del razonamiento jurídico* que busca identificar *criterios de corrección* para la justificación de las decisiones jurídicas. Criterios que rechacen las pretensiones ultrarracionalistas de objetividad y las implicaciones antirracionalistas del expresivismo moral, y que se aproximen más bien a una *postura intermedia*, que reconozca a la *voluntad* y a la *subjetividad* como elementos irrenunciables de la toma de decisión jurídica, y que, sin embargo, favorezca al ideal de *objetividad* en términos de *aceptabilidad*. Una propuesta, entonces, de sentido común, de racionalidad y de universalidad.

Estos criterios cumplen propósitos justificativos y, por eso mismo, evaluativos; además, representan los estándares mínimos de racionalidad requerida por la práctica jurídica institucional. Una de sus principales características es que forman parte (o están involucrados) no sólo en el discurso jurídico, sino también en el *discurso práctico*. En este sentido, estos criterios representan un vínculo necesario entre dos órdenes normativos, el derecho y la moralidad.

El principal objetivo de nuestro trabajo es dar cuenta de estos criterios de corrección. Nuestro análisis mostrará que a partir de la teoría institucionalista de MacCormick, el reclamo de justificación de las decisiones jurídicas estará satisfecho una vez que se esas decisiones se sometan a la jurisdicción de estos criterios de corrección. Nuestra tesis es una especie de crítica al marco lógico que asume MacCormick para definir el criterio de *consistencia*. Nosotros sostendremos que no es a través del razonamiento lógico-deductivo que debemos entender el criterio de consistencia lógica (*i. e.*, ausencia de contradicciones), sino más bien a través del razonamiento derrotable. Un tipo de razonamiento lógico que nos permitirá aceptar inconsistencias internas (*i. e.*, dentro del argumento justificativo) sin aceptar con ello inconsistencias en la decisión jurídica (*i. e.*, en la conclusión).

Para alcanzar ese objetivo y defender esta tesis, procederemos de la siguiente manera. En el capítulo 1 expondremos algunas de las fuentes de la teoría institucionalista del orden jurídico de MacCormick. En el capítulo 2 explicaremos su teoría del orden normativo institucional. En el capítulo 3 explicaremos su teoría del razonamiento jurídico y señalaremos, en particular, cuáles son los criterios de corrección que una decisión de derecho tiene que satisfacer para ser considerada una decisión jurídicamente justificada. Por último, en el capítulo 4, ofreceremos una caracterización del fenómeno de la derrotabilidad jurídica y diremos por qué es

necesario interpretar el criterio de consistencia lógica a la luz de una teoría del razonamiento derrotable.

Miguel Ángel García Godínez

1. LAS FUENTES DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO DE MACCORMICK: CONVENCIONALISMO JURÍDICO E INSTITUCIONALISMO SOCIAL*

Miguel Ángel García Godínez**

La teoría del derecho de Neil MacCormick es fundamentalmente una propuesta *institucionalista* del orden social. Una propuesta que entiende al derecho como una *práctica social normativa*, constituida y regulada sobre la base de ciertas *convenciones sociales*. Su primer proyecto institucionalista, desarrollado en MacCormick y Weinberger [1992], tiene por objeto explicar (y, en alguna medida, justificar) las condiciones de existencia, permanencia, transformación y término de las *instituciones jurídicas*. De corte positivista, especialmente influido por la teoría del derecho de Hart [1994], este institucionalismo jurídico sostiene la tesis de que el carácter normativo del derecho (*i. e.*, su propiedad regulativa) es un elemento estrictamente convencional, no determinado por deberes morales supremos.

* Tesis de maestría, para obtener el título de Maestro en filosofía, por la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional Autónoma de México. Dirigida por los doctores Juan Antonio Cruz Parceroy y Manuel Atienza.

** Estudiante de Doctorado, Universidad de Glasgow, Escocia.

Esta tesis convencionalista se enfrenta, sin embargo, a un gran desafío: ¿cómo es posible derivar obligaciones (jurídicas) a partir de situaciones de hecho, es decir, de convenciones sociales? Algo se tiene que decir para justificar el paso de un *ser* a un *deber ser*. Este problema, ya señalado por Hume,¹ ha dado lugar a una interminable discusión filosófica. Entre las muchas respuestas que se han intentado, está la teoría de la obligación de Searle [1964]. Una teoría que intenta justificar el paso de premisas puramente descriptivas a una conclusión normativa con base en la ocurrencia de ciertos actos de habla; particularmente, el *acto de prometer*.²

MacCormick y Weinberger [1992] toman como base precisamente esta teoría de los actos de habla y la teoría de la realidad social de Searle para explicar tanto la naturaleza institucional del derecho como el carácter normativo de la práctica jurídica.

¹ Hume [1896: Libro III, Parte I, Sección I]. La formulación canónica de la llamada *ley de Hume* se encuentra en el siguiente párrafo. "En cada sistema de moralidad que hasta ahora he conocido, siempre he advertido que el autor procede por un tiempo en la manera ordinaria de razonar, y establece el principio de Dios, o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos; cuando de repente me sorprende de encontrar que, en lugar de las usuales conjunciones de proposiciones: *es* y *no es*, no encuentro alguna proposición que no esté conectada con un *debe*, o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, aunque es, sin embargo, de gran importancia. Porque como este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que esto deba ser observado y explicado; y al mismo tiempo deba darse una razón, por lo que parece inconcebible, acerca de cómo es que esta nueva relación puede ser una deducción de otras, que son totalmente diferentes de ella. Pero como los autores no hacen comúnmente esta precaución, recomendaré a los lectores, y estoy persuadido de ello, que esta pequeña atención subvertirá los sistemas vulgares de moralidad", Hume [1986: 244s].

² Las teorías convencionalistas, en general, heredan la idea de prácticas sociales comunicativas de J. L. Austin y L. Wittgenstein. Esta idea, puesta en términos muy simples, clasifica el uso del lenguaje como *performativo* o *no performativo*. El primero, a diferencia del segundo, entraña la realización de una acción. Cuando alguien dice, por ejemplo, "sí acepto", y lo hace en un contexto adecuado, ante la presencia de ciertas autoridades públicas y en ausencia de circunstancias excepcionales, puede estar asumiendo un compromiso, quizás uno de tipo matrimonial. Este uso del lenguaje no es puramente descriptivo, es decir, el hablante no está describiendo (o informando) una situación actual; más bien está realizando una acción, se está comprometiendo a algo. Esta partición entre usos performativos y no performativos da pie a que la noción de *regla* adquiriera gran relevancia en la investigación filosófica. Algo puede ser realizado por medio del lenguaje sólo si se cumplen las condiciones de realización del acto, si se puede determinar un contexto adecuado y si hay competencia en el uso del lenguaje. Y todo esto está determinado por reglas; es decir, las reglas establecen esas condiciones, determinan ese contexto y regulan el uso del lenguaje. Cfr. Odell [2006] y Marmor [2001b].

En este primer capítulo nos ocuparemos de explicar lo que llamaremos *las fuentes del institucionalismo jurídico de MacCormick*. En la primera parte expondremos muy brevemente *la teoría positivista del derecho* de Hart, la cual sienta las bases del convencionalismo jurídico que MacCormick pretende, primero, justificar y, luego, superar para hacer frente a ciertas objeciones (especialmente de Dworkin). En la segunda parte explicaremos *la teoría de la obligación* de Searle. Esto nos permitirá entender, entre otras cosas, qué significa que el derecho sea una práctica institucional y por qué está constituida por hechos institucionales. En la última parte explicaremos muy brevemente *la teoría de la acción institucional* de Weinberger, y diremos por qué es al mismo tiempo un antecedente del institucionalismo social y un desarrollo del convencionalismo jurídico, además señalaremos algunas semejanzas con la propuesta del orden normativo institucional de MacCormick.

1.1. El convencionalismo jurídico de Hart

La teoría positivista del derecho de Hart [1994] tiene como finalidad responder a la pregunta *¿qué es el derecho?* Una cuestión que requiere de un análisis filosófico acerca de la práctica jurídica y de sus elementos constitutivos y regulativos. En este sentido, no es una cuestión acerca del significado de la palabra "derecho". Se trata de mostrar que el derecho posee, por un lado, rasgos comunes que nos proporcionan una idea general de la clase a la que pertenece y, por otro lado, una serie de peculiaridades que hacen de esta práctica social algo distinto de otras prácticas normativas (como la moralidad o la religión). Estos rasgos comunes y peculiaridades no son condiciones necesarias y suficientes para el uso adecuado del término "derecho", sino apenas los aspectos que nos permiten distinguir cuándo hay una práctica jurídica y cuándo no la hay, o cuándo la hay incluso en una forma deflacionaria.³

³ Hart [1994: 130] puede ser clasificado como un *pragmatista* del lenguaje natural, *i. e.*, como alguien interesado en la articulación (inevitablemente contextual) de los conceptos, más que en su definición. En contraste,

1.1.1. El concepto de derecho

El *derecho*, asegura Hart, es un fenómeno social muy complejo que tiene que ver principalmente con la realización de ciertos comportamientos dirigidos hacia fines o propósitos comunes. Un fenómeno que puede analizarse desde distintos puntos de vista; por ejemplo, a partir de sus fuentes, de su papel regulativo, de sus diferencias con respecto a otros sistemas de normas, etcétera. Hart propone examinar este fenómeno a la luz de los rasgos (o conceptos) que generalmente se asocian al uso del término *derecho*, y luego evaluarlos con base en nuestros métodos analíticos.

Esos conceptos relacionados con el derecho son la *coerción*, las *reglas jurídicas* y la *obligación jurídica*. La estructura de la teoría analítica de Hart consiste precisamente en elucidar estos conceptos y sus relaciones lógicas. De manera muy general, podemos decir que el proyecto convencionalista de Hart puede resumirse en cinco tesis estrechamente relacionadas: **(i)** El convencionalismo jurídico consiste en una combinación de *reglas primarias* y *reglas secundarias*; **(ii)** el carácter normativo de la práctica jurídica se explica mediante el aspecto *interno* y *externo* de las *reglas sociales*; **(iii)** la moralidad y el derecho son *sistemas normativos independientes*; **(iv)** los jueces tienen *discrecionalidad judicial* para la solución de casos difíciles; y **(v)** la práctica jurídica es una institución *dinámica*.

i. El *convencionalismo jurídico* de Hart está basado en una concepción puramente analítica (o libre de valoraciones morales) del derecho. Hart identifica dos

por ejemplo, con los *semánticos*. Estos prefieren elucidar el significado de las palabras y de las oraciones, su correspondencia inequívoca con la realidad, aun independientemente de su uso. Véase Moore [2003: 126]; Odell [2006: 24-27] y MacCormick [2010]. Hart menciona como ejemplos de lo que nosotros llamamos uso *deflacionario* del término "derecho", al derecho primitivo y al derecho internacional. Ambos, en opinión de Hart, carecen de elementos que generalmente asociamos a los sistemas jurídicos (p. ej., la coerción y las reglas de segundo orden). Cfr. MacCormick [2011:245].

clases generales de reglas jurídicas, las reglas primarias y las reglas secundarias. Las primarias pueden cumplir dos funciones, o bien imponen obligaciones jurídicas, o bien establecen condiciones y requisitos para ejercer poderes públicos y privados. Las secundarias, en cambio, se encargan de organizar y regular la práctica jurídica, y de crear, modificar y aplicar las reglas primarias.

Las reglas primarias se encuentran en el primer nivel del orden jurídico. Son las reglas que establecen obligaciones jurídicas y que regulan el comportamiento de los participantes. Estas reglas contienen una determinación normativa respecto de nuestro comportamiento (ya sean acciones u omisiones). Las reglas secundarias pueden ser *de reconocimiento*, que son las que nos permiten reconocer las reglas válidas del sistema jurídico; es decir, identificar las reglas que *pertenecen* al sistema jurídico, o *de cambio*, que son las que permiten adaptar el sistema jurídico a las necesidades y concepciones sociales que prevalecen en la sociedad, o *de adjudicación*, que son las que permiten imponer obligaciones particulares a los participantes.

Hart [1994: 92s] advirtió la posibilidad, al menos teóricamente, de que exista un sistema jurídico que pueda contener únicamente reglas primarias de obligación. Sin embargo, este sistema no nos permitiría identificar o reconocer cuáles son las reglas válidas (u obligatorias) y cuáles no. Este sistema tampoco se adaptaría con facilidad al dinamismo social; es decir, si la sociedad demandara algún cambio normativo, las posibilidades de eliminar reglas o modificar su contenido serían muy limitadas. Y tampoco sería posible determinar quién decide qué es lo debido o permitido según ese sistema de reglas primarias. De todas estas funciones se ocupan precisamente las reglas secundarias.

El sistema jurídico, agrega Hart [1994: 60 y 76], para estar exento de estas deficiencias del modelo primitivo, tiene que entenderse como un sistema normativo

constituido tanto por reglas primarias de obligación como por reglas secundarias de carácter *institucional*. Este carácter institucional del derecho significa, dicho muy brevemente, que la práctica jurídica es una práctica social *autoregulada*. Es decir, es una práctica que administra obligaciones, poderes públicos y privados y, al mismo tiempo, establece también sus condiciones de existencia, de modificación y de aplicación.

Tener reglas secundarias en el sistema jurídico permite hablar (1) de *certeza jurídica* (porque la sociedad sabría, por medio de las reglas de reconocimiento, qué obligaciones tienen y cuáles son las consecuencias que le siguen a su incumplimiento), (2) de *adaptabilidad al cambio social* (si la sociedad deja de considerar ciertas conductas como obligatorias, o deja de considerar útiles a ciertas funciones institucionales, o deciden incorporar al catálogo de acciones con respaldo institucional ciertas conductas, entonces, por medio de las reglas de cambio, pueden introducir esas modificaciones) y (3) de *eficacia jurídica* (porque sabrían quiénes son las autoridades encargadas de decidir lo debido jurídicamente y sabrían también cuáles son las razones institucionales que justifican esas decisiones).

ii. El carácter normativo que define la práctica jurídica (y que se transmite al conjunto de reglas que constituyen el sistema jurídico) se deriva de una *aceptación interna*.⁴ Esto no quiere decir que el derecho, o la práctica social jurídica, dependa de que los participantes respondan en algún momento de su vida que *sí* desean (o aceptan) participar en esa práctica social.

⁴ Hart distingue entre la aceptación *interna* y la mera coincidencia *externa* de comportamientos. Al primero se refiere como *punto de vista interno*, al segundo como *punto de vista externo*. Considerar a las reglas desde el punto de vista interno es aceptar su obligatoriedad. Considerarlas desde el punto de vista externo es describir el comportamiento de los participantes como una frecuencia o reiteración de conductas coincidentes. Al respecto, véase, Shapiro [2006].

La aceptación interna (o la aceptación desde el punto de vista interno) es el componente de obligatoriedad que caracteriza al derecho como un sistema de obligaciones y poderes. Aceptar internamente el derecho es comportarse de acuerdo a esas obligaciones y cumplir con los requisitos para ejercer los poderes o facilidades que la práctica jurídica confiere.⁵ Un participante demuestra su aceptación interna cuando emite ciertos actos de habla. Cuando alguien dice, por ejemplo, “es *obligatorio* comportarse de tal o cual forma” está aceptando que esa conducta está ordenada por una regla jurídica válida, es decir, está aceptando su obligatoriedad.⁶

La aceptación interna, como anticipa Hart, no tiene que hacerse sobre cada una de las reglas jurídicas que integran el sistema jurídico. Hay aceptación sobre las reglas que constituyen o que configuran la práctica social jurídica, sus reglas regulativas y sus instituciones. Estas reglas, como ya lo vimos, son las reglas secundarias. Son reglas de segundo nivel o reglas que determinan la existencia de otras reglas.

Las reglas de reconocimiento son la base sobre la cual se configura la práctica jurídica. De ellas, según explica Hart [1994: 95], se determina la validez jurídica de las otras reglas (primarias y secundarias). Estas reglas de reconocimiento son, por de-

⁵ En este sentido, Schauer [1994: 286] dice: “¿Qué es tener un punto de vista interno? Sería un error creer que un agente tiene o no tiene un punto de vista interno *simpliciter*. Más bien, un agente tiene un punto de vista interno vis-à-vis con algún sistema, institución o práctica. Y ese punto de vista interno se manifiesta cuando la posición del agente dentro de una institución afecta las presuposiciones de sus declaraciones o acciones, que serían diferentes si el agente no estuviera situado internamente de esa forma”.

⁶ A diferencia de este acto de habla, está aquél que es realizado por algún observador externo. Un científico o teórico del derecho emite enunciados del tipo “se considera obligatorio en el estado A comportarse de tal o cual forma”. Aquí no hay aceptación interna, sino una declaración o afirmación de hechos. El observador indica que los participantes de esa práctica jurídica tienen por obligatorio realizar cierto comportamiento. Este observador podría no admitir el carácter normativo de esta regla o no considerarla válida desde su propio sistema jurídico, es decir, desde su punto de vista interno.

finición, *reglas sociales*.⁷ Y son reglas que no poseen validez; lo único que se puede decir de ellas es que existen o no existen. Su existencia está determinada por la realidad social y se identifican (o ejemplifican) mediante las conductas y emisiones lingüísticas (o declaraciones normativas) de los participantes.

Una autoridad judicial, por ejemplo, que dicta una sentencia de absolución contra un presunto delincuente, lo hace en *reconocimiento* de su obligación como autoridad decisora y en *reconocimiento* también de las reglas jurídicas que determinan los deberes y responsabilidades de los participantes. Un ciudadano que se comporta de acuerdo a las reglas jurídicas que regulan, por ejemplo, la circulación de vehículos, está *reconociendo* por ese medio que existen y que son obligatorias esas reglas de tránsito.

Una regla social, claro, tiene un *aspecto interno* y un *aspecto externo*. El interno es la aceptación de los participantes (mediante una actitud reflexiva y crítica); el externo, es el comportamiento socialmente compartido. *La aceptación*, entonces, desde el punto de vista interno, según lo explica Hart [1994: 55 y 89ss], se compone de dos elementos. Se acepta una regla social cuando hay actitud reflexiva y crítica (el aspecto interno) y la realización coincidente de ese comportamiento (el aspecto externo). Tener una actitud *reflexiva* significa, en pocas palabras, conducirse uno mismo, de manera autónoma, de acuerdo a las obligaciones que esas reglas imponen; esto es, asumir como propias las mismas pautas de comportamiento que exigimos de los demás. La actitud *crítica* es exigir de los demás que se comporten de acuerdo a esa

⁷ Cfr. Hart [1994: 95 y 259]; Bayles [1992: 71]; y MacCormick [2010: 18s]. Para una caracterización más perspicua de la teoría de las reglas sociales de Hart, véase Marmor [2001b: 2].

obligación; y si hay incumplimiento, entonces se espera o se tiene la *expectativa* de que reciba alguna sanción.

La aceptación interna, que atañe a las reglas de reconocimiento, otorga validez y obligatoriedad a todo el sistema jurídico, y a todas las instituciones de derecho. Aceptar internamente esta regla, como veremos después, no es un compromiso moral. Basta que los participantes reconozcan los beneficios de participar de esta práctica social normativa para que acepten sus consecuencias impositivas. Así sucede, por ejemplo, con el ajedrez. No es porque el ajedrez sea moralmente bueno o represente valores morales de gran estima por lo que se considera obligatorio cumplir con las reglas que configuran y regulan esa práctica social. Puede ser por razones meramente intelectuales o de convivencia que las personas aceptan participar en este juego y, en consecuencia, aceptan las reglas y obligaciones que impone.

iii. La *tesis de la separación* es una de las características fundamentales del positivismo jurídico tradicional.⁸ Para Hart, esta tesis consiste en que las reglas jurídicas, para ser consideradas *válidas*, no dependen de su correspondencia con algún principio o estándar de moralidad. La moralidad, entonces, no es un requisito para la validez jurídica de las reglas. Por supuesto, dado que el derecho es una práctica social, y en toda sociedad hay necesidades e intereses comunes, habrá criterios o estándares de moralidad que den contenido a ciertas reglas jurídicas;

⁸ Las teorías positivistas de Bentham [1970] y Austin [1955] son notables en este aspecto. Ambas teorías se dirigen contra ciertas posturas iusnaturalistas. Bentham califica de *ficcional* al lenguaje de esas teorías que pretendían articular declaraciones normativas (enunciados de deber) con base en suposiciones metafísicas (como el *contrato social* o la *razón práctica*), y que lo único que hacen es mistificar el lenguaje jurídico. Esconden, pues, la *voluntad humana* que hay detrás de los términos normativos como *deber* y *obligación*, y en su lugar ponen *entidades misteriosas* como siendo el contenido de esos términos, cfr. Bix [1996: 111]. Austin, para justificar que el derecho es normativo sin importar su cualidad moral, advierte que las reglas de derecho se reducen a *órdenes* que da una autoridad con el respaldo de alguna amenaza. Cfr. Hart [1982: 29] y Bayles [1992: 8].

incluso a las reglas que constituyen la práctica jurídica. Sin embargo, ese contenido no pertenece a una concepción única de moralidad.⁹

El derecho y sus elementos configurativos (*i. e.*, las reglas jurídicas) y de justificación (*i. e.*, las expectativas de comportamiento) son algo independiente de su calificación moral. Las instituciones y reglas jurídicas imponen obligaciones que *pueden o no* corresponderse con algún principio de moralidad. Lo que les otorga su carácter normativo (o vinculatoriedad) es su aceptación desde el punto de vista interno. Una persona está obligada jurídicamente a comportarse de cierta manera sólo si existe una regla jurídica que le impone esa obligación; y como esa obligación se sigue de los ideales de reciprocidad que justifican la práctica social jurídica, el participante de esta práctica social asume o acepta el compromiso de cumplir con ella. La aceptación de cumplir las obligaciones jurídicas es algo que se justifica en la noción utilitarista de *reciprocidad*.¹⁰ Esa obligación jurídica es el carácter normativo fundamental del derecho, y es el principal contenido de las reglas jurídicas (aunque no es el único).

Lo que intenta probar Hart con su teoría es que ni el aspecto justificativo ni el aspecto configurativo del derecho están necesariamente relacionados con la moralidad. El derecho es una convención social regulada específicamente por reglas jurídicas. Estas reglas jurídicas no existen por sí mismas ni se derivan de un orden na-

⁹ Si hubiera una sola moralidad, *i. e.*, una moralidad trascendental o universal, y ésta definiera el contenido de lo jurídicamente válido, discutir acerca de si una regla de derecho es válida o no, sería ocioso. Porque bastaría con decidir si la obligación impuesta por la regla se corresponde con el estándar o criterio moral trascendental.

¹⁰ Bentham y Austin son dos representantes del utilitarismo moderno. Ellos, como el mismo Hart, evitan concepciones esencialistas del deber (basadas en ideales religiosos o de estrato puramente cognitivo) y alegan que los sistemas normativos, en general, y el derecho, en particular, tienen como única base de justificación la utilidad o el beneficio que proporcionan. La finalidad de someterse o aceptar las cargas impositivas de esas prácticas es la *cooperación*. Cfr. Hart [1994: 91, 193, 198]. Aceptar ciertos compromisos, después de todo, es ayudarnos a alcanzar niveles mínimos (o deseables) de convivencia.

tural, sino que son parte de una convención social. Son reglas que se siguen de otras reglas, y que tienen como origen común una expectativa social de reciprocidad.¹¹

Las reglas de reconocimiento, que son en gran medida las más difíciles de caracterizar, podrían o no corresponderse con algún principio de moralidad. Lo que importa, después de todo, es que sólo las reglas que cumplan con los criterios formales que establecen esas reglas de reconocimiento son las únicas reglas que se consideraran jurídicamente válidas. En este sentido, como dice Dworkin [1977], la teoría de la validez del derecho de Hart es una teoría de *pedigree*. Basta que las reglas satisfagan (formalmente) sus determinaciones de validez para que tengan existencia jurídica e impongan obligaciones para los participantes; no importando, entonces, su cualidad (o contenido) moral.

Esta crítica de Dworkin muestra una falla en la teoría analítica de Hart.¹² Si el sistema jurídico sólo se compone de reglas y las reglas jurídicamente válidas son derivaciones de las reglas de validez jurídica, entonces ¿los principios no son parte del sistema jurídico?, ¿lo son de una manera igual que las reglas jurídicas? *La teoría integradora* de Dworkin [1986] defiende que los principios no pueden ser incorporados al sistema jurídico mediante un procedimiento formal de validez, porque los principios invaden todo el sistema jurídico; incluso condicionan de alguna manera su existencia. La teoría de la validez jurídica de Hart, si Dworkin tiene razón, es incapaz de explicar la existencia de principios jurídicos, e incapaz de reconocerles validez jurídica.

Hart, sin embargo, no desconoce completamente la existencia de los principios jurídicos. Su respuesta, sin entrar a detalles, consiste en reconocer que en el derecho

¹¹ Shapiro [2001: 170] le llama por eso "ideal de expectativas protegidas" al convencionalismo jurídico de Hart.

¹² Al respecto, véase Shapiro [2007].

hay un *contenido mínimo de moralidad*.¹³ Este contenido representa las necesidades o exigencias mínimas de los hombres que viven en sociedad. Están, por ejemplo, sus necesidades alimentarias o su vulnerabilidad frente al ambiente. La práctica jurídica impone obligaciones sobre la base de estas necesidades y exigencias comunes. En este sentido, es verdad que hay una cierta correspondencia entre las obligaciones jurídicas y ciertos principios de moralidad. Además, la configuración de una práctica jurídica, de la que se pretende su permanencia, no podría, sin riesgo de perder en algún momento su justificación, infligir otras convenciones o instituciones sociales más básicas (*p. ej.*, alguna moralidad socialmente compartida y practicada). Si las reglas contradicen esas convenciones sociales es posible que pierdan su respaldo normativo. En consecuencia, los principios jurídicos sí son parte del sistema jurídico y sí se corresponden con algunas obligaciones jurídicas; sin embargo, Hart insiste en que esos principios sólo poseen respaldo institucional si son positivados; y la única manera de hacerlo es a través de procedimientos formales de validez; dependiendo, entonces, de las reglas jurídicas.

Aunque no podemos entrar más a fondo en el debate entre la teoría positivista de Hart y la teoría integradora de Dworkin, por lo menos sí podemos reconocer un matiz importante en la teoría de Hart: no todo (o cualquier) contenido puede ser considerado jurídicamente válido. Aun si cumplen las formas establecidas por las reglas de validez jurídica, si hay reglas que establecen obligaciones en contra de lo que la gente considera correcto o moralmente justificado, es posible que pierdan su estatus normativo. De esto no se sigue, claro, que Hart abandone su positivismo jurídico. Lo que hace es reconocer que alguna moralidad puede penetrar en la

¹³ Sobre si ese contenido mínimo es o no un reconocimiento *necesario* de moralidad, véase Starr [1984: 681s] y Bayles [1992: 117s].

configuración y ordenación de la práctica jurídica; lo que no sostiene, después de todo, es que esa una única moralidad o que las reglas necesariamente se tengan que corresponder con ella. En este sentido, su teoría sigue congruente con la tesis positivista de Bentham y Austin: la moralidad y el derecho son dos órdenes normativos independientes.¹⁴

iv. La *función judicial* que se sigue de esta concepción positivista basada en reglas de Hart es particularmente simple.¹⁵ Las reglas secundarias de adjudicación son las que ordenan la función decisora de la autoridad judicial, y las reglas primarias son las que le orientan para decidir si hubo o no incumplimiento de las obligaciones jurídicas. Hart no sostiene, a pesar de esta estructura jurídica aparentemente simplificada, la tesis de que la única vía de justificación para tomar decisiones jurídicas sea la *deducción*. Aunque hay *casos fáciles*, donde la decisión del juez se logra mediante una aplicación estricta de la regla, hay también *casos difíciles*, donde el juez tiene que interpretar (o elegir una interpretación acerca de) el contenido de la regla para decidir cuál es la obligación jurídica, y si los hechos conocidos representan o no un incumplimiento de esa obligación.

La función interpretativa de los jueces es parte de lo que Hart [1994: 134 y 204] llama *discrecionalidad judicial*. Interpretar, a diferencia de sólo aplicar las reglas a casos concretos, es una actividad *creativa* del juez; para la cual no existen determi-

¹⁴ Además, la moralidad no posee las mismas características que el derecho. No requiere de una aceptación interna, tampoco requiere de reglas constitutivas ni regulativas; y no posee un carácter convencional en el mismo sentido que el derecho, precisamente porque no es una práctica social institucionalizada. Y más aún, no tiene detrás de sí la misma presión social (o refuerzo coercitivo) que sí tiene el derecho.

¹⁵ Decimos que es *simple*, porque la teoría de Hart no se ocupa, como él mismo lo advierte, de los problemas de justificación o de razonamiento jurídico. Sin embargo, su teoría positivista ha dado lugar a otras teorías muy interesadas en estos problemas; por ejemplo, la de Dworkin [1967], la de MacCormick [1978] y la de Alexy [1978]. Todos ellos, según su propia concepción del derecho, proponen criterios y estrategias de justificación jurídica.

naciones específicas aunque sí constreñimientos institucionales. Por ejemplo, si hay una regla que establece “es obligatorio que los vehículos no circulen en el parque”, ¿cómo puede decidir el juez si las carriolas, las patinetas, las ambulancias y las patrullas tienen prohibido circular en el parque? Para hacerlo, el juez tiene que interpretar el significado del término *vehículo*. Este término, lo mismo que *derecho*, posee indeterminación semántica; es decir, no hay un solo y único significado asociado a su uso correcto cfr., Hart [1994: 126ss. y 135]. El problema consiste en que la interpretación nos obliga a revisar los rasgos o características de aquello a lo que se suele referir cuando se usan estos términos.¹⁶

Ahora bien, la discrecionalidad del juez, en casos de interpretación como estos, es el margen de justificación que concede Hart [1994: 252, 272 y 275] en los casos difíciles. No se trata de que el juez decida libremente, según sus propias valoraciones, cuál es la mejor interpretación posible; se trata, más bien, de que el juez revise esos objetivos que pretende asegurar la regla, con el fin de tomar en consideración las demás reglas relevantes que conforman el sistema jurídico, para llegar entonces a una decisión cfr., Hart [1994: 18, y Starr 1984: 681].

La decisión jurídica, justificada sobre la base de esta función interpretativa, *no* representa una conexión necesaria entre moralidad y derecho, cfr. Hart [1994: 205]. El juez decide discrecionalmente considerando el sistema jurídico en su con-

¹⁶ El problema al que nos referimos aquí es al de “la textura abierta” del lenguaje. Este problema consiste básicamente en no poder determinar de manera exhausta la extensión de algún término general. Un ejemplo clásico es el del término “calvo”. Una persona es calva cuando ya no tiene cabello (y entonces estamos frente a un caso más claro); sin embargo, no podemos determinar claramente si es calvo o no, cuando sólo tiene cincuenta, veinte, diez o cinco cabellos. Desde la filosofía del lenguaje de Waisman, esta indeterminación de los términos generales de clasificación se considera ineludible. Términos como *derecho*, *vehículo*, *homicidio*, etcétera, son términos que poseen *textura abierta*; es decir, que su extensión no puede ser claramente determinada.

junto y revisando los objetivos (*p. ej.*, el bienestar social y la convivencia pacífica) sin que sea necesario comprometerse con una posición moral particular. Si la decisión jurídica del juez es moralmente incorrecta, no pierde por eso su carácter vinculante. Esto no quiere decir que su calificación moral sea inútil; lo que le importa decir a Hart es que tomar una decisión jurídica *no requiere* que esa decisión esté moralmente justificada.¹⁷

v. La práctica social jurídica es una institución *dinámica*. Ya mencionamos que el derecho es una convención social constituida por reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación.¹⁸ También mencionamos que el carácter normativo de estas reglas es producto de una aceptación interna de los participantes.¹⁹ Esta aceptación interna se puede constatar mediante evidencia empírica: convergencia de comportamientos, actitudes de reprochabilidad, actos de habla, etcétera.

¹⁷ Desvincular la moralidad del derecho en el nivel de la justificación jurídica no es una necesidad de Hart. Él sugiere que las decisiones jurídicas, igual que las reglas jurídicas en el nivel de la validez, son estrictamente convencionales. Obedecen a situaciones de orden generalmente aceptadas. Si la justificación jurídica entrañara justificación moral, muchas decisiones que reflejan progreso en esas situaciones de orden (*p. ej.*, en temas como el aborto, la libertad sexual, etcétera) tendrían que retrasarse hasta que se justifiquen moralmente. Lo cual se vuelve imposible si la moralidad en turno es de tipo religiosa o fanática. Hart, cuando se refiere a estos objetivos o fines valiosos que pretende asegurar el derecho y a las *actitudes morales* particulares de los participantes, usa el término *principios jurídicos*, que son creencias morales que están en la sociedad, que cumplen funciones de orden y que pueden ser agregadas al sistema jurídico mediante procesos legislativos o administrativos. No son valores morales últimos ni ideales supremos que el hombre debe procurar.

¹⁸ Según Marmor [2001a: 200ss], el convencionalismo de Hart es un *convencionalismo constitutivo*, o sea, un convencionalismo que se constituye por aceptación de reglas y formas de comportamiento. A diferencia de éste, hay un *convencionalismo de coordinación*, a la Lewis, cuya razón de ser es la solución de problemas de coordinación y que se constituye mediante ciertos acuerdos. Coleman [2001: 117] discute esta interpretación y afirma que, si el de Hart tuviera que ser uno de los dos, tendría que ser también un convencionalismo de coordinación.

¹⁹ En la interpretación que hace MacCormick [2010: 18s] de la teoría hartiana, la única regla social, la única regla secundaria sobre la cual se puede tener aceptación interna es la regla última de validez. En el postscript a su *The Concept of Law*, Hart reconoció esta observación y añadió que, de ser el caso que no hubiera aceptación por parte de todos los participantes, bastaría con la aceptación de los funcionarios o autoridades del Estado. Ellos aceptarían la regla última de validez como una *regla dotada de autoridad* para imponer las obligaciones correspondientes. Cfr. Siltala [2011] y Coleman [2001].

De esta forma pasa Hart de una práctica social, es decir, de una constelación de hechos humanos, a una práctica normativa, que impone deberes y obligaciones jurídicas. Lo característico de esta práctica normativa, como explicamos arriba, es que es autoreguladora. Se da sus propias reglas, las modifica según procedimientos previamente establecidos o las deroga, admite nuevas interpretaciones, etcétera. Una práctica así, que pretende regular el comportamiento de los participantes asegurando los valores de bienestar social y convivencia pacífica, permite adaptarse con mucha facilidad a los cambios que se dan en las concepciones morales o políticas de la sociedad. Donde la sociedad demanda un cambio, quizás porque los intereses comunes toman un rumbo distinto al que conducen las reglas jurídicas existentes, el carácter institucional del derecho (*i. e.*, sus reglas secundarias), establecen las formas y procedimientos para incorporarlo. Y no sólo por medio de procedimientos legislativos o administrativos, sino también por medio de la función adjudicativa.

1.2. Los hechos institucionales y la teoría de la obligación de Searle

La teoría institucionalista del derecho de MacCormick, así como las correcciones que intenta hacer al modelo hartiano, dependen en gran medida de su concepción filosófica acerca de *la realidad social*. La teoría institucionalista de Searle es la base, sino el fundamento, del institucionalismo jurídico de MacCormick [1992, 1998 y 2007], y de Weinberger [1991].

La teoría de los actos de habla y la teoría institucional de la realidad social de Searle [1969] pueden interpretarse como una aplicación de las teorías pragmatistas del lenguaje, principalmente las de J. L. Austin, L. Wittgenstein y E. Anscombe, al ámbito de la filosofía social. Estas teorías entienden al lenguaje, y a las prácticas sociales en general, como *convenciones*, cfr. Selznick [1996]. Lo característico de

estas convenciones es que dan lugar a una partición entre *los hechos* que constituyen nuestra realidad social. Por un lado, están los *hechos brutos*;²⁰ es decir, aquellos que ocurren en el mundo y que no dependen de interpretaciones de algún tipo para ser consideradas existentes o reales,²¹ por ejemplo, tener un pedazo de papel de cierto tamaño en la mano. Y por otro lado, están los *hechos institucionales*, que, según Searle [1995], adquieren significado o existencia sólo por referencia a una práctica social o institución. Así, por ejemplo, lo que *en realidad* tengo en la mano no es sólo un pedazo de papel sino un billete de cincuenta pesos.

En este sentido, defiende Searle [1995: 1], estos hechos existen sólo porque *creemos que existen*. Creemos en cosas como el dinero, la propiedad, los gobiernos y los matrimonios. Lo que no es verdad acerca de estos hechos es que sean menos *objetivos* que los hechos brutos, cfr. Tsohatzidis [2007: 1]. La distinción entre ambos tipos de hechos no corresponde a una distinción o diferenciación entre *realidades*. La realidad social, por decirlo de alguna manera, es la misma. Lo que sucede es que estos últimos hechos sólo tienen significado si se entienden como hechos institucionales; es decir, a la luz de las creencias que definen nuestras prácticas sociales.

²⁰ Anscombe [1958] propone la etiqueta *hechos brutos* para hablar de los hechos que son más básicos en relación con los hechos que son parte de, o que constituyen, nuestra realidad social. Anscombe pone como ejemplo pedir a un tendero un cuarto de patatas. De este hecho no parece seguirse un deber; es decir, si la tesis de Hume es cierta (*i. e.*, que de un *ser* no se puede derivar un *deber*), Anscombe no *debe* al tendero algo como consecuencia del hecho de pedirle un cuarto de patatas. Su interpretación de esta situación, para justificar que sí existe tal consecuencia normativa, es que detrás de la ocurrencia de ciertos hechos (como el de pedir al tendero un cuarto de patatas) está *presupuesta* alguna institución de la cual este hecho bruto es una instancia *normal* (*p. ej.*, una compraventa). Neta [2004] clasifica los hechos brutos como *no evaluativos* y *no normativos*; es decir, hechos que no contienen una evaluación moral para orientar la acción de las personas y que tampoco aparecen como obligatorios o debidos.

²¹ Cfr. González [1993: 268], donde se lee: "Son *hechos brutos* aquellos cuyo acontecer es independiente de reglas, aunque pueden ser regulados por ellas, y *hechos institucionales* aquellos cuya existencia misma depende de las reglas constitutivas". Y más adelante, González [1993: 269] agrega: "Las *actividades institucionales* son simplemente acciones a las cuales las reglas constitutivas confieren un significado; acciones que son *interpretadas* a través de reglas". Todas las cursivas son nuestras.

La objetividad de estos hechos institucionales radica en que su existencia no depende de gustos o preferencias particulares ni tampoco de evaluaciones o actitudes morales privadas.²² Los hechos institucionales se diferencian de los hechos brutos en la medida en que los primeros dependen de que exista una práctica social con base en la cual puedan ser interpretados; mientras que los segundos, no. Así, por ejemplo, aunque un hecho bruto (*p. ej.*, tener un pedazo de papel en mi mano) no depende de alguna institución; su interpretación como un hecho institucional (*p. ej.*, que tenga un billete de cincuenta pesos en mi mano) sí depende de una institución: la institución del dinero.

Los hechos institucionales de los que habla Searle son una subclase de los *hechos sociales*. Estos hechos son sólo aquellos que expresan una *intencionalidad colectiva*, véase Searle [1979]. Aunque más adelante vamos a regresar sobre este tipo de intencionalidad, lo que ahora importa es responder *¿cómo son posibles los hechos institucionales?* Tomando en cuenta, además, que ellos dependen de un marco institucional de interpretación.

1.2.1. *Hechos institucionales*

Pensemos en la siguiente situación. Searle entra a un restaurante en París y pide una cerveza (en francés). Sus palabras son significativas, puesto que la mesera sirve la cerveza que Searle está pidiendo. La bebe, paga la cuenta y sale del restaurante. Este episodio, que no tiene mayor dificultad narrativa, está saturado de *complejidad ontológica*. Hay un restaurante, hay una cerveza, hay emisión de palabras, hay una

²² En este sentido, afirma Searle [1995: 8s], los hechos institucionales poseen objetividad epistémica aunque son ontológicamente subjetivos. Por ejemplo, uno puede saber que algo es un pedazo de papel tan objetivamente como uno puede saber que ese pedazo de papel es un billete de cincuenta pesos. Sin embargo, que algo sea un pedazo de papel no depende de que alguien lo tome por un pedazo de papel; mientras que su *ser* un billete de cincuenta pesos sí depende de que mucha gente lo tome por un billete de cincuenta pesos.

mesera, hay una cuenta por pagar y hay algo que es dinero. Y aunque algunos de estos hechos pudieran ser descritos sólo como objetos físicos del mundo, esto no capturaría sus propiedades relevantes. Por ejemplo, el restaurante no es sólo un edificio o un cúmulo de elementos químicos; su existencia como restaurante, es decir, como un *establecimiento mercantil*, depende de que alguna autoridad institucional haya concedido un permiso para operar. También la mesera, aunque es una persona con ciertos rasgos físicos, es una *empleada* del restaurante; y la *cuenta* y el *dinero*, aunque pueden describirse como materiales físicos, su objetivo es cumplir con las funciones institucionales de requerimiento y liquidación del pago, respectivamente. Además, la emisión de las palabras (en francés) de Searle es suficiente para realizar un acto comunicativo, para ordenar algo, y lo puede hacer amablemente o no, y éstas no son propiedades que puedan explicarse sin hacer referencia a la institución misma del lenguaje.

Este tipo de hechos no sólo son posibles sino además necesarios en nuestra realidad social. Es difícil, si no imposible, concebir un mundo tal que nuestras acciones no están reguladas de alguna forma, o no estén dirigidas hacia objetivos sociales o individuales más o menos determinados por reglas convencionales. Searle es de la opinión de que estos hechos ocurren gracias a que nuestra experiencia cultural consiste precisamente en involucrarnos en esta *estructura invisible de la realidad social*. Nuestra participación en la sociedad consiste en realizar acciones (p. ej., ordenar comida en los restaurantes, pagar cuentas, etcétera) sin reflexionar demasiado respecto de la composición ontológica de estas acciones. También aprendemos a identificar las propiedades relevantes de esas acciones y a usarlas y modificarlas deliberadamente.²³ En esto consiste nuestro contexto institucional.

²³ Searle [1995: 4] agrega que incluso la *complejidad ontológica* de estos hechos parece más simple que su *simpleza ontológica*. Nos resulta más inteligible, dada nuestra experiencia cultural, entender que ciertos hechos

La existencia de hechos institucionales depende de nuestras características humanas. Los seres humanos compartimos ciertas capacidades y necesitamos que ciertas actividades se realicen con el mayor éxito posible; también necesitamos de la participación de otras personas y de la obtención de ciertos fines. Todo esto como parte de nuestra existencia y de la existencia del mundo tal como es. Así, hablar de hechos institucionales no es hablar acerca de rasgos metafísicos de nuestra realidad; es hablar de nuestra realidad misma.

Lo característico de estos hechos, sin embargo, es que poseen un estatus distinto del que poseen otros hechos (*i. e.*, los hechos brutos). Lo que importa entender aquí es cómo surge esta realidad institucional. Searle [2007: 12] afirma, primero, que necesitamos entender la capacidad humana para la cooperación. Esta idea de la cooperación ilustra el hecho de que las personas realizan actividades comunes, que no son reducibles a la suma de las acciones de cada una de las personas involucradas. Por ejemplo, participar en un debate o tocar una sonata de Mozart son acciones cooperativas, que no se pueden reducir a la suma de cada una de las acciones de los participantes. Lo que les da sentido como una sola acción (*i. e.*, una acción conjunta) es el objetivo o propósito común hacia el cual están dirigidas.

La realidad social, constituida esencialmente por estas acciones conjuntas, depende de las intenciones de los participantes. Esta intención, diría Searle, se expresa en la capacidad que tiene el ser humano para asignar *funciones* a los objetos y hechos del mundo.²⁴ En términos muy simples, esta capacidad puede expresarse

cumplen una función social (*p. ej.*, que el dinero es para pagar cuentas) antes que entender su estructura física (*p. ej.*, que los billetes son pedazos de papel, con grabaciones especiales en ambas caras, etcétera).

²⁴ Searle [2007: 13] explica que "[...] una función es una causa que sirve a un propósito. El argumento crucial de que todas las funciones son relativas al observador es que la noción de función introduce una función de normatividad". Esta noción, sin entrar a fondo, significa que la asignación de ciertas funciones a un objeto (*p. ej.*, un

mediante una estructura lógica muy básica: *X cuenta como Y en C*; es decir, algún objeto o hecho *X* cuenta o es considerado como un objeto o hecho *Y* en un contexto social *C*. Por ejemplo, un pedazo de papel (*X*) cuenta como un billete de cincuenta pesos (*Y*) en el sistema monetario mexicano (*C*).²⁵

La asignación de funciones, como la idea misma de representación, permitirá a Searle [2007: 24] llegar a la siguiente conclusión: "El lenguaje es constitutivo de toda nuestra realidad institucional. Puedes tener lenguaje sin tener dinero, matrimonio, o gobierno, aunque no puedes tener dinero, matrimonio, o gobierno, sin lenguaje. *Todos los hechos institucionales son hechos lingüísticos*".²⁶ Como veremos a continuación, el lenguaje es entonces el medio por el que otorgamos carácter normativo a nuestra realidad institucional.

1.2.2. Intencionalidad y actos de habla

Esta teoría de la realidad social institucional de Searle depende de lo que se diga acerca de *cómo usamos nuestra capacidad de representación*. Searle [1979: 74] sostiene que esto es resultado de lo que algunos filósofos han llamado *intenciona-*

corazón) es lo que nos permite calificar a ese objeto como disfuncional. Decir de un corazón que causa la circulación de la sangre no permite atribuirle carácter normativo; sin embargo, decir que la *función* del corazón es bombear sangre, sí permite evaluar su desempeño, hablar de su discapacidad o mal funcionamiento, etcétera.

²⁵ La cláusula de *contar como* es la más importante de esta estructura lógica. Searle [2007: 16] defiende que *contar como* o *tenerse por*, etcétera son formas comunes a la naturaleza humana. El hombre se representa cosas o hechos y para ello utiliza de formas de representación o de simbolización, como el lenguaje. Lo importante de esto es la asignación de un carácter normativo. El medio de representación entraña ya un compromiso, un cierto estatus deontológico.

²⁶ Tsohatzidis [2007] comenta acerca de una posible objeción de circularidad en esta conclusión de Searle. Cómo puede ser, uno se preguntaría, que el lenguaje sea él mismo un institución y, a la vez, la base de las instituciones. La respuesta de Searle [1995: 99] podría ser que hay dos sentidos distintos en los que se usa el término *lenguaje*. Primero, como capacidad humana para simbolizar y, segundo, como institución; esto es, como convención social de comunicación. El primero es el que cuenta como base de las instituciones (*i. e.*, una capacidad natural); el segundo, es el que cuenta como institución.

lidad. La intencionalidad, puesta en términos muy simples, es la cualidad de la mente por la cual se dirige a objetos y a estados de cosas en el mundo. Por ejemplo, *creer* o *desear* son estados mentales intencionales. Creemos que algo es el caso o deseamos que algo sea el caso, y esto significa que dirigimos nuestra mente hacia ese algo que creemos o deseamos. Sin embargo, no todos los estados intencionales están relacionados de la misma forma con el objeto hacia el cual se dirigen ni todos están conectados directamente con ese objeto. Alguien puede tener la creencia, supongamos, de que el rey de Francia es calvo o el deseo de que llueva, aun cuando no exista un rey de Francia o no llueva. El distanciamiento o desconexión con el objeto hacia el cual se dirige el estado mental no lo hace menos intencional.

La relación entre un estado mental particular y el objeto hacia el cual se dirige se lleva a cabo mediante una *representación*. Los estados intencionales, como creer y desear, de acuerdo con Searle [1979: 75], representan objetos y estados de cosas, y lo hacen exactamente en el mismo sentido que los actos de habla representan objetos y estados de cosas.²⁷ Esta *similitud* se puede reconocer a través de las formas sintácticas de los verbos de actos de habla y los verbos de estados intencionales que nombran las *condiciones de sinceridad* de los actos de habla. El verbo que nombra el acto de habla (*p. ej.*, prometer u ordenar) y el verbo que nombra su condición de sinceridad (*p. ej.*, tener la intención de o tener el deseo de) están estrechamente vinculados. Alguien que emite la oración "prometo que mañana te pago lo que

²⁷ El mismo Searle advierte que, a pesar de esta similitud que guardan los estados intencionales con los actos de habla, no puede interpretarse que todos los estados intencionales son esencialmente lingüísticos. En todo caso, su análisis de los estados intencionales muestra la relación inversa: el lenguaje es derivado de la intencionalidad. Para Searle [1962] los actos de habla son los más importantes en el análisis filosófico del lenguaje. Sin embargo, no afirma que sean ellos el enfoque único del lenguaje o el enfoque con el cual se puedan resolver todos los problemas acerca del significado de las palabras. Por el contrario, él mismo se excluye del grupo de filósofos que piensan que el significado de las palabras se corresponde con su uso. Su tesis consiste, en cambio, en que alguna parte del significado de esas palabras está dada por su uso (*i. e.*, por la función que tienen en los actos de habla).

te debo", en un contexto adecuado de realización (*p. ej.*, en el que la persona a quien se dirige la promesa entiende el significado de estas palabras, y el que las dice no está bromeando o realizando una actuación), entonces el estado intencional del hablante puede entenderse como *teniendo la intención de mañana pagar lo que debe*.²⁸ Lo mismo sucede en el caso de *ordenar*. Cuando alguien ordena a alguien pagar una deuda, su estado intencional o su condición de sinceridad consiste en tener el deseo de que alguien pague lo que debe.²⁹

Si prometo a alguien pagar algo o si ordeno a alguien pagar algo, y esto entraña el estado mental de tener la intención de pagar o tener el deseo de que alguien pague, entonces tanto en el acto de habla como en el estado intencional hay una representación. El primer acto de habla representa una acción de mi parte (que pague algo); el segundo, una acción de tu parte (que pagues algo). Y lo mismo con respecto a cada estado intencional, sólo que ahora bajo ciertas *modalidades psicológicas*. Ambos estados intencionales representan algo (en el primer caso, tener la intención de pagar algo, y en el segundo, tener el deseo de que tú pagues algo).

²⁸ Searle [1979: 76s] señala que el contenido proposicional de los actos de habla y de los estados intencionales está relacionado con el estado intencional o acto de habla de que se trata por medio de una *dirección de ajuste*. Por ejemplo, en "predigo que mañana va a llover", el contenido proposicional es "que mañana va a llover", y lo mismo con el estado mental "creo que mañana va a llover". A diferencia de otros actos de habla, como las declaraciones o las descripciones, la dirección de ajuste del acto de predecir con respecto a su contenido proposicional es de mundo-a-palabra. Esto significa que no es la palabra la que tiene que ajustarse o coincidir con el mundo, como sí tendría que ocurrir con una *declaración* (*p. ej.*, si yo digo "el árbol que estaba afuera de mi casa se cayó en la noche", sólo si el árbol del que estoy hablando se cayó en la noche puedo decir que mi declaración es verdadera; de otro modo, es falsa). En cambio, en el acto de predecir no puedo decir que es verdadero sólo si coincide con el mundo; más bien, tengo que hacer que el mundo coincida con el acto de habla. Así es como tienen sentido los actos de prometer, predecir, etcétera. Hay una *responsabilidad especial* en el hablante para hacer que la promesa o la predicción se cumplan o tengan éxito.

²⁹ Por supuesto que hay estados mentales que corresponden justamente con la intención contraria de la que se supone está detrás de su acto de habla. Por ejemplo, alguien que engaña deliberadamente a otro diciendo que le promete pagar una deuda, aun estando consciente de que no pagará, está realizando un acto de habla y, por tanto, teniendo un estado mental intencional. El acto de habla es prometer falsamente (mentir) y su estado intencional es precisamente tener el estado intencional contrario al que ocurre cuando se realiza el acto sincero de prometer, *cfr.* Searle [1979: 73].

1.2.3. *Intencionalidad colectiva y obligación*

Como atinadamente lo dice Ludwig [2007: 49], la fundación de cualquier teoría de la realidad social es una teoría de la naturaleza del comportamiento colectivo, y en particular del *comportamiento colectivo intencional*. Las prácticas y las interacciones sociales de cualquier tipo involucran esencialmente alguna forma de comportamiento intencional colectivo.

Para Searle, como ya lo dijimos, los hechos institucionales son una subclase de los hechos sociales. Estos hechos involucran lo que él mismo denomina una *intencionalidad colectiva*. Ya dimos alguna explicación en el apartado anterior de la idea de intencionalidad que le interesa defender a Searle, pues ahora diremos un poco acerca de qué es la intencionalidad colectiva y cómo de ella se puede generar, mediante un argumento bastante controvertido sobre los actos de habla, una *obligación*.

Los hechos sociales son manifestaciones de una intencionalidad colectiva (y no de una mera intencionalidad individual). Esta intencionalidad colectiva implica necesariamente una capacidad de representación o simbolización. Esta representación, sin embargo, da lugar a la cuestión de si *hay algo distinto cuando un grupo de agentes hacen algo intencionalmente que sea más que la suma de las acciones individuales que cada uno realiza*. Aunque Searle sostiene que sí lo hay, esto no significa que tengamos que admitir que hay más mentes involucradas de las de los participantes ni tampoco que haya algo externo a estas mentes que sea constitutivo del contenido de ese acto colectivo intencional.

Lo que hay, dice Searle [2007], es que cada mente individual posee dos tipos distintos de intenciones que son mutuamente excluyentes. Tenemos las *Yo-inten-*

ciones y las *Nosotros-intenciones*. Y éstas son tales que, realizar la última puede ser un fin para la cual la realización de la primera es un medio. Supongamos que hay dos sujetos (*A* y *B*) que están realizando alguna acción colectiva. Según Searle, sólo cuando ambos satisfacen un tipo idéntico de *Nosotros-intención*, que cada uno de ellos tiene individualmente mediante sus *Yo-intenciones*, se puede decir que están llevando a cabo esta acción pretendida.

Pongamos un ejemplo. *A* y *B* son dos miembros de una orquesta. *A* toca el piano y *B* toca el violín. Sólo cuando ellos tocan juntos, con cierta armonía, se puede decir que están interpretando, por ejemplo, la Sonata Kv 6 de Mozart. No parece tener sentido decir que *A* tocando solo el piano, sin decir algo acerca de *B*, pueda contar como *A* interpretando la Sonata Kv 6 de Mozart. O viceversa, lo que constituye su acción colectiva (*i. e.*, su concierto) es la realización de sus ejecuciones en conjunto. Ahora, esa acción colectiva es el fin para el cual cada uno de ellos, *A* y *B*, están ejecutando, por su cuenta, los acordes correspondientes. Sus acciones intencionales individuales es lo que constituye, entonces, su acción colectiva. Sin embargo, esa acción colectiva no se explica exitosamente sólo por referencia a cada una de esas acciones individuales.

Ahora, así como en las acciones intencionales individuales (*p. ej.*, prometer, desear, etcétera), también en las acciones intencionales colectivas hay condiciones de realización. No hay una acción intencional colectiva si no se satisfacen esas condiciones, lo cual implica realizar exitosamente cada una de las acciones intencionales individuales. El contexto institucional es también aquí necesario para las acciones colectivas.

Gilbert [2007] intenta mostrar que la *Nosotros-intención* está asociada con alguna idea de *derechos* y *obligaciones* especiales derivados precisamente de ese

contexto institucional. Y esta idea parece justificar que hay algún acuerdo sobre el cual se constituyen las acciones colectivas. Lejos de decidir si esta interpretación de la teoría institucionalista de Searle es correcta o no, lo que nos interesa ahora es explicar por qué de la *racionalidad* de las acciones colectivas se sigue alguna consecuencia normativa.

Para Searle [1964], en respuesta a Hume, sí se puede llegar a ciertas *declaraciones normativas* partiendo solamente de un conjunto de *declaraciones descriptivas*. En estas declaraciones descriptivas están involucrados ciertos elementos lingüísticos, por ejemplo, en el acto de habla de prometer, se tienen que cumplir ciertas condiciones de realización y se tienen que excluir situaciones de excepción, es decir, situaciones que impedirían la realización del acto de prometer (*p. ej.*, que la emisión de palabras que constituye típicamente el acto de prometer se hiciera durante una actuación teatral, etcétera).

Tanto las condiciones de realización como las situaciones de excepción son consideradas por Searle [1964] como *reglas* institucionales. Estas reglas constituyen y determinan la realización de ciertos hechos institucionales. Las *reglas regulativas* regulan ciertas acciones (*p. ej.*, si quieres realizar el acto de prometer, entonces tienes que usar las palabras “yo prometo”). Las *reglas constitutivas*, en cambio, constituyen (y también regulan) la actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de ellas (*p. ej.*, se realiza una promesa cuando alguien emite ciertas palabras, bajo un contexto adecuado de realización, excluyendo posibles situaciones de excepción, etcétera).

Instituciones como el dinero, el matrimonio, el ajedrez y el derecho son del tipo que se constituyen por *reglas constitutivas* y se regulan por *reglas regulativas*. Los hechos institucionales, que son hechos que se realizan tanto colectiva como

individualmente, presuponen este tipo de instituciones. Las teorías institucionales del derecho de MacCormick [1998] y Weinberger [1991] toman como elementos básicos las nociones de regla, acciones intencionales colectivas e individuales y contextos institucionales para explicar la práctica jurídica y su carácter normativo.

1.3. La teoría institucional de la acción de Weinberger

MacCormick y Weinberger [1992] dieron forma, de manera independiente, a una teoría institucionalista del derecho. Su propuesta consiste, básicamente, en tomar al derecho como un aspecto de nuestra *realidad social* y, al mismo tiempo, como un *sistema normativo*. A esta propuesta la nombraron *Positivismo jurídico institucional*, y asumieron como su principal objetivo responder al problema acerca de cómo derivar *deberes* (*i. e.*, normas jurídicas) de una práctica social.

Aunque MacCormick y Weinberger pertenecen a tradiciones filosóficas distintas,³⁰ sus caminos se cruzan en puntos muy importantes. Por ejemplo, en sus consideraciones sobre la jurisprudencia analítica de Hart y la teoría institucionalista de la realidad social de Searle. Esto no significa, ni podría significar, que ambos estuvieron interesados en exactamente los mismos problemas filosóficos del derecho. Ni siquiera significa que estuvieron de acuerdo en sus posibles soluciones.³¹

³⁰ En el caso de Weinberger, sus influencias más notables son, entre otras, el pensamiento lógico y sistemático de la teoría de la acción de von Wright y el pensamiento socio-jurídico de Kelsen y Weyr. En el caso de MacCormick, sus ideas están más relacionadas con la teoría del derecho de Hart y las teorías del razonamiento jurídico de Dworkin, Summers, Alexy y Raz.

³¹ Mientras Weinberger [1985, 1991, 1994] se ocupa, por ejemplo, de la ontología y semántica de la lógica de las normas, de los problemas estructurales del derecho y de los procesos de cambio jurídico, MacCormick [1994, 1998] se interesa en las tesis más representativas de la jurisprudencia analítica (*p. ej.*, la relación entre moral y derecho, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles en el derecho y las cuestiones de justificación jurídica), la estructura lógica del razonamiento jurídico y la aplicación de la filosofía del lenguaje ordinario en el derecho.

En esta esa sección vamos a dar una explicación muy breve de la teoría de la acción institucional de Weinberger, para posteriormente explicar con más detalle el pensamiento institucionalista de MacCormick.

1.3.1. Hechos institucionales y teoría de la acción

Al problema de cómo pasar de un *hecho* (o un aspecto de la realidad social) a un *deber* (expresado en normas jurídicas), Weinberger [1991: xiii] responde: el derecho tiene que ser visto, primero, desde una perspectiva de teoría de la acción; y después, las instituciones tienen que entenderse en relación con las estructuras sociales, donde tanto las funciones normativas como los procesos sociales se mezclan. En este sentido, para comprender al derecho es necesario comprender a la sociedad, y no al revés. El carácter normativo (el deber) es consecuencia de nuestra realidad social, cfr. MacCormick y Weinberger [1992: 1].

La ontología social detrás de esta concepción de Weinberger es una que incluye la capacidad de actuar de los seres humanos. Esta capacidad involucra un elemento cognitivo que da lugar a procesos deliberativos. Ese elemento cognitivo está asociado con la obtención de conocimiento causal (*i. e.*, relaciones causales entre hechos) cuya validez, asegura Weinberger [1991: 4], no se reduce a una suma estadística de experiencias, sino que también incluye una aplicación general de información práctica. La información práctica contiene, entre otras cosas, componentes sociales y culturales del mundo en que vivimos.

Weinberger, retomando a Searle, advierte que los hechos institucionales son interpretados de acuerdo a los atributos institucionales que les asignamos; es decir, según las funciones que cumplen en un contexto determinado. Lo más importante

de estos hechos es que están sujetos a *reglas de acciones*. Estas reglas no son meras entidades abstractas, sino que su contenido determina los cursos de acción. Y para hacerlo, tienen que proporcionar información de cierto tipo al usuario de las reglas; de ahí que Weinberger [1991: 5] diga que *la acción es un comportamiento gobernado por información*.

Weinberger considera dos tipos distintos de información. Uno es descriptivo, y el otro práctico. Sólo si el agente posee cierta información acerca del mundo, información del tipo causal (o nómica), un entendimiento de los procesos por los cuales puede solucionar ciertos problemas (que puede entenderse como la experiencia adquirida mediante esfuerzos previos o retroalimentación) e información en términos de objetivos, metas, obligaciones, etcétera (que nos permitan, o bien realizar un elección según nuestras preferencias, o bien comportarnos de acuerdo a lo mandado), puede llevar a cabo su acción. En este sentido, y esta es la tesis que le interesa defender a Weinberger [1991: 6], la acción está determinada tanto por información descriptiva como por información práctica.

Estas acciones adquieren sentido cuando son interpretadas a la luz de las instituciones sociales. Una *institución* para Weinberger [1991: 21] es el sistema-marco de la acción. Y ella misma posee un núcleo de información práctica.³² Al sistema-marco Weinberger [*idem*] lo caracteriza como un *complejo de propósitos*,

³² Weinberger [1991: 19] asegura que las instituciones siempre contienen un núcleo de información práctica. Esta información no es sólo descriptiva sino, y principalmente, regulativa. La caracterización usual de esta información práctica se da en términos de *reglas de comportamiento*, *reglas de empoderamiento* y *reglas constitutivas*. Las primeras son condicionales de deber; las segundas determinan roles, competencias y posiciones dentro de un marco institucional; y las últimas constituyen y regulan una práctica cuya actividad no es lógicamente independiente de estas reglas. Una explicación más amplia de lo que Weinberger quiere decir con información práctica y procesos cognitivos se puede ver en Weinberger [1991: 43 y ss].

estándares de valor y preferencias. Y aunque este marco no determina por sí mismo la acción; es decir, no es una condición suficiente, sí es una condición necesaria para la realización de la acción.³³

Lo que da lugar a una institución de cualquier tipo, asegura Weinberger, son las *reglas que determinan instituciones*. Estas reglas contienen tanto información descriptiva como información regulativa; es decir, hay tanto información acerca del mundo como información acerca de las funciones que cumplen ciertos objetos. Su diferencia con respecto a las *reglas constitutivas* de Searle, es que las de Weinberger no son meramente estipulativas o definicionales. Las reglas que determinan instituciones pueden, por ejemplo, establecer procedimientos u otorgar algunas facultades para que las autoridades emitan reglas jurídicas. En el caso de Searle, dice Weinberger, no hay tal cosa como un elemento normativo o de corrección en las reglas constitutivas, sólo hay una estipulación de requisitos que una vez satisfechos otorgan validez (jurídica). En cambio, las reglas que determinan instituciones también poseen carácter normativo; nos dicen, por ejemplo, qué reglas presuntamente válidas son más o menos coherentes con el resto de normas que integran el sistema jurídico.³⁴

Esta caracterización de las reglas que determinan las instituciones posee intrínsecamente un elemento cognitivo indispensable. Es necesario que las personas

³³ Si MacCormick va a explicar a las instituciones a partir de las reglas que están involucradas (*i. e.*, reglas institutivas, consecuencialistas y de término), Weinberger las explica como marcos de acción determinados por información práctica. Los requerimientos para la constitución de prácticas institucionales, de acuerdo a la caracterización que cada uno propone, son desde luego distintos.

³⁴ En nuestra opinión, Weinberger no está tomando en cuenta la reformulación que hizo Searle de su noción de reglas constitutivas. Según lo vimos en la sección anterior, Searle entiende esas reglas como determinaciones que dan lugar a una práctica institucional, que la hacen existir; sin embargo, también les concede un carácter regulativo. Por eso cuando mencionamos las reglas constitutivas decíamos que constituyen y regulan la práctica institucional.

reconozcan las expectativas que tienen los demás y que entiendan el contenido normativo de las normas que pertenecen a esa institución. Es más, Weinberger [1991: 25] afirma que la existencia de estas normas se puede explicar sin ir más allá del marco institucional, es decir, sin recurrir a elementos presuntamente objetivos o universales de moralidad.

El *criterio de reconocimiento* (que es el criterio de validez jurídica en la teoría del derecho de Hart) no puede establecerse sólo respecto de la existencia de ciertas entidades normativas (*i. e.*, validez meramente sociológica) y tampoco sobre la base de una suposición o hipótesis (*i. e.*, validez pura del derecho); por el contrario, depende de la ocurrencia de ciertas acciones, y de que ellas existan en relación con las instituciones jurídicas.

Esta relación que señala Weinberger se explica desde la postura positivista de Hart. Desde la perspectiva del participante, la validez de las reglas jurídicas se sigue de un componente fáctico: la aceptación interna. Este componente fáctico representa para Weinberger un *estándar de deber*; es decir, un estándar que posee un núcleo normativo. Así entonces, la relación entre la acción de un agente y la institución detrás de esa acción se da mediante la aceptación interna del participante.

1.3.2. El positivismo jurídico institucional

Podemos resumir la teoría institucional de la acción de Weinberger en tres tesis: **(1)** La normatividad del derecho, según MacCormick y Weinberger [1992: 7], no presupone valores objetivos o principios inmanentes de lo *correcto*. Sin embargo, las reglas contienen y establecen valores o estándares de valor; además, el derecho, visto como *marco general de la acción*, es una empresa teleológica; es decir, está dirigida

a fines u objetivos considerados valiosos. Aunque para nada trascendentales ni absolutamente objetivos.

El carácter normativo del derecho se *reconoce* desde el punto de vista interno del participante. Esto conecta la teoría de Weinberger con la teoría de MacCormick, y a las dos, con la teoría de Hart. Entendemos por medio de la discusión y la argumentación práctica las cuestiones sociales que son importantes para los agentes; adoptamos, entonces, algo así como una postura interna o *hermenéutica*. Las reglas, que ya vimos que juegan un papel crucial en la acción, tienen que entenderse desde el punto de vista interno de quien las usa. El agente, que actúa sobre la base de cierta información práctica, es capaz de realizar instancias o casos particulares de las formas de acción que establecen las reglas, las instituciones, etcétera. Por esta relación entre normas, punto de vista interno y acción, Weinberger defiende que la mejor teoría para comprender al derecho tiene que ser una teoría general de la acción.

(2) Para Weinberger [1991: 154], es claro que existe un vínculo esencial entre las instituciones y los hechos institucionales y la información práctica (descripciones, normas, objetivos y valores). Como consecuencia de esta tesis, los sistemas normativos sólo existen como aspectos sociales de nuestra realidad, y para nada como una determinación de nuestra naturaleza.

Hay hechos institucionales cuando hay instituciones; es decir, ciertos hechos sólo tienen sentido si son interpretados no como una secuencia de comportamientos, sino como procesos institucionalizados, formados y regulados por reglas. De esto ya nos ocupamos en la sección anterior, sin embargo, es importante decir que para entender los hechos institucionales es imprescindible recurrir a los conceptos prácticos de *acción intencional* (individual y colectiva) y de *oraciones prácticas* (en

oposición a las oraciones descriptivas) que nos permiten expresar características de *deber, valor y relaciones teleológicas*.³⁵

La regla, de acuerdo a este análisis, posee una existencia ideal, como estructura de pensamiento, y una existencia real, como fenómeno social. Decir algo acerca del estatus ontológico de las reglas requiere de examinar los roles que juegan en los dominios (o prácticas) normativas. Probablemente su principal función, como ya lo decía Hart respecto de la actitud reflexiva y crítica, es permitirnos evaluar o juzgar la conducta de los demás, y la de nosotros mismos. Las reglas existen, entonces, porque operan en nuestra deliberación práctica.

Por supuesto, dado que las normas pertenecen a un sistema que determina esas acciones y condiciona lo que Searle llama las *intenciones colectivas*, es imprescindible decir algo acerca de su funcionamiento. Los órdenes normativos proveen un marco para la acción institucional. En este sentido, establecen deberes, demandas y expectativas entre los participantes; además, la configuración de estos órdenes normativos está dada por distintos tipos de reglas. Aunque de ellas hablaremos en el siguiente capítulo, podemos decir que son el producto de la voluntad humana y obedecen a distintas concepciones del bien. Por esta razón, insisten MacCormick y Weinberger [1992: 4], las reglas pueden modificarse y adaptarse a la realidad social actual.³⁶

³⁵ A estas oraciones prácticas les corresponde un análisis lógico distinto. A las oraciones con contenido normativo les corresponde una lógica de normas, a las que tienen contenido evaluativo les corresponde una axiología formal y una lógica de preferencias, y a las que contienen requerimientos les corresponde una teleología formal. Cfr. MacCormick y Weinberger [1992: 82ss].

³⁶ Quienes defienden, en cambio, que las reglas establecen deberes y valores objetivos universales, y que a partir de ellos se constituye el derecho, cometen lo que Kelsen llamó la *falacia ideológica*. Dicho muy brevemente, esta falacia indica que, si es el caso que esos deberes y valores permanecen válidos e inmutables, entonces es muy extraño que las leyes y normas que los contienen sí estén sujetas a modificaciones, como de hecho lo están.

La teoría de la acción de Weinberger considera de manera prioritaria la función regulativa que cumplen las reglas. Tanto en el derecho como en cualquier otra práctica normativa, las reglas sirven de base para establecer juicios deónticos, particularmente *juicios de prohibición*. Una acción, de acuerdo a una cierta formulación de una regla de comportamiento, está prohibida o es considerada *incorrecta*; y en este sentido, debe (categóricamente) no hacerse.

Una regla orienta la acción de un agente cuando éste la considera en su deliberación práctica. Si esto es cierto, como dicen MacCormick y Weinberger [1992: 15], entonces la existencia de las normas involucra, por un lado, cierta regularidad (aunque no invariabilidad) en su uso; y, por otro lado, una actitud intencional respecto del agente que las usa (ya sea en sus preferencias hacia la conducta que establecen o en sus reacciones favorables o desfavorables cuando alguien se desvía de esa conducta). Esta actitud intencional entraña, como ya lo decía Hart, la idea de reciprocidad con base en las expectativas de comportamiento de los demás. Un elemento que puede reconocerse en la *actitud reflexiva y crítica* que Hart atribuye a la aceptación interna de los participantes.

(3) Para Weinberger, el derecho y la moral son dos órdenes normativos independientes, aunque es inevitable para una comprensión *racional* de la práctica jurídica decir algo acerca de las cuestiones morales y políticas de los sistemas jurídicos. Weinberger defiende, en el mismo sentido que Hart, que no cualquier contenido de derecho es válido. Hay necesidades y rasgos comunes que impiden tolerar que ciertas acciones sean obligatorias, y esto está determinado, o bien por la moral, o bien por la política.

Una teoría institucional del derecho debería cuidar estas nociones fundamentales y dedicarse a analizar las relaciones comunicativas, de pensamiento y habla

que hacen posible la estructura institucional. Un análisis tal, mostraría que hay entidades normativas más allá de las reglas que constituyen la práctica jurídica y las reglas que establecen deberes y obligaciones jurídicas. Mostraría, además, que lo más importante de esta práctica no son ni las acciones en sí mismas ni las normas, sino es la relación que hay entre ellas; es decir, el razonamiento práctico.³⁷ Una teoría del derecho con tales características es la que propone MacCormick. De ella nos vamos a ocupar en el siguiente capítulo.

³⁷ Podemos decir lo mismo, por ejemplo, de prácticas sociales como el ajedrez. En el ajedrez no son más importantes las piezas o las reglas del juego ni tampoco los movimientos en sí mismos, sino es el cálculo detrás de ellos, la estrategia que sigue un jugador. Ahí es donde podemos identificar quién es realmente un buen jugador y quién no lo es. El movimiento, por sí mismo, no delata esta cualidad. Porque puede ser que ese jugador hiciera su movimiento sin tener una estrategia detrás. En el derecho, alguien puede cumplir con un deber o una obligación sin saber o ser consciente de que lo hace; también puede evitar una conducta incorrecta sólo porque tiene la sospecha de que realizarla sería un error. Sin embargo, en ambos casos parece que no tenemos buenos elementos para juzgar que su acción fue producto de un buen razonamiento.

2. LA TEORÍA DEL ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL DE MACCORMICK

MacCormick desarrolla una teoría institucionalista del derecho con la que pretende superar los límites explicativos de la teoría convencionalista de Hart y del positivismo jurídico tradicional. En su propuesta, la práctica jurídica consiste no sólo en un sistema de reglas (u obligaciones), como pensaba Hart, sino en una pluralidad de sistemas, vinculados todos por medio del reconocimiento de su carácter normativo. Un reconocimiento que, como ya lo dijera Hart, se explica solamente desde el punto de vista interno del participante (o del *usuario de normas*, como lo llama MacCormick).

MacCormick va a argumentar, con ayuda de la teoría de los hechos institucionales de Searle, que la base ontológica de las reglas y de los deberes jurídicos no es una cuestión metafísica, sino una cuestión de realidad social; es decir, de objetos mentales e intencionalidad colectiva. En este sentido, los deberes y valores del derecho existen, aunque no en términos puramente *ideales*, sino en términos de su

relación con el comportamiento y la forma de ser de los grupos humanos; esto es, como *instituciones*.³⁸

El derecho existe, sentencian MacCormick y Bańkowski [1991], sólo en el nivel de los hechos institucionales. Una explicación exitosa del derecho tendría que darse en términos de hechos e instituciones jurídicas. Weinberger, como vimos antes, se ocupa de dar una explicación de la práctica jurídica en términos, más bien, de acciones y marcos de acción dirigidos a propósitos, y constituidos y ordenados por reglas institucionales. MacCormick, por su cuenta, nos dice que hay involucradas más de un sólo tipo de reglas en el diseño y constitución del marco institucional. Están las *reglas institutivas*, las *reglas de consecuencias* y las *reglas de término*.

Sería un error, sin embargo, pensar que este marco institucional de reglas es lo único con lo que operan los participantes y las autoridades de la práctica jurídica. El carácter institucional del derecho procede de una convención social *informal*, es decir, de una práctica común que no está determinada por reglas explícitamente establecidas, y que, a pesar de eso, impone obligaciones a los participantes y les otorga poderes o facultades para llevar a cabo ciertos propósitos. Esta convención social representa fines y valores públicos que demandan cooperación e intencionalidad colectiva, son valores implícitos en la convención social informal, son parte del catálogo de recursos prácticos con los que cuentan los participantes y las autoridades socialmente reconocidas para solucionar los conflictos y resolver las cuestiones de aplicación e interpretación de las *reglas implícitas*.³⁹

³⁸ Cfr. Ansuategui [1996: 26 y 49] y Villa [2009: 45s].

³⁹ Esta estrategia de MacCormick, como bien lo explica Del Mar [2009: 5], consiste en reconocer a los hábitos (los usos y costumbres adquiridos en una sociedad) como un fundamento (histórico y práctico) del orden normativo institucional. En sentido crítico, Pintore [1991] señala la reducción sociológica que comete MacCormick con esto.

Cuando la convención social se formaliza (o se institucionaliza); es decir, cuando se establecen *reglas explícitas* de institucionalización (institutivas, de consecuencias y de término), nada impide a los participantes y autoridades recurrir a esa convención original (informal) para determinar ciertas obligaciones particulares. En este sentido, el derecho no es sólo un conjunto de reglas explícitas; y éstas no son las únicas que imponen obligaciones a los participantes, cfr. MacCormick [2010]. Junto a las reglas que crean, ordenan y regulan las instituciones jurídicas y los hechos institucionales y que imponen obligaciones a los participantes, hay principios y estándares de comportamiento (que corresponden con esos valores implícitos de la práctica social informal). Estos principios y estándares desempeñan un rol justificativo en la determinación de las obligaciones jurídicas. Son, como decía Weinberger, elementos del razonamiento jurídico, y en este sentido orientan a los participantes en sus acciones individuales y colectivas. En consecuencia, una vez que consideramos no sólo las reglas, sino también los principios y estándares de comportamiento, la práctica jurídica institucionalizada ya no es explicable simplemente en términos de reglas primarias y secundarias (como lo propuso Hart).

La última versión del institucionalismo jurídico que defendió MacCormick incorpora un nuevo elemento: la llamada *pretensión de corrección*. El positivismo jurídico institucional de MacCormick y Weinberger [1992], que se caracterizaba por la idea de que los elementos normativos que constituyen la práctica jurídica son independientes de su valoración moral (*i. e.*, la tesis de la separación), es rechazado por MacCormick [2007a] para favorecer una tesis más comprometida: que en los sistemas jurídicos hay *necesariamente* algún contenido de moralidad. Un contenido tal que representa límites que excluyen a la injusticia extrema de las posibilidades jurídicas. Este enfoque *post-positivista* del institucionalismo jurídico trata de justificar, mediante el reconocimiento del razonamiento práctico y la moralidad crítica, las

obligaciones jurídicas (*i. e.*, el carácter normativo del derecho).⁴⁰ Hablar de pretensiones de corrección, como veremos hacia el final de este capítulo, no es hablar solamente de los vínculos necesarios entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico, sino también entre el derecho y la política, cfr. Bix [1996: 111].

En este capítulo vamos a revisar estos elementos de la teoría institucionalista de MacCormick. En la primera parte explicaremos los elementos fundamentales del institucionalismo jurídico. Diremos algo acerca de su definición explicativa del derecho, en términos de *Orden normativo institucional*. Hablaremos también de los distintos tipos de reglas que están involucradas en la práctica jurídica institucional, así como de su relación con otros valores o principios pre-institucionales.

En la segunda parte nos ocuparemos de las tesis que comprometen su noción de orden normativo institucional con la idea de pretensión de corrección. Veremos, además, el papel que juegan los *principios*, entendidos como derechos fundamentales, en la obtención de los fines prácticos que la sociedad persigue a través del derecho. Y concluiremos el capítulo con la afirmación de que el razonamiento jurídico es el medio por el cual los participantes y las autoridades pueden satisfacer esa exigencia (o pretensión) de corrección jurídica.

⁴⁰ Villa [2009: 50-53] identifica tres fases (positivistas) en el pensamiento jurídico de MacCormick. La *claramente positivista* [1994], donde suscribe el denominado *positivismo jurídico metodológico*. Su posición aquí consiste en que la adhesión de los participantes al sistema jurídico depende de (o está condicionada a) obtener estados de cosas que consideran benéficos. La *positivista institucionalista*, donde MacCormick [1986, 1998] piensa al derecho como un producto de la sociedad humana (*i. e.*, como una institución) y refuerza la separación entre moralidad y derecho (aunque reconoce que están involucrados principios o valores socialmente reconocidos). La *ambiguamente positivista*, donde MacCormick [1992 y 2007a] parece defender un constructivismo racionalista, que consiste básicamente en atribuir a todas las instituciones sociales (o interpretarlas como un conjunto coherente y bien ordenado de) objetivos y fines que respaldan el compromiso (o aceptación) de los participantes. En cuyo caso, la evaluación moral (o calidad moral) de esos objetivos y fines es imprescindible para explicar el carácter normativo del orden normativo institucional.

2.1. El institucionalismo jurídico

MacCormick es uno de los principales herederos de la teoría analítica del derecho de Hart. Para Hart, recordemos, el análisis del derecho tiene que ver principalmente con nuestras prácticas comunicativas, en especial con las condiciones que nos permiten llevar a cabo distintos usos del lenguaje (*p. ej.*, prometer, denunciar, declarar, etc). Desde la perspectiva *pragmática*, de la que tanto recibió la teoría hartiana, el lenguaje es visto como elemento esencial para la realización de ciertas acciones sociales (o colectivas). Por medio del lenguaje atribuimos cualidades al mundo en el que vivimos y establecemos condiciones para actuar en él, regulamos nuestro comportamiento y calificamos o evaluamos el comportamiento de los demás.

La filosofía del lenguaje de J. L. Austin (de la que también participó la teoría de Hart) responde a este enfoque pragmático del lenguaje, especialmente con la introducción de las *oraciones performativas*. Estas oraciones son usadas por los hablantes, no para describir lo que hay en el mundo o lo que puede haber en él, sino para realizar acciones, como prometer, bautizar, entre otras. Esta teoría del lenguaje realizativo está en la base de la teoría de los actos de habla de Searle.

Los actos de habla, como "te ordeno que pagues tus impuestos" o "te condeno a diez años de prisión", son, por un lado, un conjunto de símbolos que adquieren significado sólo por referencia a un contexto social de comunicación; y por otro lado, son acciones o actos lingüísticos. Para Searle, como ya lo mencionamos, para decidir qué tipo de acto lingüístico se está llevando a cabo por medio del uso de esas expresiones es necesario revisar el contexto de emisión y conocer sus condiciones de realización. Ambos, la revisión del contexto y el conocimiento de las condiciones de realización, dependen del marco institucional de comunicación. No puedo saber

qué es una orden o qué son los impuestos, ni puedo saber quién es el sujeto de cada oración o qué función cumple el pronombre posesivo *tus*, en la primera oración, o la preposición *a*, en la segunda, si no tengo un marco lingüístico de interpretación. Un marco que establezca esos significados, que regule esa combinación de símbolos, etcétera.

A partir de esta idea, MacCormick y Bańkowski [1991: 221] afirman que detrás de cada acto de habla hay alguna regla o sistema de reglas que da cuenta del nuevo estado de cosas que se genera con la emisión de una oración, es decir, con la realización de esa acción lingüística. En el derecho ocurre lo mismo. Cada *acto jurídico* presupone una base convencional que le asigna una función o un estatus. La promulgación de leyes, la firma de un contrato, la venta de un inmueble, son actos jurídicos que requieren de un marco institucional de interpretación. El derecho y el lenguaje son, desde esta perspectiva de análisis, dos convenciones normativas que establecen condiciones de uso y de corrección.⁴¹

Algo cuenta como un acto lingüístico (*p. ej.*, bautizar) o un acto jurídico (*p. ej.*, celebrar un contrato) sólo si existe un marco institucional de referencia (*i. e.*, un sistema que clasifica ciertos tipos de conducta, y a los cuales les atribuye alguna función o estatus normativo específico, por ejemplo, un deber o una autorización). Este marco institucional, nos explican MacCormick y Bańkowski [1991: 222], concentra poderes, deberes y funciones normativas.

Estos hechos institucionales son creados, ordenados y modificados con base en *reglas* (que para nada excluyen la presencia de otras normas, como los *principios*

⁴¹ Günther [2003: 253] alega, desde la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy, que esta *pretensión de corrección* es una exigencia en sí misma moral, que conecta al razonamiento jurídico institucional con el razonamiento práctico general. La sola idea de *corrección*, sostiene, ya es un valor moral.

y los *estándares de comportamiento*, de los cuales nos vamos a ocupar más adelante). Es tal la relación entre hechos institucionales y marcos institucionales que no puede haber un acto jurídico, tanto como no habría un acto de habla, si no existiera una convención social detrás. Estas convenciones, que MacCormick va a denominar *órdenes normativos*, pueden clasificarse en formales e informales.

2.1.1. El orden normativo informal

MacCormick [2007a: 13] define al derecho como un *orden normativo institucional*. Su definición es del tipo que llamamos *por género y diferencia específica*. El género es el *orden normativo*, y la diferencia específica es su carácter *institucional*.⁴²

Para comprender esta definición (explicativa) que propone MacCormick es imprescindible revisar algunos elementos generales. Comenzaremos por revisar qué es un *orden normativo*. MacCormick [1998: 304, y 2007a: 14] pone como ejemplo de orden normativo (informal) la práctica social de *hacer fila*. Cuando queremos pagar nuestras compras en un supermercado, o queremos cobrar un cheque en el banco, o queremos comprar un billete de avión, solemos formarnos, unos detrás de otros, esperando el turno de ser atendidos. Es común a la mayoría de nosotros participar de esta práctica social; sin embargo, aunque es muy generalizada, no tenemos una

⁴² Twining [2009: 17, y 25s] argumenta a favor de la definición que propone MacCormick [2007a: 1, 2 y 281-285]. En su opinión, esta definición es útil para distinguir al derecho de otros órdenes sociales normativos. Además, esta definición tiene la cualidad de incorporar (aunque va a discutir si MacCormick dijo suficiente sobre esto) lo que actualmente se conoce como *pluralismo jurídico* (i. e., la idea de que el orden normativo institucional ha rebasado los límites del Estado soberano). El reclamo de Twining a la teoría de MacCormick consiste, dicho muy brevemente, en que su propuesta institucionalista (clasificada como positivismo jurídico débil) no enfatiza suficiente la separación entre derecho y moralidad. Por consiguiente, desde la perspectiva de la globalización (que implica pluralismo normativo), el institucionalismo jurídico de MacCormick no es mejor que el positivismo jurídico de Hart. Sobre todo, si tomamos en cuenta que las formas de organización social (y política) no están claramente delimitadas por marcos estatales.

formulación explícita de la regla que gobierna esta práctica. Es más, nos parecería ocioso buscar una formulación exacta y precisa, que sirva para todos los casos en que hacemos fila.

La práctica social de hacer fila es una práctica convencionalmente aceptada por quienes participamos en ella. Parece claro, además, que sólo a partir de esa convención podemos interpretar nuestra conducta y emitir juicios de desaprobación hacia quienes, en lugar de formarse, intentan ser atendidos antes que los demás (aun si no hay una justificación razonable para ello). Muy poco podríamos decir de nuestra conducta si no hacemos referencia a esa práctica social. Por ejemplo, tendríamos que decir que las personas están de pie, una detrás de otra, quizás por casualidad o quizás por algún capricho que tal vez no podríamos explicar, sin que eso represente un comportamiento racional dirigido hacia una finalidad en particular.

Hacer fila es una práctica normativa. Cuando vemos a otra persona persiguiendo el mismo fin que nosotros y que no puede lograrse simultáneamente (*p. ej.*, pasar a las cajas del supermercado), a falta de una convención social más específica, asumimos la obligación de formarnos detrás de ella y esperar nuestro turno de ser atendidos. Esta práctica social, que se aprende fácilmente desde la infancia, forma parte de nuestras *creencias normativas básicas*. La creencia de que es obligatorio formarse y respetar el turno de los demás es algo que compartimos como miembros de una sociedad ordenada.⁴³

⁴³ MacCormick [2007a: 15] agrega: "si la gente hace una fila, esto les ayuda a alcanzar sus varios objetivos entrecruzados en civilidad mutua más que en conflicto abierto. Y tiene que haber mutuo entendimiento de esto, y por tanto alguna opinión normativa común entrecruzada". Y después, MacCormick [2007a: 16] sostiene: "Hay un sentido común o compartido de 'lo que es correcto hacer', pero esto no depende del todo en si hay una única regla oficialmente formulada que cada persona pueda recitar o aprender de memoria. Porque ciertamente la práctica es una práctica interpretativa, en la cual cada parte 'lee' la situación como cree que las otras la leen, y forma una

Los participantes que no respetan esa práctica, que se brincan la fila o que no aceptan formarse detrás del último participante, reciben un juicio de desaprobación. Su conducta es considerada *incorrecta* y, por eso mismo, digna de reproche social.⁴⁴ La base de este reproche es el conjunto de opiniones normativas (que podemos caracterizar como creencias o actitudes socialmente compartidas) que orientan la conducta de los participantes. Podríamos decir incluso que hay una *regla implícita* que define a esa práctica social, con base en la cual los participantes emiten sus juicios de desaprobación.

Al mismo tiempo, cuando en esa práctica no hay *coordinación* o no hay por lo menos una cierta coincidencia de comportamientos, en realidad no es posible decir que exista una práctica social. De igual modo, sin *orden*, es decir, si hacer fila no consistiera en formarse detrás del último, sino en eso y además delante del último, entonces simplemente sería imposible desde el punto de vista práctico participar en ella. El deber de formarse detrás del último sería una razón para incumplir el deber de formarse delante de él. Y viceversa, *el carácter normativo, el orden y la coordinación* son los elementos de lo que MacCormick llama el *orden normativo*.⁴⁵ Algo es un orden normativo si impone deberes a los participantes, si esos deberes son consistentes (y coherentes) entre sí, y si para llevarse a cabo se requiere, no sólo de actos

opinión en relación con la opinión que tenga el otro, aunque no es necesariamente un tipo de deliberación reflexiva acerca de las opiniones de los otros".

⁴⁴ Para MacCormick, el concepto fundamental del carácter normativo no es el de la *obligación* como en Hart ni el de la *acción* como en Weinberger, sino el de *incorrecto*. Por supuesto, como advierte claramente MacCormick [2007a: 103], el concepto de incorrecto es estrictamente convencional. (Los hechos brutos, la naturaleza misma, no se equivocan). Este concepto sirve para calificar acciones o conductas contrarias a deber y, en este sentido, para imponer obligaciones. Si una conducta está prohibida, entonces es un *deber categórico* no realizarla. La *actitud reflexiva crítica* de la que tanto habla Hart (y que es un elemento constituyente de la aceptación interna de los participantes), aquí encuentra su más amplio desarrollo. El componente normativo en la teoría de MacCormick recae precisamente en esa actitud de reprochabilidad o desaprobación hacia la conducta de los demás.

⁴⁵ MacCormick [2007a: 307] resume: "La acción común o coordinada bajo un sentido común de lo que es correcto hacer es exactamente lo que quiero decir por 'orden normativo'".

e intenciones individuales, sino además de ciertas acciones colectivas e intenciones colectivas.

Estas características hacen del orden normativo, como bien lo señala MacCormick [2007a: 19], una *práctica culturalmente dependiente*; es decir, existe en relación con un entorno social y cultural donde ya existen ciertas creencias y aptitudes normativas comunes. Las prácticas sociales de este tipo pueden ser clasificadas como prácticas normativas informales; y el tipo de orden que constituyen, como *orden normativo informal*.

Lo característico de estos órdenes es que imponen obligaciones a los que participan en ellos. Y nosotros podemos decidir qué es lo obligatorio en algún caso particular y exigir de los demás participantes que respeten esas obligaciones por referencia a los usos y costumbres que dan origen a esa convención.⁴⁶ No podemos ir y revisar un manual de la práctica de hacer fila; sin embargo, sí podemos analizar las conductas que realizan los que participan en esa práctica. Ahí es donde podemos encontrar esas respuestas; desde luego, no definitivas.⁴⁷ La diferencia entre lo correcto y lo incorrecto, desde el punto de vista del participante, reside en esa base común de creencias y opiniones compartidas.⁴⁸ Actuar correctamente; es decir, com-

⁴⁶ MacCormick [2007a: 17]: "Asumiendo entonces que una práctica de hacer fila es viable en un contexto dado, a pesar de la ausencia de algún acuerdo explícito sobre su significado o sus normas regulativas, parece razonable sugerir que debe haber alguna comunidad bastante profunda de ideas subyacentes, o alguna idea rectora común, que haga inteligible la práctica".

⁴⁷ MacCormick [1998: 306] explica esta búsqueda de obligaciones como una labor *interpretativa*. Donde hay cierto carácter normativo, donde se tiene que decidir si actuar de un modo es correcto o no, tenemos que analizar y llevar a cabo un debate interpretativo no sólo acerca del significado de los términos que se podrían usar, sino acerca de los fines, propósitos y circunstancias relevantes de realización.

⁴⁸ MacCormick [1998: 307] asegura que el orden normativo, a pesar de no sostenerse sobre una formulación específica del deber correspondiente o fijarse en un acuerdo explícito de los participantes, está respaldado por un conjunto de ideas (o razones) subyacentes socialmente compartidas.

portarse de acuerdo a los deberes que impone esa práctica social, es parte de nuestra naturaleza humana: "los seres humanos somos usuarios de normas, cuyas interacciones con los demás depende de patrones mutuamente reconocibles que pueden ser articulados en términos de la conducta correcta contra la incorrecta, o de lo que uno debe hacer en un determinado contexto" MacCormick [2007a: 20].

Por supuesto, también un *observador externo*; es decir, alguien que no participa de esa práctica social, puede comprender el elemento normativo y juzgar la conducta de los que sí participan en ella. Basta para eso que el observador comprenda el compromiso que asumen los participantes, aun si él mismo no acepta ese compromiso. Este observador diría, por ejemplo, que los participantes *consideran* obligatorio formarse detrás de la última persona y esperar turno para ser atendidos. Su explicación, entonces, no podría ser reducida a una simple formulación estadística: "la mayoría de la gente (en tales y tales circunstancias) se comporta de tal y tal forma". Lo que hace el observador es identificar el elemento normativo para explicar las conductas de los participantes y los rasgos individuales de esa práctica social; es decir, para considerarlas como una colección de hechos institucionales y no sólo como una colección de hechos brutos, que podría describir con independencia de un marco institucional.

La clave para comprender el aspecto normativo del derecho está en lo que antes dijimos acerca de la ontología institucional. MacCormick [1998: 323] explica que la práctica de hacer fila, igual que muchas otras prácticas sociales, como jugar ajedrez, prometer, dar una conferencia, escribir una tesis, etc., es un hecho institucional. Un hecho interpretable con base en el marco de acción normativo que orienta el comportamiento de los participantes y que asigna funciones tanto a hechos como a objetos, e impone obligaciones.

Por supuesto, como dice MacCormick [1998: 25], muchas de estas prácticas sociales en las que participamos, incluyendo la práctica de hacer fila, pueden dejar de ser órdenes normativos informales y convertirse en *órdenes normativos formales* (o institucionales). Hay lugares (*p. ej.*, las oficinas de correos, las estaciones de autobuses, los aeropuertos) donde hacer fila es un comportamiento estrictamente regulado. Incluso hay autoridades que se encargan de vigilar y sancionar a quienes se comportan de forma incorrecta, es decir, a quienes se brincan la fila o pasan antes que los demás.

2.1.2. El orden normativo formal

Cuando este orden normativo se institucionaliza nos encontramos con distintos tipos de reglas.⁴⁹ Tenemos las reglas que crean y regulan la práctica social, y tenemos también las reglas que establecen en alguna medida los fines y valores que se pretenden asegurar con ese orden normativo, *cfr.* MacCormick [1998: 314]. De esta forma, el orden normativo se puede dividir en dos niveles. En el primero, tenemos las normas que establecen, por ejemplo, la obligación de mantener la fila, y que establecen también la sanción que corresponde a su incumplimiento. En el segundo, están las reglas que autorizan a una persona (o grupo de personas) a vigilar o monitorear las filas. Ellas se ocupan, además, de decidir los casos en que los participantes no respetan la fila o no mantienen el orden.

⁴⁹ Para MacCormick y Bańkowski [1991: 225s], los actos jurídicos (y los actos de habla) son posteriores a esas convenciones sociales. No puede ser al revés. Sin embargo, cuando esas convenciones se formalizan o se institucionalizan, lo que tenemos son regulaciones, atribuciones y funciones que se incorporan en la práctica social informal. Ya no se admite una promesa o una declaración, si no se cumple con todos y cada uno de los requisitos que establecen las nuevas reglas institucionales. Mientras la práctica social se mantiene informal (o sin institucionalizarse), la realización de un acto de habla (*p. ej.*, prometer) no depende de un contexto específico ni de satisfacer ciertas condiciones particulares. Cuando se institucionaliza, entonces se vuelve obligatorio satisfacer esas otras condiciones de realización, y estar atentos de que no ocurran excepciones a esas condiciones.

Un orden normativo puede formalizarse o institucionalizarse, entonces, por medio de la introducción de reglas de segundo nivel. Esto vale para prácticas sociales como hacer fila o jugar ajedrez; y también para el lenguaje y el derecho. MacCormick y Bañkoswki [1991: 226], nos explican cómo distintos actos de habla pueden, desde un contexto particular, llegar a formalizarse. Supongamos que, bajo un orden normativo informal, una promesa se realizaba según los usos y costumbres de la comunidad; también una denuncia o una declaración. Sin embargo, cuando esos actos de habla se formalizan, cuando ya hay reglas que establecen los procedimientos por los cuales se lleva a cabo una promesa o una denuncia o una declaración, ya podemos distinguir entre *actos de habla válidos* y *actos de habla inválidos*. Se establecen formulaciones precisas que se deben expresar para poder realizar una promesa válida, o se deben satisfacer ciertos requisitos contextuales para poder emitir una declaración válida, etcétera.

Para que esto sea el caso, es necesario – aunque no suficiente – que se pongan en operación distintos tipos de reglas.⁵⁰ Si la práctica social informal ya cuenta con cierto grado de eficacia, entonces su formalización o institucionalización le dotará de elementos prácticos para reforzar *la presión social* detrás de ella (*i. e.*, el elemento persuasivo de actuar como es debido).⁵¹ La manera de institucionalizar una práctica social informal es a través de lo que Searle llama *reglas constitutivas*, o lo que MacCormick entiende por *reglas de segundo nivel*.

⁵⁰ Si la gran mayoría de la gente decidiera no participar de esa práctica social (*i. e.*, si no decidieran actuar cooperativamente o en coordinación), nada, ni siquiera una formalización exageradamente rígida, podría imponerles obligaciones, o establecer funciones, o crear instituciones. Es sólo la combinación de ambos elementos (*i. e.*, un cierto nivel de eficacia y un marco debidamente regulado) lo que permite constituir una práctica social institucional.

⁵¹ MacCormick [1998: 314] afirma esto con base en su idea de que las reglas institucionalizadas imponen obligaciones con mayor claridad que las reglas informales. Esas reglas suelen tener la forma de condicionales normativos: si se dan los hechos operativos (HO), entonces *deben ocurrir* ciertas consecuencias normativas (CN).

Aunque ya vimos que la propuesta institucionalista de MacCormick debe mucho a la teoría de Searle, el mismo MacCormick [1998: 333ss] discute si la versión institucionalista de Searle es la mejor manera de entender las reglas que institucionalizan una práctica social informal. Searle entiende por reglas constitutivas lo que MacCormick entiende tanto por *reglas institutivas* como por *reglas de consecuencias*. Las primeras crean (o definen) hechos institucionales, mientras que las segundas establecen las consecuencias que producirán esos hechos institucionales. La versión de MacCormick, entonces, es mucho más explícita respecto del tipo de reglas involucradas en el marco institucional.

Adicionalmente, MacCormick introduce las *reglas de término* para describir una característica especial de las prácticas normativas como el derecho. Estas prácticas establecen condiciones y requisitos no sólo para crear o modificar actos jurídicos (que pueden ser obligaciones, funciones, etcétera), sino también para terminarlos. Si queremos explicar adecuadamente el derecho, y los órdenes normativos institucionales en general, tenemos que dar cuenta de estos distintos tipos de reglas. La teoría de Searle, tan simplificada desde el punto de vista de MacCormick, es un buen punto de arranque, aunque no es la versión definitiva con la que debemos trabajar.

2.1.2.1. Reglas institutivas, reglas de consecuencias y reglas de término

Una institución jurídica existe en virtud de que un marco de referencia (o un sistema jurídico) establece las condiciones de existencia de esa institución. La forma en que lo hace es a través de las *reglas institutivas*. Estas reglas establecen, por ejemplo, que algo es una institución (quizás un contrato) cuando tal y tal acción ocurren.

Una vez que existe una institución jurídica, es una cuestión práctica del derecho que esa institución produzca algún conjunto de consecuencias o resultados jurídicos; ya sea en la forma de derechos, obligaciones, deberes, poderes e incluso responsabilidades. El sistema jurídico da cuenta de esta cuestión operativa por medio de las *reglas de consecuencias*. Estas reglas establecen, por ejemplo, que si algo es un contrato, entonces hay una relación jurídica entre los contratantes, hay exigencias de cumplimiento, hay derechos de reclamación y hay, entre otras cosas, situaciones eximentes de responsabilidad.

Ahora, si existen instituciones jurídicas y a ellas le siguen ciertas consecuencias jurídicas, entonces el derecho tiene que proveer necesariamente de procedimientos y condiciones de terminación. Las *reglas de término* son las que establecen que bajo tales y tales circunstancias un acto jurídico termina (o deja de tener efectos jurídicos).

La tesis de MacCormick y Weinberger [1992: 55] consiste en que las instituciones jurídicas están reguladas y ordenadas por esos tres tipos de reglas, y el sistema jurídico las incluye necesariamente.⁵² Si esto es verdad, entonces no serían posibles las instituciones jurídicas si no hay involucradas esas reglas en el sistema jurídico.⁵³

⁵² MacCormick y Weinberger [1992: 67] reconoce, como hiciera en su momento Hart [1994] respecto de las reglas primarias y secundarias, que las reglas institucionales (sean institutivas, de consecuencias o de término) poseen inevitablemente algún grado de vaguedad o *textura abierta*. Sobre el problema de vaguedad en el derecho, véase Endicott [2003], y sobre el concepto de *textura abierta*, véase Atria [2003: 72].

⁵³ Cuidémonos de una ambigüedad. La noción de *institución jurídica* es anterior a la realización de cualquier *instancia* particular de esa institución. Esto significa que para que exista *una* institución, como un hecho particular, antes tiene que haber *la* institución, como clasificación de hechos y conductas, a la cual pertenece. Así, si no existe la institución jurídica del matrimonio, entonces no existen los matrimonios (al menos, jurídicamente hablando). Por supuesto, decir que existe *la* institución, y que ésta es anterior a cualquier instancia particular, no nos compromete con decir que *una* institución en particular existe. Puede haber en el sistema jurídico la institución del matrimonio, aun si nadie celebra un matrimonio.

Recordemos que Searle y Anscombe han dicho lo mismo acerca de los hechos institucionales. Si no hay reglas que establezcan los requisitos para que un hecho institucional exista, entonces no puede existir. Y si en la presunta realización de un hecho institucional no se cumplen todas y cada una de las condiciones y requerimientos que establecen esas reglas, entonces no ocurre el hecho institucional.

Más allá de esto, el institucionalismo jurídico que proponen MacCormick y Weinberger [1992: 73] implica, además, el reconocimiento de otras *normas y valores* jurídicos involucrados en el marco institucional. En su opinión, los *principios* y los *estándares de comportamiento* también están contenidos en los sistemas jurídicos, sólo que ellos no son como las reglas, que imponen obligaciones, sino más bien son interpretaciones de las normas que constituyen, en su conjunto, al sistema jurídico, cfr. MacCormick [1998: 315].

2.1.2.2. *Principios y estándares de comportamiento*

De acuerdo con el análisis que hicimos de la teoría de Hart, las reglas primarias contienen la obligación jurídica, y las secundarias constituyen y ordenan la práctica jurídica. Sin embargo, apoyado en la crítica que hiciera Dworkin a Hart, véase Shapiro [2007], MacCormick insiste en que es falso que las reglas sean las únicas que imponen obligaciones. También hay principios jurídicos y estándares de comportamiento; y ambos contienen obligaciones. Y si esto es verdad, entonces es falso que el concepto básico del derecho, con el que podamos explicar la práctica jurídica institucional, sea únicamente la regla jurídica.

La formulación de los principios jurídicos, como *Nadie puede beneficiarse de sus propios delitos*, es el resultado de la interpretación de un conjunto de reglas y

determinaciones jurídicas; por ejemplo, las reglas que establecen castigos o sanciones a las personas que cometen algún delito y que, además, las privan de ciertos derechos y facultades legales. Estas reglas parecen estar dirigidas a un propósito general: la corrección y prevención de conductas incorrectas o contrarias a deber. Si existen estas reglas, entonces parece razonable afirmar que el sistema jurídico contiene ese principio.

Los principios (o valores), que también contienen fuerza normativa, no siempre nos permiten llegar a una decisión clara ante un caso particular. A veces hacer lo más justo o lo más razonable implica descuidar o disminuir el logro de otros principios. Cuando los principios compiten, a diferencia de lo que ocurre cuando las reglas compiten, es necesario tomar en cuenta los objetivos y propósitos de la práctica jurídica y realizar algún juicio de preferencia que, aun en perjuicio de otros principios, permita satisfacer en la mayor medida el principio preferente. Al ejercicio argumentativo por el cual podemos lograr ese juicio de preferencia algunos teóricos del derecho (*p. ej.*, Alexy) le han llamado *ponderación*. Ponderamos cuando tenemos que decidir si un principio (o un valor) es más importante que otro con el que está en competencia.⁵⁴

Lo que Hart no vio (o no quiso ver) acerca de los principios, Dworkin [1977] se encargó de hacerlo público a través de sus debates. MacCormick, sin embargo, dice algo más que Dworkin y acusa a Hart por ser ignorante no sólo respecto de la existencia de principios jurídicos, sino también respecto de los *estándares de comportamiento*. Estos estándares, que no son principios (en el sentido de valores o fines

⁵⁴ En el próximo capítulo revisaremos ambos tipos de razonamientos. En el razonamiento jurídico a partir de reglas la noción clave es la *aplicación*. Una regla es aplicable al caso hasta que no se prueban excepciones. En el razonamiento a partir de los principios, el concepto clave es la *ponderación*. Ponderamos para determinar el peso (o importancia) específico de ciertos valores morales u objetivos sociales frente a otros.

prácticos del derecho) ni reglas (en el sentido de expresiones normativas de la obligación jurídica o enunciaciones de las condiciones para el ejercicio de un poder público o privado), establecen ciertos compromisos sociales útiles para el bienestar social y la convivencia pacífica, cfr. MacCormick [2010]. Estos estándares son *pautas de comportamiento* o simples *razones prudentiales* que pueden hacerse exigibles y que suelen ser usados en la determinación de ciertos deberes jurídicos. Algunos ejemplos de estándares de comportamiento serían *barrer la banquetta todos los días*, o *recoger la basura de los contenedores públicos en horario nocturno* (para afectar lo menos posible a los comercios), o *realizar actividades deportivas sólo en espacios especialmente adecuados para ellas*, etcétera.

2.1.2.3. *La validez jurídica del orden normativo institucional*

La *obligación jurídica* es el concepto característico de estas reglas, principios y estándares de comportamiento. MacCormick regresa a la teoría analítica del derecho de Hart para explicar la derivación de una *obligación* (i. e., un deber) a partir de un *ser* (i. e., una convención social). En su opinión, hay hechos (como aspectos de la realidad social) que son susceptibles de alguna interpretación institucional cuando están dirigidos a propósitos o fines más o menos determinados; es decir, cuando son producto de la acción racional de los hombres. De estos *hechos* podemos derivar un *deber*, si reconocemos en los participantes, en los agentes (para usar la categoría de Weinberger), un aspecto externo y un aspecto interno. El externo es básicamente la conducta; y el interno, la aceptación. Un observador (un teórico del derecho, por ejemplo), que asume un punto de vista externo respecto de las normas jurídicas, puede identificar el comportamiento de los participantes sin asumir él mismo que ese comportamiento es obligatorio. Un participante, que mira la práctica desde el punto de vista interno, asume como obligatorio un cierto comportamiento, ya sea por los beneficios que le produce o por la presión social que hay detrás de él.

El observador externo comprende que existe un sistema jurídico aun si no comparte un compromiso como el de los participantes activos. En este sentido, el observador entiende el carácter normativo de las normas jurídicas; es decir, mantiene una *actitud epistémica* de reconocimiento hacia el comportamiento de los participantes y hacia la práctica social en general. De aquí que MacCormick advierta que el observador es sólo *volitivamente externo*, aunque no *cognitivamente externo*.

La teoría analítica de Hart, en opinión de MacCormick, provee de los recursos necesarios (aunque todavía no suficientes) para explicar el derecho tanto desde el punto de vista externo o del observador, como desde el punto de vista interno o de los usuarios de normas. El método de reconocimiento es uno de tipo *hermenéutico*.

La obligación jurídica, como categoría fundamental de los sistemas jurídicos, pertenece a las estructuras formales de la acción intencional; en específico, a la acción racional. MacCormick y Weinberger [1992: 106] sostienen a partir de ahí que, para explicar la naturaleza de la normatividad, tenemos que explicar la naturaleza de la acción racional.

En este sentido, lo que tenemos que revisar es tanto el *elemento cognitivo* como el *elemento volitivo* de los participantes, implícitos ya de alguna manera en la teoría de Hart. El elemento cognitivo es la capacidad para reconocer pautas de comportamiento e identificar las condiciones y resultados al seguirlas o desviarse de ellas.⁵⁵ El elemento volitivo, en cambio, es la capacidad para establecer preferen-

⁵⁵ Supongamos, por ejemplo, que un agente reconoce en una oración normativa del tipo *quien cometa homicidio recibirá cinco años de prisión* tanto una descripción de hechos como su consecuencia normativa; es decir, reconoce que hay en la norma no una descripción de una conducta actual o determinada, sino la descripción de cierto tipo de conducta, y en la consecuencia reconoce el castigo que impone el derecho. Ambos elementos, que

cias a favor de la conformidad de actuar de cierta forma y, por tanto, crear expectativas acerca del comportamiento de los demás.⁵⁶

MacCormick y Weinberger [1992: 132] reconoce, no obstante, un problema conceptual con la teoría de Hart. Parece no haberse dado cuenta Hart de que hablar de *preferencias* implica necesariamente hablar de *valores*. Dado que el aspecto interno del participante tiene que ver con la formación de preferencias y expectativas de comportamiento, Hart debió prever que en su análisis había ya involucrado un elemento de moralidad: los valores sobre los cuales se establecen esas preferencias, cfr. MacCormick [2010]. Pensemos, por ejemplo, en una sociedad donde los conductores de automóvil se detienen (regularmente) cuando el semáforo que apunta hacia ellos está en rojo. Su comportamiento parece proceder de una aceptación interna respecto de ciertos deberes (por lo menos, el deber de detenerse cuando la luz del semáforo está en rojo). La intención detrás de ese comportamiento podría corresponderse con una norma que protege la seguridad no sólo de los demás conductores, sino también de los peatones. Pues bien, si es la seguridad de las personas lo que justifica el comportamiento de los conductores, entonces estamos hablando ya de valores.⁵⁷

podemos entender, uno, como condiciones de aplicación de la norma, y otro, como consecuencia jurídica prevista, son entonces captados (o conocidos) por el agente.

⁵⁶ Reconocer los beneficios de orden y seguridad que acompañan a una práctica social normativa, así como preservar esa actitud de cooperación con el fin de conseguir los resultados deseados (*p. ej.*, pasar a la ventanilla de un banco o comprar el billete de avión) y, al mismo tiempo, predecir el comportamiento de los demás (*i. e.*, que los otros participantes también seguirán el mismo curso de acción que él) es lo que constituye esa capacidad volitiva.

⁵⁷ En nuestra opinión, Hart no fue miope ni contradijo su teoría en este sentido que señala MacCormick. Hart parece haberse dado cuenta de que detrás de las preferencias y la generación de expectativas había ciertos valores (*valores morales*, agreguemos); sin embargo, la tesis fuerte de Hart consiste, tal y como vimos antes, en que la correspondencia con esos valores no es suficiente para atribuirles carácter normativo a las normas jurídicas. En otras palabras, lo que le importa negar a Hart es que el valor moral detrás de las normas jurídicas no es lo que les concede fuerza normativa (o validez jurídica); además, Hart sólo quiere rechazar que esos valores no puedan ser abandonados o modificados a través de procesos dinámicos institucionales, lo cual para nada contradice esta interpretación moralizadora de MacCormick.

Estos valores son mejor entendidos, de acuerdo con MacCormick, si los analizamos desde el punto de vista de la acción racional. Siguiendo con el ejemplo, es más racional para los conductores comportarse conforme a una regla que garantiza la seguridad de las personas antes que comportarse en contra de ella. (Aun si las ventajas de hacerlo en contra fueran, desde una mezcla posible de circunstancias, aparentemente mayores que las de hacerlo a favor). Es más racional seguir la regla, en la medida que eso garantiza que los conductores puedan circular en sus coches sin provocar que otros conductores o peatones se esfuercen por interrumpir su viaje. Si los conductores aterrorizaran a las personas, ellas buscarían los medios para impedir que los coches circulen en la calle. El conflicto entre conductores, y entre conductores y peatones haría imposible la realización de esa práctica social de conducir.

MacCormick explica entonces el carácter normativo del derecho con base en el respaldo de ciertas preferencias y expectativas convencionalmente aseguradas, dentro de las cuales ya están involucrados ciertos valores morales (especialmente, la seguridad jurídica). El derecho existe porque es más racional a las personas comportarse de cierta manera y corresponder a ciertas obligaciones, así como tener condiciones más o menos precisas para la realización de ciertas acciones que consideran necesarias para su vida (*p. ej.*, celebrar matrimonios o demandar empresas).

Aunque MacCormick y Weinberger [1992: 140s] no aceptan todavía una cierta relación necesaria entre moralidad y derecho, sí aceptan desde el nivel de la racionalidad que las *contradicciones performativas* no deben ser toleradas. Así como no podemos realizar la acción de hablar y al mismo tiempo negar que estemos hablando, no podemos decir que algo es obligatorio si es inconsistente con su respaldo normativo. No podemos entonces tener una regla jurídica que establezca es *injusto*

castigar a las personas por acciones que no cometieron y, aun así, es obligatorio hacerlo, si esto da lugar a una contradicción performativa. Dotarle de obligatoriedad jurídica a esta regla es inconsistente (o contradictorio) con los valores que pretende asegurar el sistema jurídico; y esa inconsistencia es inadmisibles desde el punto de vista de la racionalidad. Podemos mantenerla, después de todo, restringiendo o abandonando los valores con los que resulta inconsistente (*p. ej.*, la protección de la integridad física y la libertad de las personas);⁵⁸ sin embargo, hacer esto significa quitar todo elemento de utilidad al sistema jurídico y a la práctica jurídica en general. Con lo cual ya no podríamos justificar la aceptación interna de los participantes.

2.1.2.4. *Moralidad institucional*

Estos principios se corresponden con alguna moralidad, asegura MacCormick y Weinberger [1992: 173s], y sirven para solucionar conflictos jurídicos, aunque para es una moralidad trascendental, sino más bien una *moralidad institucional*. Una moralidad que tiene a su cargo dos compromisos: (1) Tiene que ajustarse lo más posible a las instituciones jurídicas y políticas que integran el orden normativo institucional; y (2) debe aproximarse lo más posible a nuestras creencias normativas socialmente compartidas.

Para MacCormick y Weinberger [1992: 176], lo que Dworkin parece criticar de Hart, y quizás del institucionalismo jurídico en general,⁵⁹ no es que las disputas

⁵⁸ Por supuesto, determinar su inconsistencia con respecto a ciertos valores del sistema jurídico entraña un ejercicio argumentativo, especialmente interpretativo. Se tienen que decidir qué valores integran al sistema jurídico y frente a cuáles es inconsistente esa regla. Además, se tiene que interpretar esa regla para ponerla en una relación lógica (de inconsistencia) con las demás normas del sistema jurídico. Cfr. MacCormick y Wróblewski [2003].

⁵⁹ Schauer [2009: 35-37] explica la crítica que hace Dworkin a las teorías institucionalistas (o sociológicas) del derecho. Para Dworkin, mirar al derecho como un tipo de institución social no es de importancia práctica ni de interés filosófico porque eso no nos ayuda a responder la *pregunta doctrinal* de la teoría jurídica (*i. e.*, ¿qué hace verdadera a una proposición de derecho?) El carácter institucional de una norma (o su existencia jurídica) no

jurídicas deban ser resueltas en términos puramente morales, o que la moralidad resuelve con mayor facilidad esas disputas, sino que detrás de cualquier decisión jurídica hay algún contenido de moralidad (*i. e.*, la justificación jurídica que necesitamos tiene algún respaldo en los principios o valores morales que integran el sistema jurídico).

La moralidad, desde luego, no puede resolver autónomamente las disputas jurídicas precisamente porque depende del marco jurídico institucional. En este sentido, lo que necesitamos realmente es una versión menos radical de la moralidad, o sea, una versión *institucional* de la moralidad. Bajo esta perspectiva, los principios jurídicos sí pertenecen al marco de acción racional, y representan los fines y propósitos sociales de la intencionalidad colectiva.⁶⁰

determina la verdad de una proposición de derecho, cfr. Bix [1996: 115]. Además, para Dworkin el concepto sociológico del derecho (*i. e.*, el orden normativo institucional) es tan vago; es decir, carece de límites precisos en el lenguaje ordinario, que no permite distinguirlo de otros conceptos prácticos. Schauer no está de acuerdo con esta objeción. Para él, definir al derecho como *orden normativo institucional* nos ayuda precisamente porque nos permite caracterizarlo como una institución sociológicamente diferenciada. Podemos distinguir los casos que claramente no son derecho – porque no son parte de la institución – (*p. ej.*, las recetas de cocina) de los casos que claramente son derecho (*p. ej.*, las cortes y tribunales nacionales). Y, además, podemos reconocer los casos de penumbra (*p. ej.*, las normas de derecho internacional). En este sentido, Schauer [2009: 38] afirma: “El concepto sociológico de derecho, y por tanto la idea de derecho no sólo como una colección de instituciones sino como una institución misma, puede ser vaga; sin embargo, que sea vaga en sus límites apenas lo hace ininteligible o disvalioso”. La promulgación (o positivización) de una norma no determina la verdad de esa proposición de derecho; sin embargo, sería absurdo decir que la promulgación es irrelevante para determinar su verdad o falsedad. Así pues, Schauer [2009: 41] alega: “El argumento de Dworkin no puede ser tomado como un argumento en contra del positivismo. Por el contrario, presupone la falsedad descriptiva de una teoría positivista de los sistemas jurídicos en discusión. Si el positivismo describe pobremente tal sistema, y entonces la distinción entre instituciones jurídicas y no jurídicas no tiene relevancia para determinar si una proposición de derecho es verdadera, entonces la cuestión sociológica –la distinción entre instituciones jurídicas y no jurídicas– ciertamente tiene poca importancia práctica o filosófica. Sin embargo, si una teoría positivista es verdadera, entonces la identificación de una institución como una institución jurídica se vuelve crucial, porque su juridicidad [...] es precisamente lo que le da a la institución su capacidad de tener a una proposición por una jurídica, y entonces dar a la institución su capacidad de tener a una proposición de derecho por verdadera”.

⁶⁰ MacCormick y Weinberger [1992: 189-206] defiende la noción de racionalidad práctica y su importancia dentro del análisis filosófico del derecho, alegando que *sin racionalidad no puede haber sistema*. Puede haber praxis o puede haber pensamiento; sin embargo, estos todavía no son sistemas. Por supuesto, la racionalidad, como tiene

Aunque MacCormick no piensa en esta solución para seguir el proyecto *anti-positivista* de Dworkin, sí la ocupa para corregir las deficiencias explicativas del modelo convencionalista de Hart. En lo que claramente habrá una diferencia, sin embargo, es en relación con su teoría del razonamiento jurídico. Para MacCormick, y muy lejos ya de lo que pensaba Hart, el derecho incorpora, como un requerimiento de racionalidad, una *pretensión de corrección*. Algo que a los ojos del positivismo tradicional, como el de Bentham, Austin y Hart, ya no es posible explicar.

2.2. El orden normativo institucional y la pretensión de corrección

La teoría institucionalista de MacCormick [2007a: 1], a pesar de estar siempre alineada con la filosofía analítica, asumió una postura fuertemente comprometida con la moralidad y el razonamiento práctico, cfr. Halpin [2009]. Una postura que refleja el interés del institucionalismo jurídico por las teorías del razonamiento centradas principalmente en la búsqueda de condiciones de justificación (*p. ej.*, la lógica de normas y las teorías del discurso práctico racional).

Poner atención en las condiciones de justificación del derecho y de las decisiones jurídicas, implica irremediablemente una discusión acerca de los componentes normativos de la práctica jurídica y de sus valores y propósitos fundamentales, cfr. Detmold [2009]. En la medida en que el análisis del derecho nos orienta sobre las implicaciones prácticas que tienen estos valores y propósitos, podemos calificar la *corrección* o *incorrección* de las decisiones e interpretaciones de acuerdo al marco normativo institucional. Esta interpretación es objetiva, recordando a Searle, porque se hace sobre la base de ciertas actitudes compartidas por los participantes.

que ver con fines y valores, da lugar a conflictos. La solución de esos conflictos, mediante el establecimiento de preferencias, le corresponde al razonamiento práctico. Cfr. MacCormick y Wróblewski [2003].

MacCormick [1981] agrega que esas actitudes comunes guían la forma en que las personas se comportan; aunque por sí mismas no representen las únicas motivaciones de sus comportamientos. También hay deseos e intereses que impulsan sus acciones.⁶¹ MacCormick defiende que estos elementos representan el respaldo práctico racional del marco normativo institucional.

Nuestras *creencias*, *opiniones* y *actitudes*, que podemos llamar “razones prácticas”, junto con los *deseos*, *intereses* y *caprichos*, que podemos llamar “motivaciones”, son la base de la práctica jurídica. Con respecto a ellas evaluamos tanto las conductas de los demás como las conductas que nosotros mismos realizamos. Decimos de esas conductas, entonces, que son *aceptables* o *inaceptables*. La aceptabilidad, nos dice MacCormick, se juzga a partir de la estima que hay detrás de ellas (*i. e.*, el respaldo normativo).

La aceptabilidad será el fundamento de la validez de las normas y del respaldo moral para la exigencia de su cumplimiento. En la teoría analítica de Hart, recordemos, la aceptación se da en términos de *preferencias* y *valores* socialmente compartidos; aquí, en cambio, la fuerza normativa recae en la racionalidad de nuestras acciones. Explicar la racionalidad de la acción nos lleva a esclarecer las razones y motivaciones que tenemos para la acción. En la teoría de MacCormick, por tanto, están involucrados no sólo los elementos utilitaristas de Hart, sino también algunos criterios objetivos de valoración moral.

Dado que la práctica jurídica impone deberes y obligaciones sobre la base de estos comportamientos socialmente aceptados, su corrección depende sustancial-

⁶¹ MacCormick [2008b: 1]: Hume ya desconfiaba del poder absoluto de *la razón* en la determinación del comportamiento humano. La razón, sentenciaría Hume, es *esclava de las pasiones*.

mente de su respaldo moral. En términos institucionales, este respaldo da lugar al *elemento coercitivo* del Estado,⁶² y por tanto, la tesis positivista de la separación conceptual entre moralidad y derecho ya no es sostenible. La obligación jurídica y el elemento coercitivo son conceptos fundamentalmente morales.

MacCormick [2007a: v] rompe entonces con la versión positivista del institucionalismo jurídico. Su teoría, en este sentido, es mucho más cercana a las teorías que la doctrina contemporánea clasifica como *post-positivistas*, las cuales reconocen la participación indispensable de la discusión práctica racional en conflictos estrictamente jurídicos.

2.2.1. Interpretación jurídica y justificación

El derecho, como mencionamos arriba, es un ejemplo de orden normativo institucional, el cual está definido por hechos y funciones institucionales. Todos ellos constituidos, ordenados y regulados por normas institucionales, como las leyes, los reglamentos, los estatutos y los acuerdos. Este sistema de normas institucionales no sólo sirve para determinar obligaciones, sino también para establecer requisitos, procedimientos y definiciones que constituyen el conjunto de posibilidades prácticas del derecho.

El carácter institucional del derecho, sin embargo, no implica que las conductas socialmente aceptadas, y que aún no han sido institucionalizadas, dejen de ser relevantes para los participantes. Ellas cumplen una función de justificación (de la

⁶² En otras palabras, la propuesta de MacCormick consiste en ver el carácter normativo del derecho (*i. e.*, la obligación jurídica) como una consecuencia de la aceptabilidad social; mientras que a la coerción, como una caracterización institucional del respaldo moral.

cual nos ocuparemos en el siguiente capítulo), principalmente porque las normas jurídicas que ya están institucionalizadas (*i. e.*, expresadas en lenguaje natural) poseen un cierto grado de indeterminación semántica (vaguedad o textura abierta) y requieren, entonces, de otros recursos interpretativos para desentrañar su significado normativo.⁶³

Las autoridades institucionales llevan a cabo funciones interpretativas para aclarar o estipular el significado de las normas jurídicas, y lo hacen mediante el reconocimiento de ciertas creencias y actitudes socialmente compartidas, que son precisamente las que constituyen la base de aceptación de la práctica jurídica.

Estas creencias y actitudes socialmente compartidas (que denominaremos “razones subyacentes”) constituyen la base del orden normativo institucional.⁶⁴ Cuando la práctica ya está institucionalizada, la autoridad decide sobre la base de las normas institucionalizadas y también, por vía interpretativa, de esas creencias y actitudes comunes. MacCormick [2007a: 43s] propone entonces a estas razones

⁶³ MacCormick [2007a: 23] apoya esta tesis precisamente en lo que Hart ya había señalado acerca del lenguaje natural. Las normas jurídicas, cuando se positivizan; es decir, cuando se formulan explícitamente en el lenguaje natural, adquieren inevitablemente algún grado de indeterminación semántica. La actividad interpretativa del juez (o de cualquier autoridad institucional) es una consecuencia necesaria de esta falla comunicativa.

⁶⁴ Si las normas aún no estuvieran positivadas, la autoridad ejercería su función decisora de manera informal; esto es, recurriendo únicamente a las creencias comunes. MacCormick [1989b] discute con Stair sobre si es posible o no (y en qué medida) el *racionalismo constructivista*; es decir, aceptar que somos capaces de diseñar sistemas de pensamiento y de acción práctica con los que podamos racionalizar el mundo. Stair critica el institucionalismo jurídico porque parece que la formulación, o positivización, de las normas da por hecho esta capacidad. Positivizar una norma supone que podemos predecir el futuro, saber por anticipado que ciertas conductas van a ocurrir, o que si van a ocurrir tienen que ser tratadas de la misma forma. La consecuencia de aceptar esta crítica, según lo ve MacCormick, es admitir que en el ámbito práctico sólo es posible el *orden espontáneo*, es decir, sólo orientamos nuestras acciones por el viejo método de ensayo y error. Sin embargo, MacCormick rechaza esto diciendo que es a través precisamente del discurso práctico como las personas (y los grupos sociales, en general) pueden llegar a un equilibrio. Por supuesto, aunque la positivización implica considerar a los hechos futuros de la misma forma que los hechos pasados, esto no excluye la posibilidad de negociar (o aprender) que hay casos novedosos y que siempre es posible introducir excepciones a los ya previstos. La participación en el discurso práctico promete garantizar el reconocimiento de esas excepciones.

subyacentes como elementos de la justificación de las decisiones jurídicas; recuperando, así, los comportamientos socialmente aceptados y su respaldo moral.

2.2.2. *Los principios jurídicos y los límites de la autoridad institucional*

Los principios jurídicos, nos dice MacCormick [2007a: 29], están en todo el sistema jurídico, y su propósito (igual que el de las reglas y estándares de comportamiento) es establecer juicios de incorrección o desaprobación. Cuando el juez toma una decisión a partir de ellos no está acudiendo a consideraciones morales particulares; al contrario, está resolviendo de acuerdo a los valores o fines que dan sentido al derecho.⁶⁵

La corrección de una decisión, de acuerdo a estos valores y fines del derecho, tiene que ver tanto con las razones como con las motivaciones de los participantes; esto es, con el elemento volitivo de la aceptación interna. Los principios, expresados en un marco institucional como *Derechos fundamentales*, representan límites a la imposición de obligaciones y responsabilidades por parte de la autoridad institucio-

⁶⁵ Para MacCormick [2007a: 42, 46 y 288], la mejor explicación de la validez jurídica de los principios no es la de Hart (de una regla de reconocimiento), sino la de una norma fundamental (como la *Grundnorm* de Kelsen). Si entendemos la Constitución como una norma fundamental; es decir, como una norma superior que otorga validez al resto de normas jurídicas, entonces podemos calificar no sólo la validez jurídica de las reglas y principios desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista de su contenido. Serán válidas *formalmente* en tanto que sean lógicamente consistentes entre sí y se deriven de las normas que establece la Constitución; serán válidas *sustancialmente*, es decir, desde el punto de vista de su contenido, si satisfacen el requerimiento de coherencia y universalidad. Un requerimiento interpretativo, que evalúa si el significado de las normas jurídicas está en armonía con el significado del sistema jurídico en general (*i. e.*, de la Constitución y las demás normas que se derivan de ella) y si las consecuencias que produce son o no aceptables respecto del marco institucional.

⁶⁶ La teoría de la validez jurídica de MacCormick, a grandes rasgos, toma a la Constitución como el fundamento normativo de la institucionalización de la práctica informal. Si mantuviésemos la regla de reconocimiento de Hart, nos advierte MacCormick [2007a: 57s], tendríamos que rechazar que hay una multiplicidad de situaciones y condiciones que generan normas jurídicas válidas. Por ejemplo, la decisión judicial y administrativa, la firma de tratados internacionales, etcétera. La Constitución, en cambio, reconoce todas esas funciones creadoras (o institucionalizadoras) de normas, y se impone además como la norma fundamental a partir de la cual se puede evaluar la validez no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde su aspecto sustancial, *cfr.* MacCormick [2010: 165].

nal. Respetar la esfera autónoma de los participantes es una condición necesaria para que ellos participen en la práctica jurídica (lo cual es una *razón* de participación). Por otra parte, es fundamental para la convivencia social dejar espacio para que cada quien elija libremente su proyecto de vida (lo cual es una *motivación* de participación). Ambos elementos están contenidos en los principios jurídicos (o derechos fundamentales).

Cuando la función coercitiva de las autoridades institucionales se ejerce sobre mis intereses y proyectos de vida, no puedo aceptar seguir las obligaciones que me imponen;⁶⁶ es decir, donde no puedo actuar libremente, como agente autónomo que soy, no puedo respetar las obligaciones que se me imponen. Un rasgo fundamental de las prácticas sociales en que participo es, entonces, que tengan algún límite en la imposición de obligaciones y en el ejercicio de su poder coercitivo.

MacCormick [2007a: 216] entiende la imposición y el castigo como conceptos morales; es decir, conceptos definidos como acciones que resultan en afectaciones a la esfera moral de las personas. De esta idea, por supuesto, se sigue una relación necesaria entre la moralidad y el derecho, cfr. MacCormick [2007a: 215, 242]. Una relación que se da en términos de *justificación*, a saber, donde la autoridad puede *afectar* los intereses y proyectos de vida de las personas, tiene entonces una *responsabilidad especial* de justificar sus decisiones.

Esta responsabilidad suele nombrarse como *pretensión de corrección*, la cual implica un deber institucional respecto de las decisiones jurídicas: todas y cada una

⁶⁶ Yo no puedo tener intereses y proyectos de vida propios si no tengo autonomía y libertad para elegir. De esto se trata en parte la moralidad. Desde luego, si mi proyecto de vida es afectar los proyectos de vida de los demás, no tendré respaldo moral para hacerlo, precisamente porque estoy interfiriendo con la esfera autónoma de otras personas (estoy quebrantando el principio de reciprocidad).

de las decisiones jurídicas deben estar justificadas. Las razones y motivaciones que justifican una decisión se ponen a prueba en los distintos foros de argumentación jurídica (*p. ej.*, en los tribunales). Las teorías del razonamiento jurídico han alcanzado gran relevancia en la discusión filosófica del derecho precisamente porque son ellas las que proponen, defienden y evalúan ciertos métodos y procedimientos argumentativos para justificar las decisiones jurídicas.

2.2.3. *El razonamiento jurídico: el problema de la justificación*

Las razones de justificación en el derecho, aunque están constreñidas a las normas institucionales, son parte del conjunto de razones que constituyen la *razón práctica*, es decir, son razones que pretenden justificar afectaciones (daños, lesiones o limitaciones) a la esfera autónoma de las personas.

El *razonamiento jurídico*, que es la vía institucional mediante la cual se toman y justifican las decisiones jurídicas, es –como lo denomina Alexy [2010]– un caso especial del razonamiento práctico general; o, en otras palabras, el razonamiento práctico es la clase general a la cual pertenece el razonamiento jurídico. Es un caso *especial*, porque el razonamiento jurídico está limitado por normas, procedimientos, agencias y funciones institucionales; mientras que el razonamiento práctico no está sujeto a esas condiciones o constreñimientos institucionales.⁶⁷

⁶⁷ Podríamos decir incluso que en el discurso (o razonamiento) práctico general no hay limitaciones de tiempo ni de información; en este sentido, no hay plazos que cumplir para tomar una decisión, y siempre es posible que nueva información nos lleven a revisar las conclusiones a que habíamos llegado antes. En el derecho, por el contrario, es importante tomar decisiones cuando todavía tiene sentido hacerlo; es decir, cuando hay tiempo de corregir errores o de reparar daños. Y aunque después haya suficiente información para rechazar una decisión ya tomada, la misma práctica jurídica no permitiría modificarla.

Para MacCormick [2007a: 274s], el razonamiento jurídico es la vía institucional por la cual la autoridad cumple con su *responsabilidad especial* de justificar las decisiones jurídicas, y con su *responsabilidad moral* que se sigue de la afectación que produce (o puede producir) en la esfera autónoma de los participantes. Se trata de dos tipos de responsabilidades porque hay dos tipos de órdenes normativos involucrados. La responsabilidad institucional de justificación que impone la práctica jurídica a la autoridad (la pretensión de corrección) y la responsabilidad moral que se sigue de la afectación que sufren los individuos en su esfera autónoma de decisión.

Esta doble responsabilidad hace de la práctica jurídica una práctica esencialmente argumentativa. Una práctica en la que no sólo la autoridad sino también los participantes pueden (y deben) discutir las razones que tienen a favor y en contra de ciertos comportamientos, o de ciertos estados de cosas. Una teoría del derecho que pretenda explicar el carácter normativo de la práctica jurídica tiene que ocuparse también de su aspecto argumentativo.⁶⁸

En la teoría de MacCormick, como ya lo vimos, esta propiedad argumentativa del derecho es la consecuencia de entender a la práctica jurídica como un orden normativo institucional, constituido sobre la base de expectativas de reciprocidad entre los participantes y sus respectivas búsquedas de bienestar.

⁶⁸ Gran parte de la obra filosófica de MacCormick tiene que ver precisamente con este reclamo, *i. e.*, con dar cuenta del aspecto argumentativo de la práctica jurídica. Nada excepto una teoría del razonamiento jurídico puede corregir este defecto en las teorías del derecho (sean o no positivistas). Cfr. Michelon [2009a: 57].

3. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE MACCORMICK

En el capítulo anterior explicamos, con cierto detalle, la teoría del orden normativo institucional de MacCormick. Mencionamos que su propuesta, originalmente positivista, fue comprometiéndose cada vez más con el reconocimiento de valores y principios morales tanto en el diseño como en el funcionamiento de la práctica jurídica institucional. Concluimos ahí que esta postura (llamada *post-positivismo*) implica una tesis mucho más fuerte que la del convencionalismo jurídico tradicional: la práctica jurídica no satisface la exigencia mínima de racionalidad a menos que incorpore una demanda de justificación o *pretensión de corrección*.⁶⁹

Esta tesis, como advertimos desde el principio de este trabajo, implica el desarrollo no sólo de una teoría del razonamiento jurídico, sino también de una teoría del razonamiento práctico y de las capacidades cognitivas y morales de los partici-

⁶⁹ Cfr. MacCormick y Wróblewski [2003].

pantes.⁷⁰ Este es el propósito general de MacCormick: explicar los elementos de justificación de las decisiones jurídicas, vincular esos elementos con una teoría institucional del derecho e integrar esta teoría institucional en el marco de una teoría del razonamiento práctico general. Esta teoría del razonamiento práctico será la base para el reconocimiento de ciertos *criterios de corrección* que habrían de usarse en la función institucional del razonamiento jurídico para satisfacer esa pretensión de corrección.⁷¹

3.1. La pretensión de corrección

La teoría del orden normativo institucional de MacCormick [2008a: 19s] afirma que el derecho es una práctica institucional, autoritativa y heterónoma, dirigida a individuos libres y autónomos. Esta teoría, como dice MacCormick [2003: 543], exige de las autoridades institucionales justificar sus decisiones (*i. e.*, tienen una doble responsabilidad especial derivada de la aceptación interna de las reglas adjudicativas: una *institucional* y otra *moral*), y deben hacerlo sobre la base de ciertos criterios objetivos.

La práctica jurídica, como ya lo vimos, está constituida institucionalmente con el fin de asegurar las condiciones mínimas de convivencia y cooperación social entre los participantes. Esto quiere decir, entonces, que el derecho es un producto tanto de la *razón* como de las *motivaciones* (o sentimientos morales). En consecuencia, una teoría del razonamiento jurídico que explique y diga cuáles deben ser los métodos

⁷⁰ Cfr. MacCormick [2008a: 23 y 2008b: 2].

⁷¹ Esta idea está estrechamente vinculada con la noción de *certeza jurídica*. Para MacCormick [2005: 5, 12, 16], un Estado que asegura las expectativas de los ciudadanos y los mantiene a salvo de las interferencias arbitrarias de los gobiernos es un Estado que permite a sus ciudadanos vivir independiente y autónomamente, en circunstancias de confianza mutua. Lo cual asegura la permanencia de la práctica jurídica.

de justificación de las decisiones jurídicas, no puede descuidar la participación de estos dos elementos.⁷²

MacCormick [1994: 3] acepta que una práctica social, a la que podemos calificar de *racional*, no está dominada exclusivamente por la razón humana; esto es, por el cálculo frío de las expectativas mutuas a la luz de un conjunto de normas institucionales, sino que hay una mezcla entre esas expectativas y los impulsos (o pasiones, en términos de Hume) que gobiernan la voluntad humana. En la mezcla de esos elementos está el *respaldo moral* de una práctica social normativa, véase MacCormick [2005: 19 y 2008b: 2].

Una práctica social constituida entonces para garantizar a los individuos las máximas posibilidades de realización de sus deseos y proyectos de vida, tiene que reconocer (y preservar bajo cierta armonía) esta relación entre la *razón* y las *motivaciones* de los participantes. Lo cual implica, además, el reconocimiento y atribución de ciertas capacidades cognitivas.⁷³

Estos elementos de la racionalidad pueden estar (o están, de hecho) sujetos a controversia. Siempre es posible dudar si son o no suficientes para resolver determinados conflictos (teóricos o reales).⁷⁴ Sin embargo, una de las características

⁷² La tesis de MacCormick [2008b: 2] sobre la posibilidad de una *razón práctica*, tiene que ver justamente con esta idea. El razonamiento práctico no es sólo acerca de la razón, sino también acerca de los sentimientos morales.

⁷³ Para MacCormick [2008b: 2], la razón práctica tiene sentido sólo si se puede atribuir la capacidad de autocontrol.

⁷⁴ Esta característica implicaría, según MacCormick [2005: 16], que no hay un respaldo sólido para la certeza jurídica del Estado de Derecho. Dado que siempre hay espacio para dudar, entonces nunca hay certeza. Sin embargo, MacCormick [2003: 533, 2005: 17] considera a la *argumentación* como una vía racional de justificación, con base en la cual podemos tomar decisiones concluyentes, ajustados claro a ciertas condiciones prácticas (como la razonabilidad, por ejemplo).

fundamentales de los juicios racionales que se forman a partir de estos elementos es que son, por lo menos en principio, *universales*. Esto quiere decir que son aplicables a cualquier situación donde parecen relevantes, y valen para cualquier persona que esté puesta en una situación similar de decisión.⁷⁵

Tomar una decisión con base en estos juicios, precisamente por su carácter controvertible, tiene que estar respaldada por algún *proceso de justificación*. La autoridad que decide lo que es debido en una situación particular tiene que justificar su decisión, es decir, tiene que aportar razones a favor de los juicios que le permiten llegar a esa decisión, véase MacCormick [1994: 14]. En este sentido, el derecho (o el orden normativo institucional) es una práctica social esencialmente argumentativa, que cumple propósitos de justificación o de corrección jurídica.⁷⁶

En la evaluación de las razones que se aportan para tomar una decisión se pueden identificar las preferencias e inclinaciones tanto de los participantes como de las autoridades institucionales. La justificación consiste precisamente en poner a prueba esas inclinaciones y alcanzar una decisión que respete los intereses prácticos comunes.⁷⁷ Una condición necesaria para llevar a cabo esta justificación es la *publicidad de las razones*. Sólo conociendo qué es lo que la otra persona considera como razones de justificación es que podemos argumentar a favor o en contra de ellas.

⁷⁵ MacCormick [2005: 21s] distingue entre dos conceptos (o usos) de *universalidad*. Por un lado, la demanda de universalidad aplicable a las razones (*p. ej.*, donde sea que ocurran las circunstancias *C*, entonces *D*); y, por otro lado, la demanda de justificación como garantía de un juicio universal (*p. ej.*, está justificado que donde sea que ocurre *C*, entonces *D*).

⁷⁶ La propuesta final de la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick [2005: 19] postula que un argumento (o decisión) es racional, y entonces universal, si convence a un auditorio (o espectador) imparcial. La corrección de una decisión jurídica depende de su aceptación por parte del auditorio, que sirve para racionalizar o normalizar las respuestas emocionales en situaciones concretas de decisión. Esta idea la recupera de la teoría de los sentimientos morales de Hume y, sobre todo, de Adam Smith. Cfr. MacCormick [2008b: 1s] y Del Mar [2012].

⁷⁷ Hay una ambigüedad en el término *justificación*. Por un lado, puede entenderse como el *razonamiento* por el cual se establecen las razones que justifican una decisión; y por el otro lado, como el *resultado* de ese razonamiento. Al respecto, véase MacCormick y Wróblewski [2003: 422].

La *argumentación* es el elemento clave en la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick [2003: 533]. La argumentación, por un lado, requiere de un auditorio racional y de un escenario adecuado de discusión (con condiciones mínimas de participación); y, por otro lado, es una práctica social que se lleva a cabo atendiendo a reglas y formas especiales del discurso. Para MacCormick [1994 y 2005], hay dos niveles distintos de argumentación jurídica: el de la *argumentación lógica* (o justificación de primer orden); y el de la *argumentación de coherencia, consistencia y consecuencialista* (o justificación de segundo orden).

3.2. La justificación de primer orden

MacCormick [1994: 19] entiende al proceso de argumentación jurídica como el medio por el cual se toman decisiones jurídicas particulares; es decir, por el cual se decide la obligación, responsabilidad o sanción en un caso particular. El proceso de argumentación jurídica de *primer nivel* es un proceso de justificación lógico-deductivo.⁷⁸

En términos muy simples, podríamos entender este primer nivel de justificación como paso esencial en la corrección jurídica. La lógica deductiva, desde un punto de vista muy neutral, es sólo un modelo adecuado de representación de proposiciones (fácticas y normativas),⁷⁹ que permite evaluar las relaciones que guardan entre sí y

⁷⁸ El rol de la lógica en el derecho (o en el proceso justificativo del derecho), insinúa MacCormick [2005: 30s], es el de evaluar y elucidar los argumentos justificativos, dándole así cierta fuerza demostrativa al razonamiento jurídico, cfr. MacCormick [1992: 181s]. Este es el primer nivel de la universalidad o persuasión racional, cfr. Jackson [1992].

⁷⁹ Por supuesto, se discute muchísimo en la filosofía del derecho contemporánea si es posible o no que existan *proposiciones jurídicas*, cuál sería su *valor de verdad* y cuáles serían sus *condiciones de verdad*. Para entender las posturas clásicas al respecto, véase Navarro [2000] y von Wright [2003]. MacCormick [1992: 194ss] sostiene, igual que lo haría Weinberger, que las proposiciones jurídicas son en realidad interpretaciones normativas, y tienen valor de verdad en tanto hacen referencia a hechos de carácter institucional. Sus condiciones de verdad se corresponden, en este sentido, con las condiciones de realización de esos hechos institucionales.

el apoyo que dan en conjunto a una conclusión particular. En este sentido, la lógica (particularmente, la lógica deóntica) sería usada para *demostrar* la corrección o incorrección de los argumentos jurídicos.⁸⁰

Como sabemos, el proceso lógico de justificación es independiente de la verdad o falsedad de las premisas (*i. e.*, de las proposiciones que usamos en los argumentos). Para saber si alguien realizó o no tal acción (*p. ej.*, si firmó un contrato, si asesinó a una persona, si falsificó un documento, etcétera) tenemos que emplear métodos de descubrimiento; es decir, métodos que nos digan algo acerca de los hechos, cfr. MacCormick [1994: 35]. Para saber si la ocurrencia de esos hechos es una razón suficiente para la aplicación de una norma tenemos que revisar las condiciones de aplicación de la norma e interpretar su contenido o significado. La lógica dice muy poco acerca de esa labor, cfr. MacCormick [1994: 87]. Sin embargo, ya que hemos decidido la interpretación de la norma y confiamos en la verdad de los hechos, entonces podemos usar la lógica deductiva para llegar a una conclusión. El juez puede usar esta conclusión para tomar una decisión (*i. e.*, realizar un acto de habla), por ejemplo, para declarar inocente o culpable a una persona, para imponerle alguna carga de responsabilidad, etcétera, cfr. MacCormick [1992: 191-194].

Pensemos en el siguiente caso. Supongamos que tenemos una norma *N* que establece que es obligatorio sancionar con una pena de diez años de prisión a quien cometa homicidio. Supongamos que el sujeto *a* comete homicidio. La norma *N* contiene tanto una descripción de hechos (*i. e.*, que alguien cometa homicidio) como una consecuencia normativa (*i. e.*, la obligación de sancionar con diez años de prisión). Si se satisface la condición enunciada en la descripción normativa, entonces

⁸⁰ Cfr. MacCormick [1992: 184 y 186].

la norma *N* es aplicable y, por tanto, su consecuencia normativa está lógicamente justificada (*i. e.*, se sigue lógicamente de ese conjunto de premisas). El juez puede justificar su decisión de sancionar con diez años de prisión al sujeto *a* con base en *N* a través de esta relación lógica deductiva.

Por supuesto, este es un ejemplo muy sencillo.⁸¹ Hay casos que involucran más de una norma, o donde el significado de las normas no es claro y se requiere de algún juicio previo de interpretación. También hay casos, que más adelante revisaremos, donde aun si las condiciones de aplicación de la norma son satisfechas, distintas situaciones de excepción impiden aplicar justificadamente la norma. Estos son los casos *límites* del razonamiento lógico deductivo.

En nuestra opinión, y la de MacCormick [1992: 184], estos casos problemáticos no muestran, a pesar de todo, que la justificación lógica sea insuficiente; lo único que muestran es que la justificación lógica deductiva no siempre es suficiente. En todo caso, como apunta MacCormick [2005: 42], la lógica deductiva (o subsuntiva) es el marco en el cual los demás argumentos justificativos de segundo nivel tienen sentido como argumentos jurídicos.

3.2.1. Límites de la justificación lógica

Para MacCormick [1994: 53], el método lógico-deductivo presupone tres operaciones argumentativas: la *relevancia* de la norma, su *aplicabilidad* y la *función institucional*

⁸¹ A esto se puede objetar que de hecho no existen casos así de sencillos. Esta postura, por ejemplo de Atria [2003: 99], alega que no hay un solo caso que sea decidible sólo por la aplicación de un razonamiento lógico-deductivo. En realidad cualquier caso que tengamos que decidir requiere de algún otro argumento justificativo. La lógica, según entiende Alexy [2010], sólo sirve para determinar la corrección interna de la decisión; es decir, su estructura sintáctica, y no su corrección material.

de la autoridad judicial.⁸² El juez tiene la obligación institucional de tomar decisiones con base en las normas jurídicas cuando sean relevantes y aplicables al caso en cuestión. Esta presuposición implica el reconocimiento de validez jurídica tanto de las reglas que imponen esa obligación institucional al juez como de las reglas que establecen las obligaciones de los participantes.

Sin embargo, el problema de la justificación, en ocasiones, desafía esta presuposición de validez jurídica. Hay situaciones de conflicto que requieren precisamente de algún argumento que justifique que las normas aparentemente relevantes y aplicables son (o deben ser tenidas por) jurídicamente válidas. En estos casos, la justificación de la decisión obliga a calificar la validez jurídica de la norma (o conjunto de normas) que ocupa el juez para tomar esa decisión.

Este problema, a decir de MacCormick [1994: 62s], requiere de ciertos *criterios de reconocimiento*. Cuando un juez quiere justificar una decisión jurídica, lo hace apelando a una serie de argumentos justificativos que establecen, entre otras cosas, los criterios de reconocimiento (o de validez jurídica) de las normas. La interpretación judicial, por ejemplo, es un método de justificación que le permite al juez tomar una decisión con base en una norma (o conjunto de normas) que según sus argumentos interpretativos son parte del sistema jurídico. Su decisión, entonces, no presupone la validez de estas normas jurídicas, sino que la establece a través de argumentos justificativos. El razonamiento puramente lógico, que opera sobre la base de ciertas normas presupuestas como jurídicamente válidas, no es una vía por la cual se discuta la validez jurídica.

⁸² En realidad, MacCormick [1994: 54] sostiene que son dos *presuposiciones* del método lógico-deductivo. Primero, la presunción de relevancia y aplicabilidad, y segundo, la presuposición de la tesis de validez. Nosotros consideramos aquí que la relevancia es un presupuesto lógico independiente de la aplicabilidad, y por eso los mantenemos separados. Una distinción parecida puede verse en Wróblewski [1992].

Los argumentos justificativos que debe emplear el juez pueden ser de distinto tipo. Una cualidad general que MacCormick [1994: 64s] encuentra en estos argumentos es, por un lado, la referencia indirecta a principios de derecho y, por otra parte, la relación estricta que guardan con reglas y razones estrictamente jurídicas. Hay conflictos jurídicos que requieren de una justificación con base en normas o razones exclusivamente de derecho; sin embargo, también hay otros casos que requieren de una justificación en términos de principios o razones morales. En opinión de MacCormick [1994: 170], el decisor tiene que acudir a estos principios para calificar la relevancia y aplicabilidad de ciertas reglas jurídicas a un caso particular (*i. e.*, el juez tiene que buscar la garantía jurídica que justifica usar una regla y no otra para responder ante un caso particular).

El razonamiento lógico está limitado inevitablemente a esas presuposiciones de relevancia. La *relevancia* de una norma no se puede determinar por medio de subsunción. Decidir que una norma es relevante para tal situación, y que a partir de ella se puede lograr una decisión lógicamente justificada, es un paso previo e independiente del razonamiento lógico. Decidir que una norma es aplicable a un caso requiere de otros argumentos justificativos, como la *interpretación* de su significado normativo o la evaluación de las *consecuencias* que producirá su aplicación.

El razonamiento lógico también se enfrenta con problemas acerca de hechos (o acerca de la verdad de ciertas proposiciones). MacCormick [2005: 43] encuentra dos tipos distintos de problemas relacionados con los hechos. En primer lugar, los problemas de *prueba*, que son problemas acerca de la evidencia que tenemos para aceptar que una proposición (o serie de proposiciones) es verdadera, por ejemplo, para poder determinar la responsabilidad o culpabilidad de una persona que presuntamente participó en un robo es imprescindible que se demuestre (o se haga

creíble) su participación. De otro modo, la regla que impone una sanción por su conducta no puede ser aplicable. El razonamiento lógico, desde luego, no nos ayuda a encontrar la verdad de estas proposiciones.

En segundo lugar, están los problemas de *clasificación*. Estos problemas ocurren cuando lo que se trata de probar no es la verdad o falsedad de ciertos hechos (o declaraciones de hechos), sino que esos hechos son instancias (particulares) de los términos (universales) que aparecen en el enunciado normativo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una mujer que, en ausencia de su marido, decide embarazarse por inseminación artificial. Aquí no se trata de probar que es verdad que la mujer se embarazó; incluso ella misma lo reconoce sin excepciones. De lo que se trata, más bien, es de probar si la "inseminación artificial" es (o puede considerarse una instancia del) "adulterio". La lógica, de nuevo, no nos ayuda inmediatamente a resolver estos problemas.

Entre estos problemas de clasificación, MacCormick [2005: 43] encuentra un tipo más específico: los problemas de *evaluación* o *calificación*. Estos ocurren cuando en el enunciado normativo no sólo aparecen términos generales (como adulterio, robo, contrato, etcétera), sino que además aparecen términos valorativos (*p. ej.*, razonable, adecuado, equitativo, justo, etcétera). Aquí la investigación acerca de los hechos es sólo el primer paso, y no el último. Se requiere, por tanto, de argumentos no sólo de evidencia sino también de evaluación o calificación, es decir, argumentos que definan lo razonable, lo equitativo, etcétera (que son términos generales de evaluación típicamente vagos) para los que se requiere de alguna interpretación a partir de las opiniones y creencias socialmente compartidas.⁸³

⁸³ Para MacCormick [1994: 68] este problema de *evaluación* muestra una limitación insalvable del llamado *formalismo jurídico*, que exige a los jueces aplicar las reglas (o disposiciones jurídicas) sin llevar a cabo alguna

Estos problemas, claramente señalados por MacCormick [1994: 73], no obligan por sí mismos a rechazar tanto la importancia como la utilidad del razonamiento lógico-deductivo.⁸⁴ Es más, reconociendo estas limitaciones es precisamente por lo que no se puede llevar a cabo una operación lógica sin antes resolver esos problemas.⁸⁵ La teoría del razonamiento jurídico de MacCormick [2007b] representa, en este sentido, una *defensa matizada* del razonamiento lógico-deductivo. En su opinión, la operación silogística es imprescindible en el derecho (así como en otros asuntos teóricos y prácticos, como por ejemplo en la justificación de la verdad de los hechos o en la interpretación del lenguaje natural). Una vez que hemos reunido toda la información (*p. ej.*, cuál es el significado de una norma o el grado de probabilidad de que *x* haya asesinado a *y*), entonces podemos formularlas como premisas de un argumento, y a partir de ellas obtener una conclusión mediante razonamiento lógico, *cfr.* MacCormick [1992].

Donde esta simple operación lógica no es suficiente, tenemos que echar mano de otros métodos de justificación. Algunos hablarán de la verdad de las proposiciones, otros acerca del significado de una norma o de la preferencia de una norma frente a otra, etcétera. A estos métodos, MacCormick [1994: 73] les atribuye una cualidad institucional específica: la idea de corrección. Justificar hacer *x*, significa mostrar que es *correcto y justo* hacer *x*. Donde "justo" habría de entenderse como "de acuerdo al material normativo del orden jurídico".

argumentación o interpretación especial sino solamente guiados por el uso convencional de los términos. La indeterminación semántica de estos términos deja sin respaldo a esta postura, dado que no es posible solamente apelar a usos convencionales del lenguaje, sino que hace falta asignar cierto significado. Esta asignación implica necesariamente algún argumento interpretativo.

⁸⁴ El razonamiento lógico deductivo, concluye MacCormick [2005: 76], es suficiente para justificar una conclusión jurídica, si las premisas de ese argumento están fuera de controversia. Por otra parte, ofrecer un argumento deductivo implica estar dispuesto a ofrecer argumentos de distinto tipo para defender las premisas usadas.

⁸⁵ Respecto de algunas críticas (siete, para ser más precisos) a la defensa matizada de MacCormick, véase MacCormick [2005: 43-76].

3.3. La justificación de segundo orden

Típicamente decimos que las normas jurídicas proporcionan las razones o *criterios de justicia* que el juez debe emplear en su razonamiento jurídico.⁸⁶ Sin embargo, para MacCormick [1994: 73-6] hay dos perspectivas distintas de la justicia. Por un lado, una *concepción formal*, que significa tomar a las normas como elementos (o condiciones) suficientes de justificación. Cualquier caso que caiga dentro de la descripción normativa de la norma, justifica por eso su aplicación. Por otro lado, una *concepción substancial*, que significa, en cambio, revisar las normas a la luz de los elementos particulares del caso. Esto garantiza, en principio, tratar con igualdad a los distintos casos particulares y, además, asegurar que las normas lleven a decisiones justas o, por lo menos, no inconsistentes con otras normas, cfr. MacCormick [2006: 17].

La concepción substantiva de la justicia implica que el juez revise no sólo los elementos de hecho, sino también los elementos de derecho para cada situación particular. Una decisión que tiene como consecuencia la anulación de la validez jurídica de una norma, o la reducción o ampliación de su significado, entraña un proceso de justificación más complejo que en el caso de la aplicación estricta de la norma (*i. e.*, la concepción formal de la justicia). El juez tiene que aportar razones de justificación en la medida que su decisión tendrá efectos normativos, es decir, se impondrá coercitivamente y servirá además para resolver los casos futuros que sean parecidos.

⁸⁶ MacCormick [1994: 73] está siguiendo aquí la distinción clásica de Rawls entre *concepto* y *concepción*. El concepto de justicia, para MacCormick, tiene que ver con la idea abstracta y formal de la igualdad; la concepción de la justicia, en cambio, tiene que ver con el conjunto de reglas y principios *pertenecientes* al sistema jurídico que permiten a una autoridad decidir un caso concreto. Sobre el problema de la pertenencia al sistema jurídico, véase Navarro [2000].

La exigencia que impone la teoría de la justificación jurídica de MacCormick al juez, cuando éste decide apartarse de la norma para resolver de acuerdo a una concepción substantiva de la justicia, es la de ofrecer *buenas razones* y, entonces, *buenos argumentos* a favor de su decisión. El juez que resuelve un caso particular tomando la decisión de no aplicar una norma (o aplicarla restrictiva o ampliativamente) por consideraciones de justicia substantiva, tiene que justificar aún más que si fuese sólo aplicar estrictamente la norma.⁸⁷

Decidir de acuerdo o en contra de las normas jurídicas requiere, primero, de una evaluación de las circunstancias particulares del caso concreto; y, segundo, de una evaluación de la norma en términos de *universalidad*, véase MacCormick [1994: 81s].⁸⁸ Cuando un juez aplica una norma para resolver un caso está ratificando –por decirlo de alguna forma– la validez jurídica de esa norma (o su aplicabilidad universal);⁸⁹ es decir, está reconociendo que la norma jurídica está justificada y protege los valores del orden normativo institucional. Por el contrario, cuando decide apartarse de ella, lo hace como resultado de su evaluación y de sus procesos de argumentación. El juez decide, entonces, que la norma no pasa el test de universalidad, es decir, que no es aplicable para todos los casos. Su contenido normativo, si no es universal, pierde fuerza justificativa, véase MacCormick [2006: 9].

⁸⁷ Los llamados casos *difíciles*, que son aquellos donde la justificación requerida para una decisión rebasa las inferencias lógicas, son entendidos, desde Dworkin [1986], como oportunidades para ofrecer buenos argumentos y buenas razones a favor de una proposición jurídica. Los casos difíciles, dice MacCormick [2005: 50], no producen *mal* derecho, sino que son ocasiones para hacer *buen* derecho.

⁸⁸ Véase MacCormick [2006: 3-21]. El papel que juega la universalidad en el proceso de justificación jurídica es esencial. MacCormick [2005: 99] lo pone muy claro: “[...] no hay justificación sin universalización [...] Para que los hechos particulares –o los motivos particulares– sean razones de justificación, tienen que ser subsumibles a un principio relevante de acción universalmente establecido, aun si el universal es reconocido como derrotable”.

⁸⁹ Desde luego, no es reducible la *aplicabilidad* de una norma a su *validez jurídica*. Sin embargo, ambas propiedades están estrechamente ligadas. Véase Navarro [2000].

El juez tiene que hacer una evaluación de su contenido (de acuerdo a la concepción substantiva de la justicia) precisamente porque tiene la obligación de aplicar las normas consideradas jurídicamente válidas (de acuerdo a la concepción formal de la justicia). Esta presunción de validez puede ser vista, entonces, como una característica *default* del razonamiento jurídico. Vamos a volver a esto hacia el final de este trabajo.

De esta distinción, MacCormick [1994: 84] logra un argumento bastante fuerte a favor del criterio de *universalidad*. No está justificada una decisión jurídica si la norma que se considera aplicable al caso particular no pasa el test de universalidad. Una norma no pasa este test, si su contenido normativo no es aplicable (al menos en principio) a todos y cada uno de los casos futuros en que tuviese aplicación. La aplicación de su contenido, sin embargo, obedece a otras consideraciones, de las cuales se ocupan los argumentos justificativos de coherencia, consistencia y consecuencia. Por supuesto, estos argumentos –como veremos más adelante– se refieren a *normas* y no a *hechos*, para los cuales valen otros tipos de criterios.

3.3.1. Razonamiento jurídico a partir de hechos

Mencionamos arriba que uno de los límites del razonamiento jurídico tiene que ver con *los problemas de prueba*, es decir, con los criterios de que dispone un juez para aceptar o rechazar que una proposición declarativa (*p. ej.*, que *x* asesinó a *y*) es verdadera; o para aceptar su verdad con cierto grado de probabilidad. MacCormick [1994: 87] alega que esos criterios de prueba están relacionados con (o incluso dependen de) juicios (o inferencias) que hace el juez a partir de cómo es el mundo o el estado de cosas actual.⁹⁰

⁹⁰ MacCormick [1994: 87] distingue entre pruebas por razonamiento (o inferencia) y pruebas por hechos. En el primer caso, el juez hace inferencias a partir de los hechos o proposiciones que se consideran verdaderas,

MacCormick [1994: 89] encuentra en el establecimiento de estándares de prueba y en los requerimientos de la carga de la argumentación buenas razones para ofrecer alternativas de justificación jurídica. Estas razones deben ser evaluadas a la luz de ciertas teorías científicas y filosóficas acerca de los hechos, de la atribución de verdad, y las capacidades cognitivas de los hombres. MacCormick señala enfáticamente que el uso de las teorías de razonamiento a partir de hechos tiene la misma importancia que las teorías acerca de las normas. El problema, en su opinión, es que la gran mayoría de los teóricos del derecho han puesto el acento exclusivamente en temas de razonamiento normativo y han descuidado, en consecuencia, el análisis de la justificación en términos de pruebas y la fuerza de la evidencia.

Un método de evaluación de hechos que MacCormick [1994: 90s] recupera de algunas teorías epistemológicas es la *coherencia narrativa*, cfr. MacCormick [1980, 1984],⁹¹ es decir, la coherencia entre lo que se dice que fue el mundo antes y lo que se dice acerca de cómo es ahora, cfr. MacCormick [2005: 214 y 226]. Por ejemplo, si decimos que es verdad que *x* asesinó a *y*, esta proposición tiene que ser coherente con lo que ya sabíamos del mundo antes y lo que sabemos de él ahora: que *y* estaba vivo antes de que ocurriera el presunto asesinato, que *x* estuvo en el lugar y el momento adecuados para cometer el asesinato, que *y* está ahora muerto, etcétera.⁹²

por ejemplo, si hay dos actas de matrimonio firmadas por *x*, de ahí podemos inferir que *x* cometió bigamia. Los hechos por sí mismos no muestran la bigamia, sino sólo una relación causal entre la bigamia y estos hechos independientes. En el segundo caso, en cambio, el juez acepta como verdaderas ciertas proposiciones a partir de ciertos hechos, por ejemplo, del hecho actual y evidente de que *x* disparó a *y* y nada más excepto el disparo fue la causa de la muerte de *y*, podemos decir que *x* mató a *y*.

⁹¹ MacCormick [2005: 189] distingue dos tipos de test de coherencia en la justificación jurídica: (a) coherencia normativa, que tiene que ver con la justificación de las proposiciones normativas o las reglas jurídicas; y (b) coherencia narrativa, que tiene que ver con la justificación de las proposiciones de hecho y la derivación de inferencias razonables a partir de la evidencia.

⁹² Por supuesto, este método no permite al juez llegar definitivamente a una sola proposición de hechos. Decir que “*x* asesinó a *y*” es coherente con lo que sabemos del mundo, todavía es compatible con otras proposiciones, incluyendo, desde luego, la proposición “es probable que *x* asesinó a *y*”.

Aceptar o no una proposición declarativa como verdadera, en opinión de MacCormick [1994: 92], requiere de una justificación que puede lograrse por medio de este método de evaluación de coherencia. Una proposición cuya verdad es coherente con la historia del mundo es más aceptable que una proposición cuya verdad requiere de explicaciones poco probables o que son incompatibles con la historia que conocemos. La coherencia, en virtud de que nuestro conocimiento es falible, es una cualidad que atribuimos a una proposición en términos graduales (*i. e.*, la verdad de una proposición declarativa es más o menos coherente con la información que tenemos acerca del mundo).⁹³

Por otro lado, también son un problema relacionado con hechos los que MacCormick [1994: 93] denomina *problemas de clasificación*. Estos tienen que ver, no con la aceptación de la verdad de una proposición, sino con probar que un cierto hecho o conjunto de hechos son instancias de un término general.⁹⁴ La decisión que toma el juez, en estos casos, depende tanto de juicios acerca de las pruebas como de juicios acerca de su clasificación. Al justificar su decisión, el juez está tomando como base distintos elementos de evaluación (entre ellos, la coherencia, la aceptabilidad, la relevancia y la interpretación). El requerimiento general de esta decisión, como vimos antes, es la universalidad. El juez decide considerando que esa decisión es universalmente aplicable para cualquier otra situación parecida.

⁹³ Según MacCormick [1980: 50], la finalidad de la coherencia narrativa es la de producir evidencia confiable para creer que ciertas declaraciones acerca del pasado son verdaderas. Den Boer [1991: 266] advierte que esta teoría de la coherencia narrativa tiene que completarse con una teoría de las reglas del discurso: reglas que determinen la racionalidad con la cual los agentes pueden recrear la narración jurídica, seleccionar las partes de la narración para consolidar la coherencia, y adaptar las distintas narrativas para alcanzar consenso entre el auditorio.

⁹⁴ En nuestra opinión, MacCormick se equivoca al hacer esta distinción. Por un lado, porque no existen esos *problemas de clasificación*, y por otro lado, porque serían no sólo irrelevantes sino además perjudiciales. Lo que debemos interpretar son los *términos* generales usados en el enunciado jurídico (independientemente de si son de clasificación, como contrato, homicidio, etcétera o si son de evaluación, como razonable, justo, etcétera), para luego decidir si un cierto hecho es o no una instancia de los términos usados. Distinguir entre problemas de *interpretación* y problemas de *clasificación*, y decir que estos son sólo problemas acerca de hechos, deja sin oportunidad de apelar a un tribunal superior en el cual se analicen sólo cuestiones de derecho (y no de hechos).

Esta justificación garantiza tanto la justicia formal (el seguimiento de reglas y precedentes) como la justicia substantiva (la evaluación particular de los casos). En las propias palabras de MacCormick [1994: 99]: "La tesis aquí discutida es por lo tanto una tesis clara y simple. Se trata de que la noción de justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales sea siempre sobre la base de proposiciones universales, a las que el juez está dispuesto a adherirse como una razón para determinar otros casos parecidos y resolverlos en el mismo sentido que el caso presente".

3.3.2. Razonamiento jurídico a partir de normas

¿Qué tipo de argumentación tenemos que emplear, cuando ya se han probado los hechos, para decidir un caso a partir de las *normas jurídicas*? El método lógico deductivo de justificación es útil, como ya lo vimos, hasta que ocurren los problemas de relevancia, aplicación e interpretación. MacCormick [1994: 100] propone algunos criterios para resolver los casos que ya no son decidibles sólo a partir de las reglas de derecho y las reglas lógicas de la deducción.⁹⁵

Estos criterios, MacCormick [1994: 101] los piensa como criterios de *trasfondo*; es decir, criterios que recuperan elementos (o razones) de decisión desde la base de la práctica jurídica (*i. e.*, desde el orden normativo informal).

La justificación de segundo orden tiene que ver, para MacCormick [1994: 101s], con decidir correctamente a partir de ciertos criterios de justificación, por ejemplo,

⁹⁵ Nótese que aquí estamos ocupando la distinción semántica entre *normas jurídicas* y *reglas jurídicas*. Las primeras son proposiciones normativas que pueden o no contener condiciones de aplicación específicas (*p. ej.*, los principios jurídicos). Las segundas, en cambio, son formulaciones normativas generales típicamente condicionales; es decir, formas sintácticas que formulan sus condiciones de aplicación. Por ejemplo, Si ocurren los hechos *h1 ... hn*, entonces debe ser el caso que *c*.

elegir una norma frente a otra, *elegir* apartarse de una norma (o un precedente) que en apariencia es aplicable al caso, *elegir* una interpretación en lugar de otra, etcétera.⁹⁶ Por supuesto, el tipo de razonamiento que se requiere para este segundo nivel de justificación pertenece todavía al ámbito jurídico porque su realización aún está sujeta a ciertos constreñimientos institucionales (como las reglas procedimentales, las cargas argumentativas y los estándares de prueba).

MacCormick entiende esas elecciones como el resultado de un proceso justificativo que surge de una disputa entre por lo menos dos reglas, o dos precedentes, o dos interpretaciones posibles que conducen a decisiones distintas (y, a veces, contradictorias). Resolver qué regla, precedente o interpretación es preferible a otra es algo que compete al proceso justificativo de segundo orden. Un primer método para decidir esa preferencia es el de la *consistencia* entre cada una de esas reglas y el conjunto ordenado de normas jurídicas;⁹⁷ el segundo podría ser el análisis de *coherencia* no sólo con respecto al sistema jurídico, sino también con el mundo (o con el estado de cosas persistente). En tercer lugar, la evaluación de sus *consecuencias* a partir de lo que se considera más deseable, en atención a los valores que constituyen la práctica jurídica.

La coherencia significa para MacCormick, igual que parece significar para Dworkin [1986], *hacer sentido* a las normas jurídicas.⁹⁸ Para ambos, hacer sentido a

⁹⁶ MacCormick [1994: 101]: "si es verdad que justificar la decisión particular implica la afirmación de alguna regla "universal" relevante para el hecho particular, entonces se sigue lógicamente que la justificación de segundo orden se refiere a la elección entre tales reglas".

⁹⁷ Este *conjunto ordenado de normas jurídicas* ya incluye las relaciones de preferencia (o de jerarquía) que suelen caracterizar a los sistemas jurídicos contemporáneos. No todas las reglas jurídicas están en el mismo nivel, ni están en igualdad de condiciones cuando colisionan entre sí. Una regla de nivel constitucional es preferible (o superior, en términos jerárquicos) a una regla de nivel secundario; y lo mismo sucede entre reglas posteriores y reglas anteriores, las primeras son jerárquicamente superiores a las segundas; o entre reglas más específicas y menos específicas.

⁹⁸ Cfr. MacCormick [2005: 189]. En el mismo sentido que Dworkin, MacCormick [2005: 193] reconoce que los principios y los valores cumplen una función no sólo de dirección en la práctica jurídica, sino también de

una norma, o conjunto de normas, es un test justificativo. La elección que resulte más coherente con el mundo y con el sistema jurídico es la decisión justificada. Tomar esta decisión, dice MacCormick [1994: 104], implica *elegir* un patrón de comportamiento como obligatorio desde el punto de vista de la práctica jurídica; es decir, como un comportamiento cuya realización es obligatoria en consideración con los objetivos y valores que persigue el orden normativo institucional.⁹⁹

MacCormick [1994: 105] explica el sentido de esta *elección* no sólo como un razonamiento orientado a *establecer preferencias*, sino más bien como un razonamiento que está dirigido a *justificar* una decisión que involucra elementos consecuencialistas, evaluativos y parcialmente subjetivos.¹⁰⁰ Los juicios consecuencialistas, como más adelante lo veremos, nos ayudan a determinar las preferencias detrás de la elección. La evaluación de esas consecuencias (como deseables y no deseables, o más deseables y menos deseables) tiene como base razones de valor (o razones utilitaristas); y esas razones de valor representan afirmaciones subjetivas acerca de lo que se considera mejor. La disposición (o actitud) moral de acercarse a lo que se considera mejor, como ya lo sugirió Hart, es un elemento imprescindible en la evaluación del comportamiento humano. El hombre no conoce de razones morales independientemente de esa actitud.¹⁰¹

corrección e interpretación. Los principios y valores son indicadores de coherencia (*i. e.*, de *hacer sentido*) en la medida que expresan una forma de vida satisfactoria.

⁹⁹ Cfr. MacCormick [2005: 192, 201s y 203]. La coherencia del sistema jurídico es también un requisito de racionalidad. Aunque no existe un sistema jurídico *perfectamente* coherente, porque además se tienen que renovar y ajustar a nuevas formas aceptables de vida, es un ideal que vale la pena perseguir. De un sistema jurídico se pueden derivar conclusiones: *fuertes*, si es deductivamente; o *débiles*, si es a través de la coherencia. En ambos casos, sin embargo, pueden ocurrir factores de derrotabilidad. Apelar a la coherencia, alega MacCormick, significa dar razones para defender (para hacer más defendible) una decisión jurídica. La decisión más coherente con el sistema jurídico (a la luz de los valores y principios que lo integran), es la más defendible.

¹⁰⁰ En palabras de MacCormick [1994: 106]: "Tomando en conjunto estos tres puntos, sugiero que la justificación de segundo orden tiene que ver con "lo que hace sentido en el mundo", y eso involucra argumentos *consecuencialistas*, los cuales son *evaluativos* y por tanto, en alguna medida, *subjetivos*. Este es el primer elemento esencial de la justificación de segundo orden". Las cursivas están en el original.

¹⁰¹ A esto se refiere, entre otras cosas, la teoría de los sentimientos morales de Hume [1896: Libro III].

En primer lugar, la justificación de la elección *según el test de la coherencia* resulta indispensable para garantizar la realización de los valores y objetivos que pretende la práctica normativa institucional. Esos valores y objetivos no pueden realizarse individualmente, sino conjuntamente, por ejemplo, valores como la libertad de tránsito, o la libertad de pensamiento, o la libertad de profesión son realizables en tanto que forman parte de un conjunto de pretensiones generales acerca de las libertades del hombre. Esta tesis no niega la posibilidad de que ocurran conflictos entre valores u objetivos. Sin embargo, en la solución de esos conflictos no se disminuye su importancia, sino solamente su realización particular, *i. e.*, en el caso concreto.

Según el test de *coherencia*, podríamos decir que una regla que prohíbe a los vehículos de color amarillo circular a más de cincuenta kilómetros por hora, y que lo permite para los vehículos de color verde, es una regla incoherente con el sistema jurídico. Aunque no sea lógicamente incompatible con alguna otra regla del sistema jurídico, la obligación que impone carece claramente de una base razonable: no tiene sentido con lo que sabemos del mundo ni con los objetivos que persiguen las demás normas y valores contenidos en el sistema jurídico. Sabemos que la peligrosidad de manejar a más de cincuenta kilómetros por hora no tiene que ver con el color del vehículo, y sabemos además que prohibir una conducta con base en criterios poco razonables (como el color de los vehículos) lleva irremediablemente a cuestionar su eficacia y no a preservar el orden social. Es incoherente, entonces, porque no tiene sentido desde el punto de vista del sistema jurídico, y además no ayuda a la realización de los fines prácticos del derecho.

En segundo lugar, la justificación de la elección *según el test de la consistencia* está implicada en la noción de racionalidad y sistematicidad de la práctica jurídica. La idea básica es que ninguna norma jurídicamente válida puede ser inconsisten-

te con el resto de normas que constituyen el sistema jurídico. La consistencia, en este caso, se evalúa por medio de la realización simultánea de las conductas o comportamientos jurídicamente obligatorios. Se trata de un criterio de carácter lógico que impide aceptar contradicciones de cualquier tipo.

Según el test de *consistencia*, una regla que prohíbe circular a los vehículos a más de cincuenta kilómetros por hora en cualquier avenida donde hay edificios escolares, es inconsistente con otra regla que permite circular a los vehículos a más de cincuenta kilómetros por hora en una zona amplia de la ciudad, donde hay, entre otras cosas, edificios escolares. En este caso, conducir a más de cincuenta kilómetros por hora en una zona donde hay edificios escolares es una conducta prohibida y, simultáneamente, permitida. La inconsistencia entre ambas normas conlleva a la irracionalidad del sistema jurídico, y por ello, a la pérdida de justificación práctica.

Estas dos propiedades del sistema jurídico (*i. e.*, la coherencia y la consistencia),¹⁰² MacCormick [1994: 107] las interpreta como constreñimientos de la decisión judicial. Cuando un juez no puede deducir de las normas un juicio de deber jurídico (por cuestiones de relevancia o interpretación), no está por eso mismo habilitado para tomar una decisión según lo que le parezca más justo o según sus propias razones de preferencia. El juez tiene que aportar una garantía jurídica; es decir, tiene que apoyar su decisión en razones de tipo jurídico que aseguren el mejor resultado según el conjunto ordenado de normas que define un determinado contexto

¹⁰² MacCormick [2005: 231] encuentra en la razonabilidad (o coherencia) y la racionalidad (o consistencia) los elementos prácticos que justifican tanto la participación de los agentes autónomos en la práctica jurídica como las decisiones autoritativas. Para una discusión más amplia sobre la importancia de la coherencia (tanto *narrativa* como *normativa*) en la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick, véase Van Dunne [2003: 410]. Al respecto, véase MacCormick [1980, 1984] y Michelon [2009b].

jurídico. Su decisión está condicionada a la consistencia y coherencia que guarde con ese conjunto normativo.

El argumento *consecuencialista* (intrínsecamente evaluativo y por eso mismo subjetivo), que corresponde al estado de cosas actual y futuro, y el de *coherencia* y *consistencia*, que corresponde al contexto social y jurídico actuales, se cruzan e interactúan precisamente en el nivel justificativo de los valores jurídicos. Una decisión que tiene como garantía un valor jurídico se justifica con base en los argumentos que demuestren su preferencia y razonabilidad.

3.3.3. Razonamiento jurídico consecuencialista

MacCormick [1994: 116s] advierte que los juicios evaluativos necesarios para mostrar la *preferencia*, *razonabilidad* y *realizabilidad* de los valores jurídicos son intrínsecamente subjetivos, en primer lugar, porque apelan básicamente a las creencias y opiniones normativas socialmente compartidas y, en segundo lugar, porque están condicionados a las capacidades cognitivas y prácticas de los participantes.

Sin embargo, a pesar de este carácter subjetivo, MacCormick [2003: 543] alega que podemos justificar estos juicios evaluativos a la luz de un *utilitarismo ideal de la regla* (*i. e.*, optar por la regla que favorece en mayor medida la realización de los valores y objetivos del derecho), podemos claramente justificar un juicio de valor; aunque no en términos de objetividad, sino en términos de sentido común.¹⁰³ En su opinión,

¹⁰³ Uno de los argumentos más importantes a tomar en cuenta en la justificación de los valores es, de acuerdo a MacCormick [1994: 112 y 133], el argumento de *sentido común*. A diferencia de lo que muchos críticos han pensado el sentido común no es un argumento de mayorías, sino un argumento de razones compartidas, de actitudes sociales e interés público. Sin embargo, buscar justificación en el sentido común por supuesto que se

todas las disputas en el ámbito jurídico pueden adoptar la forma de una disyunción entre dos o más reglas que podrían formularse *universalmente* para orientar una decisión que valdría para todas las ocasiones futuras donde fuese aplicable, cfr. MacCormick [2003: 545]. Usando estas razones utilitaristas ideales podríamos mostrar la preferencia de una regla frente a otra diciendo, por ejemplo, que la primera regla (universalmente formulable) favorece en mayor medida algún objetivo común de la práctica jurídica.

Desde luego, aunque los argumentos consecuencialistas puedan mostrar razones racionales (*rational grounds*) para elegir entre reglas posiblemente aplicables, todavía persiste la objeción de arbitrariedad. MacCormick [1994: 119] se pregunta: ¿cómo discriminar entre dos reglas que superan el test del utilitarismo ideal de las reglas en un nivel apropiado de generalidad? La respuesta está en los argumentos de coherencia y consistencia.

Donde dos reglas son igualmente preferibles, de acuerdo al test utilitarista, la elección de una de ellas será determinada por el test de coherencia y consistencia entre las normas jurídicas (*i. e.*, las reglas, los principios y los estándares de comportamiento) y los hechos relevantes.

La pregunta clave de estos argumentos, por supuesto, es en qué medida las decisiones (y no sólo las jurídicas) pueden estar justificadas por sus consecuencias. MacCormick [2005: 101] rechaza las dos posturas extremas que intentan responder a esta pregunta. Por un lado, la postura que defiende que las decisiones se justifican

acompaña de cierta carga de subjetividad. Los argumentos de sentido común para nada son concluyentes. Además, los juicios evaluativos, con base en los cuales se forman los argumentos de sentido común, no son objetivamente ponderables. Cfr. Michelon [2006].

solamente por sus consecuencias; y, por otro lado, la que defiende que *no* se justifican por cualquiera de sus consecuencias. Ante este panorama, MacCormick [2005: 102] opta por una posición intermedia: que algunas consecuencias *han de ser* relevantes para la justificación de las decisiones jurídicas.

Los problemas de relevancia e interpretación, y algunos aspectos del razonamiento acerca de los problemas de clasificación o evaluación, involucran típicamente cuestiones acerca del curso adecuado del desarrollo jurídico (o consecuencias jurídicamente deseables) en relación con el caso particular a decidir. En otras palabras, cuando se tiene que elegir entre varias alternativas jurídicamente justificadas, es necesario evaluar sus consecuencias MacCormick [2005: 102s].

Estas consecuencias serán las razones de preferencia que habrán de ser usadas para decidir casos futuros; esto es, las decisiones actuales generarán razones universales para resolver en el futuro los casos similares. El problema más importante de este razonamiento, como advierte MacCormick [2005: 103s], es el de calcular las consecuencias de una decisión. Este es el reto más grande (o uno de los más grandes) a que se enfrentan las autoridades institucionales cuando tienen que decidir con base en las consecuencias.

Las consecuencias son evaluadas, según MacCormick [2005: 111s], por medio de un test de *aceptabilidad*. En la actividad judicial, por ejemplo, es muy frecuente encontrar alusiones a la justicia, al bien común y a la convivencia armónica para favorecer ciertas consecuencias como más aceptables (o deseables) que otras. Esto muestra, claro, que no hay un solo criterio de evaluación (*p. ej.*, el placer o la utilidad o la satisfacción de preferencias), sino una multiplicidad de ellos, que corresponde a la filosofía política y a las teorías de la justicia ayudar a determinar.

Lo que tenemos que reconocer, advierte MacCormick [2005: 116s], es que estos criterios de evaluación no son conmensurables. Y tampoco pueden ser medidos según su contribución a la realización de algún otro valor. Sin embargo, en casos específicos, sí se puede llevar a cabo una ponderación (o algún otro procedimiento de conmensurabilidad), que para nada establece juicios de preferencia definitivos.

La idea de *ponderar* o balancear razones, dice MacCormick [2005: 186], es apenas una metáfora, quizás equivocada, cfr. MacCormick [1994: 155], de lo que en realidad ocurre en los escenarios de discusión. Este método de justificación consiste en la asignación de pesos específicos a las razones que tenemos para tomar una decisión, y balancearlas de tal forma que sólo una (o un conjunto de ellas) determine finalmente el curso de acción a seguir, en el sentido de justificar alguna regla aplicable al caso particular. En este caso, la asignación de peso es equivalente a la adscripción de importancia que hacen los participantes a cada una de las razones en disputa.¹⁰⁴ En esta operación está imbricado, desde luego, un cierto grado de subjetividad.¹⁰⁵

Lo que requerimos para adscribir peso a ciertas razones en relación a un caso particular es deliberar sobre la importancia relativa que tienen los distintos factores (por un lado, los motivos y las capacidades cognitivas y morales de los participantes, y por otro, las dimensiones normativas del marco institucional) que entran en el proceso de toma de decisión jurídica. Por supuesto, estas razones no son indepen-

¹⁰⁴ Una de las teorías más desarrolladas y estudiadas sobre la *ponderación* de principios es la de Alexy. Para una revisión breve tanto de lo que significa ponderar principios (o razones) como de la estructura de la llamada fórmula o ley de la ponderación, véase Alexy [2003] y García [2011].

¹⁰⁵ Para Alexy [2003], la ponderación no es más una operación aritmética de lo que es un ejercicio deliberativo. La fórmula de la ponderación es apenas una expresión (o formalización) de un proceso argumentativo mucho más complicado: el discurso jurídico.

dientes de las motivaciones y previsiones que tengan los participantes para considerar un curso de acción, ni tampoco son independientes del contexto jurídico en el que son señaladas. Asignarles un peso no significa determinar su valor absoluto, sino ponerlas en relación y determinar alguna preferencia para un caso o situación muy específica.

El test de aceptabilidad de las consecuencias al que apela MacCormick [1994: 154], aunque opera sobre estos factores subjetivos, no es en sí mismo subjetivo. La objetividad que pretende el modelo de justificación consecuencialista de MacCormick está inspirada en una idea *imparcialidad* que implica una aceptación racional a favor de una decisión (o conclusión) universalizable. En el derecho, como mencionamos antes, algo es universalizable, y entonces imparcial, si su contenido es consistente y coherente con el sistema jurídico, y si además se puede subsumir en los principios y valores que constituyen la práctica jurídica. Independientemente, pues, de las consideraciones privadas que tenga la autoridad institucional.

3.4. Reglas, principios y consecuencias jurídicas

Para MacCormick, los principios no son normas *generales* que se abstraen coherentemente de algún conjunto (o subconjunto) de reglas del sistema jurídico, sino que son normas que subyacen al sistema jurídico, es decir, que dan sustento a la práctica jurídica misma. Poseen entonces tanto fuerza *normativa* como fuerza *justificativa*. Los principios, entonces, obligan por sí mismos y también cuentan como elementos de justificación para las decisiones jurídicas. Una regla, por ejemplo, cuyo fundamento normativo se corresponde con un principio (que es, a fin de cuentas, un valor socialmente reconocido), adquiere por eso mismo carácter normativo. Esto

le permite a la regla ingresar justificadamente al sistema jurídico y servir como un elemento de corrección para una decisión jurídica particular.¹⁰⁶

MacCormick no niega que pueden ocurrir conflictos entre los principios. La justificación jurídica que toma como base el reconocimiento de algún principio jurídico puede ser debilitada, por ejemplo, si una decisión distinta puede lograrse mediante el reconocimiento de otro principio. La pregunta acerca de qué principio tiene preferencia no nos compromete con una ontología de los principios. Como ya lo vimos, MacCormick [1994: 153] pone el peso de la justificación de esta preferencia en las razones consecuencialistas que podamos ofrecer,¹⁰⁷ y también en la evaluación de coherencia y consistencia con respecto al conjunto de normas que integran tanto al orden normativo institucional como al orden normativo informal.¹⁰⁸

3.4.1. Analogía e interpretación

La interpretación, como recurso argumentativo, es esencial en la práctica jurídica. Su uso es permanente en el establecimiento y funcionamiento del orden normativo institucional, desde la formulación de las reglas institucionales (constitutivas, regu-

¹⁰⁶ Los argumentos interpretativos, que ocurren necesariamente cuando se pretende la aplicación de una regla a un caso particular, muestran precisamente esa correspondencia entre reglas y principios jurídicos. La mejor interpretación de una regla sería, pues, la que nos permita subsumirla *claramente* en un principio, cfr. MacCormick y Wróblewski [2003: 429].

¹⁰⁷ Apelar a consecuencias jurídicas es por sí mismo un reconocimiento de los conflictos jurídicos y de la evolución de las formas de cooperación. Para MacCormick [1994: 160], en el caso de la innovación jurídica (o desarrollo institucional de la práctica jurídica), hay decisiones que *convienen* más al estado de cosas futuro que se pretende, y en la medida en que esas decisiones favorecen más al nuevo orden social están más justificadas que otras que no lo favorecen.

¹⁰⁸ En resumen, MacCormick [1994: 161 y 177] alega que apelar a principios es una condición necesaria para la justificación de una decisión jurídica, aunque no una condición suficiente. Porque todavía hay que revisar si el principio sobre el cual se toma la decisión es preferible frente a otro(s). Y esta decisión es, por tanto, un paso necesario en la justificación final de la decisión jurídica.

lativas y terminativas) hasta su aplicación en cada caso particular. Sin embargo, esto no quiere decir otra cosa sino que es un recurso indispensable para cualquiera de los métodos de justificación analizados hasta ahora.¹⁰⁹

En cuanto a la consistencia, como ya lo mencionamos, MacCormick [1994: 195] prefiere entenderla como un mandato: no se deben *contradecir* las reglas de derecho establecidas y vinculantes. Para cumplir con este mandato es indispensable llevar a cabo una interpretación. Es necesario interpretar las reglas jurídicas e interpretar las decisiones jurídicas particulares. Sólo así podemos justificar que las decisiones sean consistentes con respecto a cierto contexto jurídico. Sólo cuando interpretamos una norma; es decir, cuando le asignamos un cierto significado, podemos alegar que alguna disposición es o no contradictoria con lo que alguna norma establece.

Hablar de *interpretación*, desde luego, implica varios problemas. Uno de los más importantes es el de la búsqueda de la mejor interpretación posible. Qué recursos tenemos para decir que N' es una posible interpretación de una norma N; y qué recursos tenemos para mostrar que N'' no es una mejor interpretación que N'. Las posibilidades de interpretación de una norma no están delimitadas exclusivamente por márgenes normativos, sino también por márgenes lingüísticos, de usos convencionales del lenguaje, etcétera. Aunque claro, decidir qué interpretación es mejor que otra no es una cuestión meramente semántica.

¹⁰⁹ En el mismo sentido que MacCormick defendió que el razonamiento lógico-deductivo no es lo único con lo que razonan o deben razonar los jueces, dado que tiene serias y conocidas limitaciones, así también lo piensa respecto de la interpretación. A diferencia de Dworkin, MacCormick [2003: 536] no piensa al derecho solamente como una práctica social interpretativa. La interpretación tiene limitaciones, está condicionada al reconocimiento de valores y objetivos sociales, y está constreñida a las capacidades cognitivas y prácticas de los participantes. La interpretación no puede por sí misma determinar lo que es el derecho en cada caso particular, aunque desde luego es un paso insustituible en esa determinación.

Los problemas de interpretación, en opinión de MacCormick [1994: 203], aunque no pueden eliminarse del todo, tienen que reducirse lo más posible desde el nivel legislativo. Cuando el legislador crea una regla, tiene que asegurarse de que su significado es el más claro posible; de tal forma que sea cada vez menos necesario acudir a sus *intenciones* para desentrañar su significado. Los mejores argumentos interpretativos, dice MacCormick, son aquellos que nos llevan al significado más simple y obvio de las reglas; aunque, claro, esto no siempre es el caso, ni tampoco lo más deseable.

Cuando la interpretación menos obvia es la requerida para justificar una decisión, los argumentos interpretativos tienen que cumplir, por lo menos, dos requerimientos: (1) se debe probar que la interpretación sugerida es posible a partir del uso común de los términos empleados en la regla y (2) se deben ofrecer buenas razones para preferir esa interpretación menos obvia;¹¹⁰ esto es, se tienen que dar razones de racionalidad (consistencia), de razonabilidad (coherencia) y de preferencia (consecuencia).¹¹¹

Un método argumentativo muy recurrido para ofrecer y evaluar razones de interpretación es la *analogía*. MacCormick [1994: 186] considera a los argumentos

¹¹⁰ En el mismo sentido, David O. Brink [2001] asegura que interpretar tiene que ver con reconocer las razones o propósitos del derecho; es decir, interpretar no es solamente decir algo acerca del significado de algún término, sino apelar a las razones del derecho (*grounds of law*) que garantizan una decisión jurídica.

¹¹¹ MacCormick [1994: 207s] apela en esto a los llamados *cánones de la interpretación jurídica*. Estos cánones (o criterios de interpretación) establecen una base convencional al momento de buscar la mejor interpretación de las reglas y de los principios jurídicos. Sin embargo, estos criterios no son definitivos ni poseen prioridad absoluta, sino que son *ejemplificaciones* de las razones consecuencialistas, de coherencia y consistencia que se requieren para justificar un argumento interpretativo, cfr. MacCormick [2005: 138]. MacCormick y Wróblewski [2003: 426] explican estos cánones de la interpretación con base en una tipología más o menos aproximada a los contextos institucionales de interpretación, es decir, al contexto comunicativo le corresponde criterios lingüísticos, al contexto sistemático le corresponde el criterio de consistencia y al contexto teleológico le corresponde, por un lado, el criterio de consecuencia y, por otro lado, el de coherencia.

de analogía como argumentos que dependen de (o sólo hacen sentido si hay) razones subyacentes (*i. e.*, creencias y actitudes socialmente compartidas). Los argumentos de analogía sirven para identificar (en el sentido de trazar una correspondencia entre) esas razones de consistencia, coherencia y consecuencia.¹¹²

MacCormick [1994: 187] piensa los argumentos de analogía como *juicios particulares* acerca de las razones que cuentan para la justificación de alguna interpretación jurídica. En otras palabras, las razones que se dan a favor de una interpretación, evaluadas según el test de coherencia, consistencia y consecuencia, son formulaciones (o particularizaciones) de esas razones subyacentes. Ofrecer una analogía de esas razones no es crear una norma sino particularizar un principio general.

Pensemos, por ejemplo, en una norma *N* que prohíbe expresamente la *sobrepesca*. Supongamos que esta prohibición se sigue del principio de protección al ambiente marítimo. Si quisiéramos interpretar *N* de tal forma que incluyera una prohibición de la *cacería furtiva* tendríamos que dar algún argumento justificativo. Podríamos buscar esa justificación precisamente en una analogía entre las razones subyacentes de *N*. Podríamos decir, quizás, que la razón de prohibir la sobrepesca (*i. e.*, la protección al ambiente marítimo) es la misma (o es análoga) a la razón que tenemos para prohibir la cacería furtiva (*i. e.*, la protección del ambiente marítimo).

Preferir una interpretación ampliativa (que incluya la cacería furtiva) de *N*, frente a una interpretación restrictiva (que no incluya la cacería furtiva), estaría

¹¹² La *analogía*, insiste MacCormick [2005: 206], es un recurso argumentativo que sirve para mostrar que una norma jurídica (regla o principio) cubre nuevas situaciones (*i. e.*, casos irregulados). En este sentido, es usado para llenar las lagunas en el derecho, si acaso existen. Es, además, un argumento dependiente del criterio de coherencia normativa.

justificada sobre la base de que, bajos ciertas circunstancias (por supuesto, universalizables), la razón para la interpretación ampliativa coincide (o es análoga) con la razón por la cual se estableció la prohibición explícita (de la sobrepesca). La analogía, como se ve en este caso, no es acerca de las reglas, sino acerca de las razones subyacentes. Si las razones para ambos casos de prohibición son análogas, entonces está justificado llevar a cabo una interpretación en el mismo sentido.

3.4.2. *Consistencia y coherencia*

MacCormick [1994: 207] reconoce que las posibilidades de interpretación de una norma jurídica (regla, precedente, principio, etcétera) no están completa y absolutamente determinadas. Sin embargo, de esta falta de determinación todavía no se sigue que el juez pueda interpretar discrecional o incluso arbitrariamente. Establecer el significado de una norma, alega MacCormick, entraña razones de justificación capaces de mostrar que esa interpretación es consistente y coherente con el sistema jurídico, en el sentido de que no produzca contradicciones y que sea lo menos costosa para los valores y fines que pretende asegurar la práctica jurídica.¹¹³

La razón detrás de este alegato está en la noción clave de la aceptación interna de los participantes que, como mencionamos en el capítulo anterior, comprende dos elementos: el *cognitivo* y el *volitivo*. El primer elemento nos ayuda a reconocer la obligación que imponen las reglas institucionales, y el segundo nos ayuda a expresar la conformidad que define su carácter normativo. Desde la perspectiva ins-

¹¹³ David O. Brink [2001] da un argumento muy similar a éste para defender una postura *moderada* respecto de la objetividad en la interpretación jurídica. Para Brink, igual que para MacCormick, los criterios de coherencia y consistencia representan elementos de racionalidad y razonabilidad suficientes para calificar a un juicio interpretativo como *objetivo*, al menos en el sentido de que no es producto de meras consideraciones subjetivas.

titucionalista, ambos son parte de la *intencionalidad colectiva* que constituye la práctica jurídica, la cual requiere necesariamente un mínimo de *racionalidad*. Si aceptáramos interpretaciones inconsistentes de las reglas que establecen obligaciones (o responsabilidades, o algún otro estatus normativo), estaríamos obligados a realizar acciones inconsistentes; es decir, acciones que no pueden realizarse simultáneamente. Seríamos, entonces, irracionales.

Por otro lado, la razonabilidad participa como un elemento *práctico* que justifica la realización de las acciones intencionales. Si no fuera razonable o no supiéramos que es razonable actuar de cierto modo, por ejemplo, para preservar un ambiente social de cooperación, entonces no aceptaríamos actuar de ese modo. Si la propuesta de interpretación de una regla jurídica fuera incoherente con el contexto normativo institucional, entonces no serviría para alcanzar la finalidad u objetivo pretendido.¹¹⁴ En este sentido, aceptar tal interpretación sería una manera de no conseguir el estado de cosas deseable; por tanto, actuaríamos irrazonablemente.

Ser racionales y razonables es un presupuesto necesario, no sólo de la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick, sino de su teoría del derecho. Su propuesta institucionalista, como debemos recordar, está precisamente sustentada tanto en la exigencia mínima de racionalidad como en el reconocimiento de ciertos valores y fines hacia los cuales es razonable dirigirse. Su teoría del razonamiento jurídico puede considerarse, en este aspecto, un desarrollo práctico de estos presupuestos.

¹¹⁴ De un sistema jurídico, sostiene MacCormick [2005: 203], se pueden derivar dos clases distintas de conclusiones jurídicas: (1) las *fuertes* por deducción; y (2) las *débiles*, por coherencia. Un modelo de justificación que apela a la razonabilidad, y no sólo a la racionalidad, tiene que reconocer el valor justificativo de estos dos tipos de conclusiones.

3.5. El razonamiento jurídico y la teoría del derecho

MacCormick [1994: 229] advierte constantemente que una teoría del razonamiento jurídico requiere de (y es requerida por) una teoría del derecho. Cualquier versión que se ofrezca del razonamiento jurídico presupone alguna noción (o concepción) del derecho. Por contraposición, cualquiera que sea la teoría del derecho que se defiende tiene que ser examinada en relación a sus posibilidades de justificación jurídica (*i. e.*, a sus capacidades de responder a la demanda o pretensión de corrección).

La teoría del razonamiento jurídico que propone MacCormick no le compromete con tesis fuertes acerca de las capacidades cognitivas y prácticas de los seres humanos. MacCormick, por ejemplo, no defiende que para todo caso haya una respuesta correcta, ni mucho menos que podemos llegar a ella mediante pura reflexión filosófica. Defiende, sin embargo, que cuando estamos frente a casos difíciles el dilema entre seguir una regla específica o apartarse de ella es un desacuerdo práctico, y no un desacuerdo teórico o especulativo.¹¹⁵

Para entender de qué está hablando MacCormick, pensemos en el siguiente caso. Supongamos que podemos determinar con cierta precisión a partir de qué momento un embrión desarrolla su sistema nervioso, lo cual todavía no justifica si el aborto debe o no estar permitido dentro de un contexto normativo institucional. Si lo que tenemos que decidir es la permisibilidad del aborto, entonces no tenemos más remedio que mirar en el contenido normativo del sistema jurídico y resolver con base en argumentos no sólo teóricos (porque claro que será importante

¹¹⁵ Aunque en el derecho, acepta MacCormick [1994: 251], hay desacuerdos especulativos genuinos (*p. ej.*, acerca de la verdad de los hechos o de los testimonios ofrecidos); también hay un área especialmente importante para los desacuerdos prácticos (*i. e.*, acerca de qué decisiones tomar, o qué acciones o cursos de acción seguir).

para esta decisión saber en qué momento el embrión desarrolla su sistema nervioso), sino también (y especialmente) prácticos.

La decisión jurídica tiene que respetar, como ya lo vimos, el principio de universalidad; es decir, tiene que poder aplicarse, por lo menos en principio, a todos y cada uno de los casos futuros semejantes. Y uno puede determinar si una decisión es universalizable o no en la medida en que satisface los criterios de consistencia, coherencia y aceptabilidad de sus consecuencias. Estos tres criterios exigen el reconocimiento de ciertos valores y objetivos propios del marco institucional, los cuales están vinculados necesariamente con la moralidad.

Una teoría del derecho, por ejemplo positivista, que rechace tajantemente esta vinculación necesaria entre derecho y moralidad está, por tanto, limitada en sus posibilidades de justificación. Tiene que explicar, entre muchas otras cosas, por qué sólo las reglas y no los principios tiene un papel justificativo en la toma de decisiones jurídicas, y qué pasa cuando esas reglas no determinan una consecuencia jurídica para un caso particular (*i. e.*, los casos de "lagunas normativas"). Asimismo, tienen que decir algo acerca de la corrección de la interpretación jurídica; puesto que no cualquier interpretación está permitida y esto supone que hay limitaciones (y no sólo lingüísticas) a las posibilidades de interpretación. Además, a fin de cuentas, tampoco dicen cómo pueden satisfacer la demanda o pretensión de corrección jurídica, que es el elemento por el cual los participantes aceptan comportarse de cierto modo y mantener la cooperación entre sí.

La seguridad jurídica, que estaría garantizada mediante la satisfacción de esta pretensión de corrección, es un elemento imprescindible, como ya lo dijimos, en el establecimiento y permanencia de la práctica jurídica, y es quizás el elemento más

importante del Estado de Derecho. Atentar contra este principio de moralidad significa transgredir, en todos los sentidos posibles, el *carácter normativo* de la práctica jurídica.

En resumen, la corrección de una decisión jurídica presupone que hay *criterios de corrección* MacCormick [1994: 255]. Estos criterios, desde luego, no son absolutos ni trascendentales, sino que tienen que considerarse como parámetros de evaluación (o justificación) dentro de cada contexto normativo institucional. Decidir qué es lo jurídicamente correcto en una situación particular no implica decidirlo para siempre o para cada caso que se llegase a presentar. Implica tan sólo que una decisión es *correcta* bajo los márgenes de justificación de esa práctica institucional y a la luz de las circunstancias conocidas.

4. LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN DE MACCORMICK

Ante la postura *ultraracionalista* de Dworkin (*i. e.*, que mediante razonamiento práctico se puede llegar a una única respuesta correcta en cada caso de decisión) y el *irracionalismo* de Ross (*i. e.*, que hablar de justicia –y otros valores– no es más que hablar de emociones y, por tanto, de elementos subjetivos inconmensurables), MacCormick [1994: 265] sostiene que tenemos que preferir una postura *intermedia*.¹¹⁶ Una postura que nos explique que detrás de cada decisión hay juicios evaluativos (intrínsecamente subjetivos) y que la adhesión a ciertos principios en las esferas tanto normativa como evaluativa es parte de nuestra naturaleza racional, cfr. MacCormick [2008b: 45ss].

Somos racionales, dice MacCormick, precisamente porque buscamos justificar nuestras decisiones, porque usamos, por ejemplo, métodos lógicos de deducción

¹¹⁶ Cfr. Michelon [2009a: 60s]. Esta también es la postura *moderada* de Brink [2001] respecto de la *objetividad* en el derecho. Poder justificar, sin que eso signifique descubrir verdades prácticas o morales, es lo que define, según su punto de vista, la racionalidad de la práctica jurídica.

para inferir conclusiones a partir de cierta información, porque identificamos o formulamos expresiones *universales* para dar cuenta de situaciones *particulares*, o porque damos razones de peso para interpretar de cierta manera los términos normativos, etcétera.¹¹⁷ Nuestra racionalidad, advierte MacCormick [1994: 267], no determina una única respuesta correcta en cada caso, aunque sí condiciona o delimita nuestras posibilidades de decisión. Esta delimitación es un producto, desde la perspectiva de MacCormick [1989], de nuestra capacidad para evaluar la *consistencia*, la *coherencia* y las posibles *consecuencias* de nuestra decisión.

Como ya lo vimos, para MacCormick [1994: 270s] estos son los *criterios de corrección* o modos del razonamiento jurídico que muestran la participación indispensable de la *razón* en el gobierno de los asuntos prácticos que ocurren en el contexto institucional. La teoría del razonamiento práctico de MacCormick [2008b: 194s] apela a esta tesis, ya no sólo desde el punto de vista del razonamiento jurídico, sino también desde el punto de vista de los sistemas normativos supranacionales, que tienden a cuestionar la noción de soberanía, cfr. MacCormick [2002]. En este trabajo, sin embargo, no podemos ocuparnos de este tema fundamental en el pensamiento político de MacCormick.

4.1. Particulares y universales

En el capítulo anterior vimos los distintos tipos de argumentación que MacCormick propone para resolver cuestiones jurídicas. Explicamos, primero, el rol que juega el *razonamiento lógico-deductivo* en la justificación de las decisiones jurídicas; y después comentamos que los problemas de *interpretación, clasificación, evaluación y prueba*

¹¹⁷ Al respecto, véase Peczenik [2006].

representan serias limitaciones a este tipo de razonamiento. La argumentación de *segundo orden*, que involucra argumentos de *coherencia*, *consistencia* y *consecuencialista*, es la alternativa de justificación que ocupa MacCormick para resolver esos problemas en términos de *racionalidad* y *universalidad*.

En este último apartado vamos a considerar uno de los problemas fundamentales en la toma de decisión jurídica. La *pretensión de corrección*, como un elemento característicos del *orden normativo institucional*, tiene que ver tanto con las circunstancias particulares del caso (llamémosles *particulares*) como con las reglas, principios y estándares de comportamiento (llamémosles *universales*) que constituyen el sistema jurídico. Tanto los universales como los particulares tienen que ser considerados por el decisor para obtener, por medio de argumentos de primero y segundo orden, una decisión jurídica justificada. Estos dos elementos involucrados en el razonamiento jurídico generan, sin embargo, muchos conflictos, aun en los casos aparentemente fáciles.

Mencionamos en el capítulo anterior que MacCormick [2006: 3] defiende una teoría de la justificación basada en la racionalidad y razonabilidad de las decisiones jurídicas. Una teoría que se enfrente al problema de la *aplicación* de universales a los casos particulares, es decir, al problema de aplicar una regla o un principio para resolver un caso particular de decisión.

Para MacCormick [2006: 20], *justificar* un acto es mostrar que ese acto es correcto; y mostrar que es *correcto* implica cierta objetividad respecto de la obligación (o el deber) de hacer ese acto, lo cual no se puede juzgar sin haber considerado el carácter general del caso y sus circunstancias particulares.¹¹⁸ La apuesta de Mac-

¹¹⁸ Bańkowski [2006: 32], siguiendo a Detmold, enfatiza que sólo los *particulares* nos dan razones para actuar (o para decidir un curso de acción); mientras que los *universales* tratan, más bien, de reducir o eliminar el misterio

Cormick [2006: 4], para defender ese mínimo de objetividad, es por la *universalidad*.¹¹⁹

La universalización no significa otra cosa sino el criterio por el cual se puede aplicar una razón (o una norma, en caso de ser posible una formulación más precisa) a cualquier caso futuro para el que sea, en principio, aplicable. Por supuesto, una razón (o una norma) universal no es por sí misma suficiente para decidir un caso, pueden fácilmente ocurrir problemas de clasificación, de evaluación, de interpretación, de relevancia y de prueba, y entonces estaremos obligados a dar una justificación más allá de la deducción jurídica (o la aplicación estricta de la norma, que es el caso de lo que llamamos antes "justicia formal").¹²⁰

Aceptar que las decisiones para casos particulares pueden usarse como razones (o reglas, o precedentes) para calificar la corrección de casos futuros, en los cuales tendría que emplearse algún argumento de justificación de segundo orden, significa concederle un peso muy fuerte, no sólo al test de universalización, sino también a la corrección jurídica misma. Porque esto implicaría que los casos futuros sean evaluados, al menos hasta donde las circunstancias específicas lo permitan, a partir de estas razones, y no de otras.¹²¹

o lo sorprendente de esos particulares, es decir, ajustar las particularidades del caso al universal. En este sentido parece ir la tesis de Schafer [2006: 205]: es más coherente a la justificación práctica que pretende MacCormick entender el requerimiento de universalización como *particularización de universales* (y entonces dando razones para la acción) y no como *universalización de particulares*.

¹¹⁹ El porqué de la *justificación*, para MacCormick [2006: 17], ya es en sí misma una evidencia de la objetividad del derecho, porque se trata de un requerimiento universal (o universalizable).

¹²⁰ Identificar estos problemas en una situación particular de decisión implica el ejercicio de ciertas capacidades intelectuales y morales (de responsabilidad institucional), porque no es algo que se haga en automático, cfr. Michelon [2006: 120]. Para Bańkowski [2006: 33, 36], *poner atención* a las situaciones específicas requiere de concentración e inteligencia, y no de simple contemplación.

¹²¹ Para Walker [2006: 60s], ésta es precisamente la pretensión de justificación del positivismo jurídico institucional. Si hay *justificación interna* (requerimientos lógicos y constreñimientos institucionales de decisión) y

Estas razones universales tienen fuerza justificativa hasta que se consideran otras razones particulares (aunque susceptibles de universalización) que desplazan o derrotan a esas razones universales. Aceptar una concepción *formalista* de la justicia, como vimos antes, significa darle mayor peso a las razones universales; favorecer, en cambio, una concepción *substantiva*, implica una asignación de peso mayor a las razones particulares.

La postura de MacCormick [2006: 21], al respecto, es muy clara: el punto de partida del razonamiento jurídico justificativo es el reconocimiento de estas razones universales (reglas, principios, precedentes, etcétera), y sólo hasta que ocurren (o son reconocidos) ciertos problemas (*p. ej.*, de interpretación, relevancia o clasificación), es preciso acudir a razones de tipo particular, mediadas por los criterios de corrección, cfr. Bell [2006: 47, 51]. Alegando, con ello, que estas razones particulares valen para todo caso futuro que sea semejante (*i. e.*, son razones universalizables).

4.2. Derrotabilidad jurídica

Hasta aquí, la teoría de MacCormick parece muy fuerte, y de hecho lo es. Salvo ciertas objeciones que se le han planteado, y que nosotros hemos mencionado en los momentos oportunos, sus *criterios de corrección* parecen responder bastante bien a los problemas de justificación de las decisiones jurídicas. En este sentido, su teoría del razonamiento jurídico, íntimamente ligada a su teoría del orden normativo institucional, destaca no sólo a nivel descriptivo (*i. e.*, acerca de cómo razonan las

justificación externa (razones de corrección vinculadas necesariamente con la moralidad), entonces el razonamiento jurídico puede explicarse desde un marco institucional. El test de universalidad implica la consistencia y coherencia, no sólo con respecto a las reglas institucionales (positivadas), sino también con respecto a otros sistemas jurídicos, quizás supranacionales, constituidos institucionalmente.

autoridades institucionales) sino también a nivel normativo (*i. e.*, acerca de cómo deberían razonar).

No obstante esto, y sin otra intención más que la de evaluar el alcance de esta teoría en un escenario muy específico de decisión, vamos a proponer aquí solamente una muy sutil observación. Como es bien sabido, el problema de la *derrotabilidad jurídica*¹²² ha sido planteado de muchas formas, aunque algunas de ellas sólo son reformulaciones o reinterpretaciones del mismo fenómeno. La derrotabilidad, en general, tiene que ver con el incremento de información (*i. e.*, con el aumento de premisas en el razonamiento) y, con ello, con la inaplicación de un término o un enunciado general (*p. ej.*, un concepto o una norma jurídica) previamente aplicado a la situación particular, véase Hage [2003: 223].

Un ejemplo típico de la derrotabilidad es el caso del pingüino. Supongamos que tenemos una fórmula general que nos dice "todas las aves vuelan". Esta fórmula es aplicable para cualquier caso particular de ave; por ejemplo, para un gorrión, un canario, un águila, etcétera. Sin embargo, ¿qué pasaría si tuviéramos en frente de nosotros a un pingüino? Por lo que sabemos acerca de los pingüinos, ellos no vuelan, aunque son aves. Entonces no podríamos usar esta fórmula para señalar una característica de esta ave particular. Tendríamos que decir algo así como que "esta ave no es parte de la fórmula general"; y si no es parte de ella, entonces es una *excepción*. Con lo cual la fórmula general, aparentemente aplicable a todo caso particular, ha fallado, *i. e.*, ha sido *derrotada*, sin que eso signifique que el pingüino haya dejado de ser un ave.

¹²² Este término fue empleado originalmente por Hart [1948] para referirse a los casos de excepción en el derecho. Nosotros usaremos aquí una caracterización *estándar* de este fenómeno normativo, cfr. Van der Torre [1997]. McCormick [2005: 76] es muy consciente de la inevitabilidad de este problema de la derrotabilidad; incluso dice: "todas las declaraciones (*statements*) de hechos institucionales, y todas las declaraciones de normas jurídicas, tienen un cierta cualidad derrotable". Para una discusión más profunda acerca de si este fenómeno normativo es o no una cualidad esencial en el derecho, véase Schauer [2008].

Este es un ejemplo de derrotabilidad precisamente porque muestra cómo, introduciendo cierta información adicional (*i. e.*, que los pingüinos no vuelan), se puede derrotar o anular la aplicación de un enunciado general (*i. e.*, que todas las aves vuelan). En el derecho sucede algo muy parecido.¹²³ Una norma jurídica (regla, principio, precedente, etcétera) puede ser derrotado fácilmente por la introducción de nueva información. Aunque no sólo eso, sino que esa información tiene que estar respaldada por algún argumento de justificación (que muestre por qué esa información adicional cuenta como una excepción).

Necesitamos aquí argumentos de justificación de segundo orden (*i. e.*, de coherencia, de consistencia y de consecuencia) para aceptar, como en el caso del pingüino, que esta excepción es también universalizable. Porque no se trata de que la fórmula general que habla de las aves sea derrotada por un caso súper específico (que no sea capaz de universalizarse), sino que es derrotada por un caso genérico, es decir, por *todos* los pingüinos; del mismo modo en que sería derrotada por *todos* los avestruces o *todos* los emús. Introducir una excepción, entonces, no es apelar a razones particulares sino a razones universales (o universalizables).

Sin embargo, esto supone un problema muy peculiar en la propuesta justificativa de MacCormick. Decidir una cuestión jurídica apartándose de las razones universales requiere de argumentos justificativos de segundo orden. La consideración del conjunto de circunstancias del caso particular, requerida por la pretensión de corrección para decidir con base en el conjunto de universales relevantes, puede llevar al decisor a retractarse de conclusiones jurídicas previas (y dar lugar entonces a la derrotabilidad). Y esta retractación (o anulabilidad), en términos estrictamente

¹²³ Si presuponemos, como parece sensato hacerlo, que nuestro razonamiento acerca de las acciones tiende a incrementarse, entonces lo más confiable es tomar como derrotables a las normas jurídicas. Sin que esto signifique que tienen disminuida su fuerza regulativa. Véase Pollock [1987].

lógicos, supone un problema de inconsistencia. Por lo tanto, podríamos decir que la derrotabilidad jurídica es un obstáculo al requisito de consistencia que demanda MacCormick.

Una regla jurídica puede obligar al decisor, por ejemplo, a imponer una sanción de diez años de prisión a quien cometa un homicidio bajo ciertas circunstancias; sin embargo, aun si todas (o algunas) de esas circunstancias ocurren, nada excluye la posibilidad de que existan otras circunstancias (no previstas por la regla aplicable al caso) que generen duda acerca de si está o no está justificado decidir el caso conforme a esa regla. Tales circunstancias adicionales (que interpretamos como *información adicional*) pueden llevar al decisor a tomar una decisión distinta de la que establece la regla. Si esto ocurre, y en opinión de MacCormick se genera otra regla (más específica, aunque igualmente universal), entonces diríamos que la primera regla fue derrotada por la segunda.

Esas circunstancias adicionales son tomadas como razones a favor de una decisión que es contraria o por lo menos incompatible con la decisión que se sigue de una regla presuntamente aplicable.¹²⁴ Estas circunstancias adicionales, que cuentan en conjunción como *excepción a la norma*, obligan al decisor a retractarse de conclusiones válidas, mandatadas por la regla presuntamente aplicable.

Justificar la inaplicación de la regla no es un problema para MacCormick, en tanto que él acepta que hay ocasiones donde apartarse de una regla es lo correcto. Para eso sirven precisamente los argumentos justificativos de segundo orden. No obstante, nuestro alegato es más técnico en este aspecto. Diremos que la derrota-

¹²⁴ Al respecto, véase Sartor [1993] y Royakkers y Dignum [1993] y MacCormick [1995].

bilidad (en su versión *implícita*) supone la violación del criterio de *consistencia* tal y como es usado por MacCormick. Nosotros queremos defender, entonces, que la consistencia de la que habla MacCormick debe entenderse desde una perspectiva de *razonamiento derrotable*,¹²⁵ y no desde el clásico *razonamiento lógico-deductivo*.

4.2.1. Derrotabilidad jurídica explícita e implícita

MacCormick [2005: 240s.] distingue entre *derrotabilidad implícita* y *derrotabilidad explícita* de reglas jurídicas. La primera tiene que ver con el hecho de que las circunstancias excepcionales no están consideradas (o reconocidas) previamente por la autoridad legislativa, sino que son apenas conocidas cuando ocurren en un caso particular y obligan al decisor a considerarlas *in novo*. Por el contrario, cuando las circunstancias excepcionales ya son reconocidas por la autoridad legislativa (y están ya enunciadas en otra regla, o en los estatutos o precedentes), entonces los casos en que la regla es derrotada no son en absoluto novedosos.

Pensemos en el siguiente caso. Una regla jurídica R prevé como consecuencia jurídica de un homicidio la imposición de diez años de prisión; mientras que una regla R^* reconoce *explícitamente* que el homicidio en defensa propia es una excepción a la conducta considerada en R . En un caso particular, donde alguien comete homicidio en defensa propia, R^* derrotará a R ; y lo hará explícitamente. El juzgador tendrá que identificar ambas reglas, interpretarlas bajo las condiciones particulares del caso, y si decide que este homicidio está regulado por R^* y no sólo por R , la decisión que tome estará predeterminada por una relación de preferencia entre R^* y R .¹²⁶

¹²⁵ Por ejemplo, Reiter [1980], Pollok [1987] y Nute [2003].

¹²⁶ MacCormick [2005: 239-247] añade a los casos de derrotabilidad jurídica un elemento *pragmático*. Él considera que las circunstancias excepcionales, ya sea que estén o no reconocidas explícitamente en otras reglas

En el siguiente caso, en cambio, hay una excepción *implícita*. Supongamos que alguien cometió homicidio, y no lo hizo en defensa propia sino para salvarle la vida a su hija, que era amenazada por la víctima. Ante tales circunstancias es necesario echar a andar un razonamiento jurídico mucho más complejo. El decisor tiene que considerar las reglas jurídicas que castigan el homicidio, los principios jurídicos que permiten a los ciudadanos protegerse de daños en su persona y en la de otros, que les impiden hacerse justicia por propia mano, etcétera. Si al final de todo este razonamiento el decisor argumenta convincentemente que la regla jurídica R es inaplicable debido a que *el homicida* tiene un derecho de ejercer violencia sobre la víctima para evitar un daño sobre su hija, entonces la aplicación de R será desplazada por una regla R^{**} , que no está prevista en el sistema jurídico, aunque sí está validada por algún argumento justificativo de segundo orden. Esta regla R^{**} , que se genera como consecuencia de un procedimiento de justificación jurídica (y que es, por eso mismo, universalizable), servirá para decidir éste y otros casos futuros.

Este tipo de derrotabilidad delata que *siempre y sin excepción* todos los universales son susceptibles de ser derrotados. Esto se debe a que es imposible para los seres humanos predecir todas las circunstancias excepcionales que podrían derrotar una norma jurídica.¹²⁷ Lo cual para nada implica que todas las circunstancias excepcionales estén libres de justificación; al contrario, para considerar que algo es

o algún otro material jurídico, tienen que ser alegadas por las partes en litigio. En su opinión, los casos de derrotabilidad (aunque tal vez no todos) ocurren cuando una de las partes hace un reclamo (o una afirmación) y la otra impone un alegato (*i. e.*, alega alguna excepción); por supuesto, todavía puede ser que la otra parte oponga algún contra-alegato, y así sucesivamente, hasta donde lo permita el procedimiento judicial. Este elemento pragmático (o dialéctico) no tiene, en nuestra opinión, ninguna participación esencial en los casos de derrotabilidad. La derrotabilidad jurídica puede plantearse incluso teóricamente, sin que haya necesidad de que se lleve el asunto ante un tribunal. Además, las partes podrían o no reconocer que tienen un alegato a su favor. El interés filosófico que tenemos en este problema no está condicionado, pues, a esas posibilidades de reconocimiento que tengan las partes en una situación de conflicto particular.

¹²⁷ R podría contener una descripción de todas las circunstancias excepcionales conocidas (*p. ej.*, $c1$, $c2$, $c3$, ..., cN) y aun así cabría la posibilidad de que ocurra cN' y haga entonces a R inaplicable. No hay, por más que se intente, una formulación tan exacta y específica (que sea todavía *universal*) que pueda contener todas y cada una de sus excepciones posibles. Esto es precisamente lo que quiere decir MacCormick [2005: 241, 244] cuando

una circunstancia excepcional (ya sea implícita o explícita) se requiere de argumentos justificativos.

4.2.2. Inconsistencia y razonamiento derrotable

Como bien lo dice MacCormick [2005: 243]: "este punto de vista de la derrotabilidad conecta con una perspectiva relacionada con un problema omnipresente que tiene que ver con la formulación o articulación del derecho. El problema está en un aspecto tal de límites a la exactitud o exhaustividad en las declaraciones de derecho, y en otro aspecto tal de la confiabilidad con la cual uno puede deducir inferencias a partir de las declaraciones expresas en las cuales el derecho está formulado", cfr. Baker [1977: 31s].

Esta carencia de exactitud o exhaustividad, que se expresa en el uso de términos generales (*p. ej.*, homicidio, culpa, contrato o responsabilidad), que permanecen abiertos a nuevas interpretaciones, nos impide, hasta cierto punto, deducir consecuencias jurídicas simplemente introduciendo la información que tenemos del caso. Ese *punto* que permite la justificación lógica de primer orden es lo que podemos llamar "presunción de aplicabilidad".

Presuntivamente, diría MacCormick [2005: 245], las disposiciones jurídicas son aplicables a un caso concreto. Esto quiere decir que, por ejemplo, un contrato es jurídicamente válido, y sujeto entonces a ciertas disposiciones jurídicas, hasta que no se pruebe la ocurrencia de circunstancias anómalas que generen alguna excepción a esa disposición. Lo mismo sucede con las reglas jurídicas. Cuando se

afirma que las reglas jurídicas (y otros materiales normativos) contienen tan sólo condiciones *ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes*.

intenta la aplicación de alguna regla para resolver un caso particular se *presume* que es aplicable, hasta que saltan excepciones y se pone en duda si la justificación de una decisión está determinada por esa regla jurídica. La presunción de aplicabilidad es una característica *default*, igual que la presunción de validez para los hechos institucionales, que está sujeta a la ausencia de esas circunstancias excepcionales.

El juez que tiene que decidir lo que se *debe* en una situación concreta, toma como *aplicables* ciertas normas jurídicas (*p. ej.*, reglas de competencia, reglas procedimentales, reglas que constituyen obligaciones, etcétera), e intenta resolver esa situación a partir de su contenido normativo. Esta aplicabilidad cuenta como un *supuesto* (o lo que nosotros podríamos llamar, en un lenguaje más técnico, una presunción de *normalidad* o *default*) en el razonamiento jurídico.

Que el juez tome como *default* a la regla jurídica *R* y la considere entonces aplicable a un caso concreto, no lo compromete todavía a que *R* sea, una vez consideradas todas las circunstancias relevantes y llevado a cabo todos los argumentos justificativos necesarios, la regla definitivamente aplicable. Si asumiéramos una perspectiva de lógica clásica, tendríamos que rechazar esta posibilidad, porque una vez tomada en cuenta *R* como aplicable al caso, ninguna información adicional podría invalidar su aplicación. La conclusión a la que se llegue en el razonamiento jurídico a partir de *R* tendría que mantenerse a pesar de todo.¹²⁸ Incluso si nuestros argumentos justificativos mostraran que *R* no es aplicable.¹²⁹

¹²⁸ Pensemos, por ejemplo, en el siguiente argumento: "Si Sócrates es hombre y todos los hombres son mortales, entonces Sócrates es mortal". Si añadiéramos a este argumento la premisa "Sócrates está casado", la conclusión, "Sócrates es mortal" no deja de ser derivable. ¿Qué pasaría, en cambio, si añadimos "Sócrates no es mortal"? La respuesta varía, dependiendo del sistema lógico que usemos. Desde un sistema clásico, que incorpora el principio del refuerzo del antecedente, seguiría derivándose "Sócrates es mortal", dando lugar, por tanto, a una inconsistencia interna.

¹²⁹ Como bien lo dice Brožek [2003: 71], "cuando uno acepta la teoría de las reglas y los principios [como ya vimos que es el caso de MacCormick], la derrotabilidad ha de ser vista como una propiedad esencial de las reglas

Desde esta perspectiva clásica, R sería aplicable (por *default*) e inaplicable (después de nuestros argumentos justificativos). De lo cual se seguiría, entonces, una inconsistencia lógica en relación con la aplicación de una regla jurídica.¹³⁰ Y esto es precisamente lo que parece no aceptar la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick.

Para algunos autores por ejemplo Prakken [2007: 59], sólo mediante lógicas derrotables podemos evaluar la consistencia del razonamiento jurídico,¹³¹ es decir, una lógica que tome en cuenta toda la información disponible en cada paso de la derivación, y que permite además anular las conclusiones previamente justificadas una vez que introducimos cierta información adicional (*i. e.*, circunstancias excepcionales).

jurídicas". Una regla general, como dijimos acerca de las aves, no puede contener todas sus posibles excepciones, y menos aún si hay normas jurídicas mucho más generales (como los principios) que pueden introducir excepciones a su determinación normativa. Aunque se discute mucho si puede haber excepciones a principios, hay varias sugerencias a favor, por ejemplo, Hage y Peczenik [2000: 308s].

¹³⁰ Podríamos decir, como Bayón [2002], que esto no es el caso. Que, más bien, N nunca fue aplicable, y entonces nunca fue inconsistente con su inaplicación; y, por tanto, nunca tuvo lugar el fenómeno de la derrotabilidad. Esta opinión puede sostenerse, desde luego, a costa de rechazar lo que nosotros hemos denominado "default"; es decir, bajo la condición de eliminar los supuestos de normalidad en el razonamiento jurídico. Porque es precisamente cuando suponemos que una acción (*o. ej.*, que x asesinó a y) es incorrecta por lo que la consideramos, al menos *prima facie*, como un delito, que hay una regla jurídica que dispone alguna consecuencia normativa, que debe además respetarse esa regla porque de eso depende que los demás actuemos de cierta forma (*i. e.*, que preservemos ciertas expectativas de comportamiento), que garanticemos, en fin, la aceptación de obedecer las normas jurídicas. Rechazar tajantemente este supuesto de normalidad, implicaría que para cada situación particular tengamos que esperar hasta que una autoridad realice su función institucional (de decisión y justificación) para saber las consecuencias que se siguen de ciertos comportamientos. Y esto, aunque no parece tan difícil de aceptar, sí parece ir en contra de nuestras intuiciones prácticas como participantes de la práctica jurídica. Cuando sabemos que alguien asesinó a una persona, casi inmediatamente pensamos que cometió un homicidio y que, probablemente, vaya a prisión por ello. Este razonamiento default, que para nada condiciona al razonamiento jurídico institucional, es un respaldo a nuestras expectativas mutuas y, por tanto, a la aceptación interna de la práctica jurídica.

¹³¹ Una lógica clásica es un sistema cuya relación de consecuencia lógica satisface la siguiente propiedad: "si $\Gamma \vdash \varphi$ y $\Gamma \subseteq \Delta$, entonces $\Delta \vdash \varphi$ ". Una lógica es no-clásica si carece de esta propiedad. En términos más simples, esto significa que, bajo un esquema de deducción clásico, si una conclusión se deriva de un conjunto de premisas, entonces esa misma conclusión se sigue derivando de ese conjunto de premisas, aun cuando se añada nueva información. En un esquema no clásico, esa misma conclusión podría ya no derivarse de ese conjunto de premisas precisamente por esa información adicional. Cfr. Pollock [1987: 484].

Mediante un razonamiento derrotable, la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick podría expresar los casos de anulación de conclusiones previas (*p. ej.*, que la conducta *C* a la luz de *R* es *D*) para favorecer, a través de argumentos justificativos de segundo orden, que la conclusión *correcta* se sigue de otra norma, o de una interpretación distinta de esa norma (*i. e.*, que *C* a la luz de *R'* no es *D*).

Nuestra opinión al respecto, es la siguiente. El criterio de *consistencia* que usa MacCormick (*i. e.*, ausencia de contradicciones) requiere de una forma de razonamiento que exprese adecuadamente la relación entre cierta información disponible y las conclusiones a las que se puede llegar a partir de ella, sin que eso implique necesariamente que la introducción de nueva información no sea capaz de anular esas conclusiones. El juez que comienza su razonamiento jurídico presuponiendo que ciertas normas son aplicables al caso, tiene que ser capaz de retractarse de sus conclusiones una vez que ha justificado que alguna información no considerada previamente es una excepción a esas normas, sin que esto signifique que ha llegado a una contradicción y, por lo tanto, a una inconsistencia.¹³²

El decisor puede considerar inconsistencias *internas*, es decir, dentro del argumento jurídico, sin que esto entrañe inconsistencias en la conclusión. En otros términos, aunque tengamos ante un caso particular una regla presuntamente aplicable y, después, una regla justificadamente aplicable, que llevan a conclusiones

¹³² Aceptar inconsistencias internas (*i. e.*, dentro del argumento jurídico) nos permite dar cuenta de genuinos dilemas normativos (*p. ej.*, si una norma establece que "es obligatorio declarar las percepciones superiores a diez mil pesos mensuales", y otra norma, que puede ser el resultado de algún razonamiento justificativo, establece que "si alguien es miembro de una asociación civil, entonces no es obligatorio declarar sus percepciones", ¿qué pasa entonces si alguien percibe más de diez mil pesos mensuales y, adicionalmente, es miembro de una asociación civil? Aunque hay posturas que rechazan tajantemente la existencia de genuinos dilemas normativos, aquí vamos dejar la discusión abierta.

diferentes (*i. e.*, inconsistencia interna), desde una perspectiva de razonamiento derrotable, no se sigue ni que tengamos que aceptar una conclusión contradictoria ni que tengamos que rechazar que para ese caso existe una regla presuntamente aplicable (*i. e.*, información previa) contra la cual hay que argumentar. El criterio de *consistencia* que parece defender MacCormick es mejor caracterizado, entonces, desde una perspectiva derrotable.

4.3. Excepciones y justificación

Aunque MacCormick [2005: 252] sostiene que la idea de la derrotabilidad no tiene que ver con las reglas o los derechos ni con los estatutos o los precedentes, sino con una formulación o una interpretación particular de ellas, las *formulaciones* o *interpretaciones* son derrotadas cuando se alegan excepciones jurídicamente justificadas, cfr. MacCormick [2005: 253]. Estas excepciones, desde luego, tienen un carácter particular; es decir, son peculiaridades del caso en cuestión. Y precisamente por eso representan un reto a la idea de universalidad que desea mantener. En su opinión, las reglas, precedentes, estatutos y disposiciones jurídicas mantienen su carácter universal en la medida que expresan condiciones generales y poseen respaldo institucional. Los particulares que derrotan sus formulaciones son generadoras también de universales; *i. e.*, la decisión que toma el juez de inaplicar una norma jurídica (sobre la base de algún argumento justificativo) es un juicio universal, que permite juzgar casos futuros de la misma manera. En este sentido, los universales derrotables, como concluye MacCormick [2005: 253], también son universales.

La propiedad argumentativa de la práctica jurídica es la garantía, y una muy razonable, de que las decisiones jurídicas no son decisiones discrecionales. Cuando un juez decide qué circunstancia o conjunto de circunstancias representan una

excepción a la norma (o a la disposición jurídica), no lo hace con base en sus criterios privados o en consideraciones exclusivamente subjetivas; por el contrario, tiene que justificar, con base en los criterios de corrección (*i. e.*, en argumentos de coherencia, de consistencia y de consecuencia), que esas circunstancias son restricciones al alcance normativo de la norma jurídica.

CONCLUSIONES

La teoría institucionalista del derecho de Neil MacCormick recupera, en primer lugar, el proyecto positivista del convencionalismo jurídico de Hart, e integra, al mismo tiempo, las tesis fundamentales del institucionalismo social y del razonamiento práctico con el propósito de dar cuenta del problema de la justificación jurídica. Una de las características más notables de esta teoría institucional del derecho es que reconoce valores de moralidad no sólo en la constitución de la práctica jurídica sino también en su funcionamiento.

A través de la idea de actos institucionales de Searle y la noción de acción institucional de Weinberger, MacCormick explica la existencia y finalidad de los elementos normativos que operan en el sistema jurídico. Estos elementos explican, desde el aspecto ontológico, la realidad institucional de la práctica jurídica. Por otra parte, con ayuda de las teorías del razonamiento moral de Hume, Smith y Kant, y del razonamiento jurídico de Alexy, Summers y Dworkin, MacCormick propone una teoría del razonamiento práctico institucional que cumple con el objetivo de brindar criterios de corrección para la toma de decisiones jurídicas. Desde esta perspectiva de valores morales y fines prácticos del derecho, la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick sostiene la tesis de que la exigencia de justificación de las decisiones jurídicas se cumple mediante dos niveles distintos de argumentación. El primero

es el de la justificación lógica; y el segundo, el de la justificación práctica, que comprende, a su vez, argumentos de consistencia, coherencia y consecuencia.

i. Las fuentes del institucionalismo jurídico

Aunque MacCormick acepta de la propuesta convencionalista de Hart que las razones utilitaristas de cooperación y convivencia pacífica son la fundamentación racional de la participación en la práctica jurídica, descreo que sean suficientes para explicar el carácter argumentativo y, desde luego, justificativo de las funciones institucionales de toma de decisión jurídica. La teoría del derecho de Hart, aunque parece exitosa en cuanto a la fundamentación estrictamente convencional de la práctica jurídica, y de su distinción con otros órdenes normativos (como la religión y la moralidad), no parece dar cuenta ni del reconocimiento de principios jurídicos ni de los métodos de justificación jurídica (que se oponen a la tesis de la discrecionalidad judicial, vagamente defendida por Hart).

Por otra parte, esta teoría convencionalista, aunque deficiente en relación con el problema de la justificación jurídica, es muy atinada en cuanto a descifrar la propiedad normativa del derecho. Algo es obligatorio, diría Hart, si es aceptado desde el punto de vista interno de los participantes. Lo cual se puede explicar y reconocer tanto en los comportamientos (*p. ej.*, cuando alguien firma un contrato o paga sus impuestos) como en ciertas emisiones de habla (*p. ej.*, cuando alguien acepta contraer matrimonio o cuando declara su inocencia ante una corte).

Realizar exitosamente este tipo de acciones cooperativas o actos de habla depende de la existencia de ciertas reglas, a las que Searle llama reglas institucionales. Estas reglas definen y regulan las instituciones, y a través de ellas se interpretan

estos hechos, dándoles entonces un carácter de hechos institucionales. Un conjunto de reglas institucionales dan lugar, finalmente, a un contexto institucional, con base en el cual las acciones de los participantes serán interpretadas y evaluadas. Sin este contexto institucional, esas acciones, que presuponen una intencionalidad tanto individual como colectiva, apenas podrían considerarse actos racionales, es decir, actos orientados a fines u objetivos prácticos.

Para la teoría de la acción de Weinberger, lo que justifica una práctica social institucional, por ejemplo, el ajedrez, el lenguaje o el derecho, es la obtención o realización de ciertos fines hacia los cuales está dirigida alguna determinada intencionalidad. La práctica social será racional en tanto sirva para obtener o realizar esos fines para los cuales se ha institucionalizado. Tomando en conjunto estos fines y la intencionalidad de los agentes, la práctica institucional puede ser calificada como racional o irracional, y cada una de las acciones (y decisiones) particulares pueden ser evaluadas como correctas o incorrectas.

Las reglas institucionales que imponen obligaciones están justificadas en la medida que restringen las opciones de los participantes de llevar a cabo acciones que impidan la realización de esos fines institucionalmente reconocidos. Cuando alguien atenta contra estas obligaciones, decimos que está llevando a cabo un comportamiento incorrecto. Ese juicio de incorrección, por supuesto, no puede sino ser emitido desde un cierto contexto institucional. Este contexto opera, según la propuesta institucionalista de Weinberger, como un marco general para la acción; es decir, como un marco para la creación, interpretación y regulación de ciertos comportamientos. Las reglas institucionales, desde la perspectiva de Weinberger y MacCormick, no sólo crean obligaciones sino que también establecen posibilidades de acción (*p. ej.*, constituir una empresa o adquirir derechos de propiedad o terminar obligaciones contractuales).

El marco normativo institucional, según lo defiende MacCormick, constituye y regula estas obligaciones y posibilidades de acción únicamente si preserva un requisito mínimo de consistencia lógica y coherencia normativa. Esto significa que las reglas institucionales no pueden regular de forma contradictoria o mutuamente inconsistente las mismas acciones. De hacerlo, fallaría en su pretensión de racionalidad. En este sentido, si alguna de las reglas fuera incoherente o no estuviera en armonía con respecto a las demás reglas que integran el contexto normativo y los fines que le constituyen, entonces la realización de la acción regulada carecería de razonabilidad.

Decidir si las acciones son incorrectas o no, o si hay inconsistencia o incoherencia dentro del marco institucional, es algo que las autoridades institucionales llevan a cabo mediante algún razonamiento práctico institucionalizado. Para ello deben ocupar formas de argumentación que les permita construir y evaluar sus decisiones. MacCormick, al respecto, propone una teoría del razonamiento jurídico que asume una perspectiva interna de la práctica jurídica. Esta teoría pertenece, y al mismo tiempo da forma, a una teoría del derecho que interpreta a la práctica jurídica como un orden normativo institucional, y no sólo como un marco general para la acción.

ii. El orden normativo institucional

El orden normativo institucional está constituido y regulado por tres tipos distintos de reglas institucionales: las constitutivas, las de consecuencia y las terminativas. Ellas constituyen instituciones y reglas de obligaciones y facultades, establecen las consecuencias o efectos jurídicos que tendrán ciertos actos o hechos institucionales, y establecen los medios para conseguir que esos actos o hechos institucionales dejen de tener efectos jurídicos.

Desde la perspectiva del usuario de normas, estas reglas en conjunto establecen o permiten alcanzar fines y valores sociales. El participante acepta comportarse de acuerdo a ellas porque entiende las obligaciones que le imponen, y porque desea el estado de cosas que se produce con su cumplimiento. El derecho, entonces, tiene que ser entendible y deseable para todos (o al menos la mayoría de) los participantes. Donde no hay razones suficientes para preservar un estado de cosas tal en el que predomine la cooperación entre los participantes, no hay entonces un orden normativo. Esto explica por qué los requisitos mínimos de racionalidad y razonabilidad son indispensables para constituir y preservar un cierto contexto normativo.

MacCormick sostiene que un orden normativo institucional no se crea espontáneamente, sino que tiene una base histórica más o menos evidente. En el caso del derecho, podríamos pensar en las primeras asociaciones humanas que pretendían un cierto orden, que tenían necesidades comunes y que buscaban la realización de ciertos fines; y cuando en ellas se llegaron a establecer ciertas costumbres (*p. ej.*, que los ancianos resolvieran las disputas), se fueron identificando recursos normativos cada vez más específicos, hasta dar lugar a roles y procedimientos que permitieran llevar a cabo esas funciones convencionales. El derecho nace, entonces, de esa necesidad de convivencia y cooperación, y de esta búsqueda por una regulación cada vez más efectiva.

Las sociedades más civilizadas logran, mediante el lenguaje oral o escrito, formular reglas de comportamiento, comunicar objetivos y determinar valores prácticos. Así crean el derecho, en sentido técnico e institucionalizado, y dan lugar entonces a formas heterónomas de regular la vida de cada uno de los miembros de la comunidad.

Estas reglas de comportamiento, sin embargo, están debilitadas por un problema de significado. El lenguaje natural (u ordinario) en el que se expresan, no puede precisar inequívocamente una clase de comportamiento sin dejar abierto a discusión si algún hecho o instancia particular es o no parte de esa clasificación. Este problema de indeterminación no se debe sólo al lenguaje, sino también a nuestras capacidades humanas de previsión. Estas capacidades no son tales que nos permitan prever todos y cada uno de los hechos particulares que contarán o no como instancias de esa formulación universal. La consecuencia de esto es que siempre puede haber excepciones a la regla.

Las autoridades institucionales tienen que interpretar el significado de esas reglas, y para ello requieren de métodos de interpretación. Una teoría del derecho tiene que complementarse entonces con una teoría de la interpretación jurídica, que permita a las autoridades identificar los elementos que justifiquen sus decisiones interpretativas. Desde este punto de vista, esta demanda de justificación representa lo que Alexy llama pretensión de corrección, es decir, una exigencia o requerimiento práctico, incorporado en los sistemas jurídicos contemporáneos, que permite a los participantes reconocer, discutir y asegurar las mejores razones para tomar una decisión.

iii. El razonamiento jurídico y los criterios de corrección

Para MacCormick, la teoría del razonamiento jurídico que se necesita para interpretar las formulaciones normativas y tomar, entonces, decisiones justificadas, exige no sólo el reconocimiento de reglas institucionales sino también de principios jurídicos y valores morales. Dado que la práctica jurídica está constituida históricamente sobre la base de ciertos objetivos y necesidades comunes, su institucionalización

requiere que se tomen en cuenta esas exigencias mínimas de racionalidad y razonabilidad en el nivel justificativo. La incorrección de las acciones se juzga no sólo por autoridades institucionales, sino por agentes autónomos que aceptan comportarse de cierto modo (porque entienden sus obligaciones y desean alguna finalidad socialmente respaldada; por ejemplo, la convivencia pacífica y la búsqueda de bienestar).

La teoría del razonamiento jurídico de MacCormick reconoce dos niveles de justificación jurídica. El primero, de justificación lógica; y el segundo, de coherencia, de consistencia y de consecuencia. Para cada uno de estos niveles valen reglas y formas específicas de argumentación; sin embargo, todas deben pasar un test común de evaluación: la objetividad en términos de universalidad; es decir, que cualquier decisión coherente, consistente y aceptable a partir de sus consecuencias sea susceptible de aplicarse a cualquier otro caso futuro.

De acuerdo con la tesis del caso especial, ya enunciada por Alexy, el razonamiento jurídico, lo mismo que el razonamiento moral, son parte del razonamiento práctico; y aunque en principio, el razonamiento jurídico es suficiente para resolver algunas situaciones de conflicto (por medio de métodos estrictamente lógicos), antes hace falta que las reglas jurídicas, es decir, reglas que establecen obligaciones, responsabilidades y otras consecuencias normativas, estén fuera de controversia. Cuando ocurren problemas de interpretación (sobre el significado de los términos generales usados en las disposiciones jurídicas), de clasificación (sobre los hechos que cuentan como instancia de esos términos), de calificación (sobre las cualidades que deben tener esos hechos para ser calificados de acuerdo a los términos evaluativos usados en las disposiciones jurídicas), de relevancia (sobre qué disposición jurídica aplicar) o de prueba (sobre qué hechos o referencias históricas pueden

hacer verdadera una proposición declarativa), el razonamiento jurídico puramente lógico (o silogístico) es insuficiente.

Cuando se dan estos problemas, en la decisión que toma la autoridad hay inevitablemente alguna consideración sobre los principios y valores que integran la práctica jurídica. El juez tiene que apelar en estos casos a un razonamiento de segundo orden, es decir, a los argumentos de consistencia (que no haya contradicciones entre las reglas y la decisión que se va a tomar), de coherencia (que la decisión esté conforme con el conjunto de reglas institucionales y, además, permita la realización de los objetivos que persigue la práctica jurídica), y de consecuencia (que la decisión favorezca en la mayor medida posible la realización de algún objetivo considerado, en un caso determinado, el más valioso).

El proceso de reconocimiento de los principios jurídicos no es deductivo sino, por decirlo de alguna manera, ponderativo. Ponderar principios, de acuerdo con las instrucciones de Alexy, significa determinar o establecer preferencias, para cada caso en específico, entre los principios que colisionan. Esta determinación, por supuesto, no está exenta de subjetividad ni de evaluaciones particulares (ya sean creencias, opiniones o sentimientos) acerca de la importancia que tiene cada principio. Sin embargo, MacCormick justifica, mediante un elemento retórico de convencimiento, que esta decisión parcialmente subjetiva es racional y, entonces, aceptable. Según su teoría, podemos usar la metáfora del auditorio imparcial de Smith para juzgar si esa determinación es o no admisible como elemento de la justificación jurídica. Y aunque este auditorio es apenas una ficción, vale como un criterio ideal que representa el nivel mínimo de objetividad que debe satisfacer una decisión jurídica.

El escenario que se necesita para tomar una decisión particular, bajo este enfoque discursivo, tiene que satisfacer las condiciones mínimas de la deliberación práctica racional. Según estas condiciones, se satisface la pretensión de corrección sólo si podemos ofrecer buenas razones para que los participantes en un contexto institucional acepten su determinación normativa, y esto requiere de una participación libre e igualitaria entre los agentes discursivos.

iv. La derrotabilidad jurídica y el criterio de consistencia

Por supuesto, garantizar esta deliberación racional, en cualquier caso de conflicto, puede provocar que cualesquiera razones de justificación se enfrenten fácilmente a situaciones de excepción. Este problema da lugar a la llamada derrotabilidad jurídica, que tiene que ver con anular conclusiones previamente justificadas debido al incremento de información que hace inaplicable una regla jurídica para resolver una situación específica, para la cual es presuntamente aplicable.

Aunque la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick reconoce tanto la debilidad normativa que tienen las reglas jurídicas (*i. e.*, que están sujetas irremediablemente a excepciones) como la fuerza justificativa que tienen los argumentos de segundo orden (*i. e.*, que pueden dar lugar a una interpretación o una elección de preferencia que derrote una regla presuntamente aplicable para un caso particular), su criterio de consistencia parece no dar lugar a excepciones y, por ende, rechaza el problema de la derrotabilidad.

La tesis particular que se defiende en este trabajo tiene que ver precisamente con la noción de consistencia que parece sostener MacCormick. En nuestra opinión, el criterio de consistencia tiene que ser definido a la luz de una teoría del razonamien-

to derrotable y no del razonamiento lógico-deductivo. Desde el razonamiento lógico-deductivo no podemos introducir excepciones ni tampoco retractarnos de conclusiones previas. En cambio, desde el razonamiento derrotable, podemos decir que hay inconsistencias internas (*i. e.*, que hay alguna regla presuntamente aplicable y, al mismo tiempo, hay razones de peso para apartarnos de ella), sin que esto dé lugar a contradicciones o inconsistencias entre las premisas y la conclusión.

Negar la posibilidad de inconsistencias internas supone negar la posibilidad, o bien, de realizar juicios previos, o bien, de aceptar excepciones. Algo que sería imperdonable para la teoría de MacCormick. Según su teoría, la función judicial presume la aplicación de ciertas reglas (lo cual denomina justicia formal), y a partir de ellas se puede justificar una decisión jurídica, a menos de que se den buenas razones a favor de rechazar esa aplicación y aceptar entonces una interpretación o una elección diferente (lo cual llama justicia substantiva). Es aquí donde importa la función correctora de los argumentos justificativos de segundo orden. A la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick le conviene reconocer esta posibilidad de retractación (sin calificarla de inconsistente), considerándose a sí misma una teoría del razonamiento derrotable y no una teoría del razonamiento lógico-deductivo.

La promesa detrás de esta tesis es menos enigmática de lo que parece a simple vista. La teoría del razonamiento jurídico de MacCormick gozaría de un mayor grado de coherencia si sus nociones de justificación lógica (de primer orden) y de consistencia estuvieran respaldadas por una teoría del razonamiento lógico derrotable, en lugar de una teoría del razonamiento lógico-deductivo. De lo primero ya se han ocupado algunos autores; en cambio, de lo segundo, han sido muy pocos los que han advertido la importancia de cambiar el enfoque. Seguramente, el mismo MacCormick estaría renuente a aceptar que en sus dos niveles de justificación jurídica

estuviera imbricada alguna noción de lógica no clásica; sin embargo, en este trabajo se ha intentado probar que los cambios de perspectiva son fundamentales para el desarrollo de una teoría no sólo aceptable, sino también resistente. Para la mayoría de los autores que hemos citado en el último capítulo de este trabajo, la fuerza justificativa de los argumentos de primero y segundo nivel tendrían mayor eficacia, es decir, serían más ampliamente aceptados, si no tuvieran detrás de sí un compromiso tan fuerte como el que exige la lógica clásica. Aunque desarrollar esta tesis, aún más amplia que la expuesta en este trabajo, rebasa los propósitos de esta investigación, me parece un proyecto digno de llevarse a cabo. En este sentido, con esta tesis pretendo dar un paso hacia adelante en la búsqueda de una interpretación más sólida de los criterios de corrección de Neil MacCormick.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert, 2003, "On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 4, pp. 433-449.
- _____, 2010, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Manuel Atienza e Isabel Espejo (trad.), Palestra Editores.
- Anscombe, Elizabeth, 1958, "On Brute Facts", *Analysis*, Vol. 18, No. 3, Oxford University Press, pp. 69-72.
- Ansuategui, Francisco, 1996, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, Departamento de derecho público y filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson.
- Atria, Fernando, 1998, "Constitutive and Regulative Institutions. On John Searle's General Theory of Institutional Facts", inédito, ponencia presentada en el congreso *Applied Ontology: A Marvin Farber Conference on Law and Institutions*

- in Society*, en la Universidad del Estado de Nueva York, EE.UU. Disponible en <http://ontology.buffalo.edu/FARBER/atria.html>.
- _____, 2003, "Legal Reasoning and Legal Theory Revisited", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 71-111.
- Austin, John, 1955, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press.
- Baker, Gordon, 1977, "Defeasibility and Meaning", en Hacker, Peter y Raz, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford Clarendon Press, pp. 26-57.
- Bańkowski, Zenon, 2006, "In the Judgment Space: The Judge and the Anxiety of the Encounter", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 25-40.
- Bayles, Michael, 1992, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Kluwer Academic Publishers, Law and Philosophy Library, Vol. 17.
- Bayón, Juan, 2002, "Why is Legal Reasoning Defeasible?", *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, No. 2, pp. 1-18.
- Bentham, Jeremy, 1970, *Of Laws in General*, Hart, Herbert (ed.), Athlone Press.
- Bell, John, 2006, "The Institutional Constraints of Particularism", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 41-52.
- Bertea, Stefano, 2008, "MacCormick's Latest Views of Legal Reasoning and the Positivist Concept of Law", en Menéndez, Agustín y Fossum, John (eds.), *The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, Arena, pp. 87-107.
- Bix, Brian, 1996, *Teoría del derecho: ambiciones y límite*, Pablo Navarro (trad.), Marcial Pons.

- _____, 2003, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press.
- Den Boer, Monica, 1991, "Two in one Trolley: Reflections on the Relation between MacCormick's Institutional and Narrative Theory of Law", *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 12, Springer, pp. 255-266.
- Brink, David, 2001, "Legal Interpretation, Objectivity and Morality", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, pp. 12-65.
- Brożek, Bartosz, 2003, "Law, Defeasibility and Logical Consequence", en Svein Eng. (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress*, Suecia, Agosto 12-17, Archive für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft, No. 97, pp. 69-78.
- Bustamante, Thomas, 2010, "On MacCormick's Post-Positivism: Comment on Karen Petroski's 'Is Post-Positivism Possible'", *German Law Journal*, Vol. 12, No.12, pp. 693-727.
- Coleman, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- David-Hillel, Ruben, 1997, "John Searle's The Construction of Social Reality", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 57, No. 2, International Phenomenological Society, pp. 443-447.
- Detmold, Michael, 2003, "Law as Practical Reason", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 35-70.
- Dworkin, Ronald, 1977, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
- _____, 1986, *Law's Empire*, Harvard University Press.
- Endicott, Timothy, 2001, "Herbert Hart and the Semantic Sting", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.

- _____, 2003, *Vagueness in Law*, Oxford University Press.
- García, Miguel, 2011, *La poderación de principios en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy* (tesis de licenciatura inédita), Facultad de Estudios Superiores "Aragón", Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gilbert, Margaret, 2007, "Searle and Collective Intentions", en Tsohatzidis, Savas (ed.), *Intentional Acts and Intentional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Springer. pp. 31-48.
- Grodine, Candace, 1980, "Authority: H.L.A. Hart and the Problem with Legal Positivism", *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IV, No. 3, pp. 273-288.
- Günther, Klaus, 2003, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special Case Thesis'", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, pp. 251-264.
- Hage, Jaap, 2003, "Law and Defeasibility", *Artificial Intelligence and Law*, Vol. II, pp. 221-243.
- _____ y Peczenik, Aleksander, 2000, "Law, Morals and Defeasibility", *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, pp. 305-325.
- Halpin, Andrew, 2009, "Methodology and the Articulation of Insight: Some Lessons from MacCormick's Institutions of Law", en Del Mar, Maksymilian y Bańkowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, pp. 145-160.
- Hart, Herbert, 1948, "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, pp. 171-194.
- _____, 1994, *The Concept of Law. With Postscript*, Oxford University Press.
- _____, 2001a, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford Clarendon Press.
- _____, 2001b, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press.

- Horty, John, 1997, "Nonmonotonic Foundations for Deontic Logic", en NUTE, Donald (ed.), *Defeasible Deontic Logic*, Kluwer Academic Publishers, pp. 17-44.
- Hume, David, 1896, *A Treatise of Human Nature. Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, reimpresso de la version original de 1739 en tres volúmenes, L.A. Selby-Bygge, M.A., Clarendon Press.
- _____, 2007, *An Inquiry Concerning Human Understanding and Other Writings*, Buckle, Stephen (ed.), Cambridge University Press.
- Jackson, Bernard, 1991, "Semiotic Scepticism: A Response to Neil MacCormick", *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 11, Springer, pp. 175-190.
- _____, 1992, "MacCormick on Logical Justification in Easy Cases: A Semiotic Critique", *International Journal for Semiotics of Law*, Vol. 14, Springer, pp. 203-214.
- Kalinowski, Jerzy, 1963, "La Norme, L'Action et la Théorie des Propositions Normatives (Réponse à M. Ota Weinberger)", *Studia Logica*, Tomo XIV, pp. 99-111.
- La Latta, Marina, 2008, "On Law and Morality, Reflections on MacCormick's Philosophy of Law", en Menéndez, Agustín y Fossum, John (eds.), *The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, Arena, pp. 73-86.
- Lacey, Nicola, 2004, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press.
- Leiter, Brian, 2001, "Legal Realism and Legal Positivism. Reconsidered", *Ethics*, Vol. 111, No. 2, pp. 278-301.
- _____, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- Ludwig, Kirk, 2007, "Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior", en Tsohatzidis, Savas (ed.), *Intentional Acts and Intentional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Springer. pp. 49-72.

- MacCormick, Neil, 1980, "The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt", *The Liverpool Law Review*, Vol. II, pp. 45-50.
- _____, 1981, "Natural Law Reconsidered", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, Oxford University Press, pp. 99-109.
- _____, 1984, "Coherence in Legal Justification", *Theory of Legal Science*, Vol. 176, *Synthese Library*, pp. 235-251.
- _____, 1989a, "Discretion and Rights", *Law and Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, vol. 8, pp. 23-36.
- _____, 1989b, "The Ethics of Legalism", *Ratio Juris*, Vol. 2, pp. 184-193.
- _____, 1992, "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems", *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 14, pp. 181-202.
- _____, 1994, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press.
- _____, 1995, "Defeasibility in Law and Logic", en Bańkowski, Zenon et al. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer Academic Publishers, pp. 99-117.
- _____, 1998, "Norm, Institutions, and Institutional Facts", *Law and Philosophy*, Vol. 17, Kluwer Academic Publishers, pp. 301-345.
- _____, 2002, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press.
- _____, 2003, "Reasonableness and Objectivity", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 527-555.
- _____, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.
- _____, 2006, "Particulars and Universals", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 3-22.

- _____, 2007a, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press.
- _____, 2007b, "La argumentación silogística: una defensa matizada", Juan Antonio Pérez Lledó (trad.), *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 30, Universidad de Alicante, pp. 321-334.
- _____, 2008a, "MacCormick on MaCormick", en Menéndez, Agustín y Fossum, John (eds.), *The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, Arena, pp. 11-20.
- _____, 2008b, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press.
- _____, 2010, *H. L. A. Hart*, Manuel Pérez Bermejo (trad.), Marcial Pons.
- _____, 2011, *Legal Rights and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford University Press.
- _____ y Bańkowski, Zenon, 1991, "La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos" (trad. José Calvo González), *Anuario de filosofía del derecho*, VIII, pp. 219-237.
- _____ y Weinberger, Ota, 1992, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company.
- _____, y Wróblewski, Jerzy, 2003, "On Justification and Interpretation", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 421-434.
- Del Mar, Maksymilian, 2009, "Law as Institutional Normative Order: an Introduction", en Del Mar, Maksymilian y Bańkowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, pp. 1-15.
- _____, 2012, "The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol. 98, No. 2, pp. 233-254.

- Marmor, Andrei, 2001a, "Legal Conventionalism", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- _____, 2001b, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press.
- Michelon, Claudio, 2006, "Practical Reason and Character Traits: Remarks on MacCormick's Sentimentalist Theory of Moral Perception", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 115-128.
- _____, 2009a, "MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason", *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, No. 9, pp. 53-62.
- _____, 2009b, "Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica", *Edinburgh School of Law Working Paper Series*.
- Moore, Michael, 2003, "A Natural Law Theory of Interpretation", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 113-236.
- Navarro, Pablo, 2000, "Enunciados jurídicos y proposiciones normativas", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 12, ITAM, pp. 121-155.
- Nute, Donald, "Defeasible Logic", *Web Knowledge Management and Decision Support Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 2543, pp. 151-169.
- Peczenik, Alexander, 2006, "Particulars and Universals in Legal Justification", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 191-201.
- Petroski, Karen, 2012, "Varieties of PostPositivism", *St Louis University Legal Studies Research Paper*, 2013, consultado en la internet el 10 de abril de 2012 en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984159.

- Pintore, Anna, 1990, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Cagliari, serie 1, Vol. 41, Jovene–Napoli.
- _____, 1991, "Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence", Vol. 12, Springer, pp. 233-253.
- Pollock, John, 1987, "Defeasible Reasoning", *Cognitive Science*, Vol. 11, pp. 481-518.
- Prakken, Henry, 1997, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer Academic Publisher.
- Rawls, John, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1, Duke University Press, pp. 3-32.
- Raz, Joseph, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- Reiter, Raymond, 1980, "A Logic for Default Reasoning", *Artificial Intelligence*, No. 13, pp. 81-132.
- Royakkers, Lambèrs y Dignum, Frank, 1997, "Defeasible reasoning with rules", en Nute, Donald (ed.), *Defeasible Deontic Logic*, Kluwer Academic Publishers, pp. 263-286.
- Sartor, Giovanni, 1993, "Defeasibility in legal reasoning", *Rechtstheorie*, pp. 281-316.
- Schauer, Frederick, 1994, "Fuller's Internal Point of View", *Law and Philosophy*, Vol. 13, Kluwer Academic Publishers, pp. 285-315.
- _____, 2008, "Is Defeasibility an Essential Property of Law?," en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, pp. 77-88.

- _____, 2009, "Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick)", en Del Mar, Maksymilian y Bańkowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, pp. 35-44.
- _____, 2010, "Positivism before Hart", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, consultado en la internet el 20 de marzo de 2012 en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646.
- Schiavello, Aldo, 2011, "Neil MacCormick's Second Thoughts on *Legal Reasoning and Legal Theory*. A Defence of the Original View", *Ratio Juris*, Vol. 24, No. 2, pp. 140-155.
- Searle, John, 1962, "Meaning and Speech Acts", *The Philosophical Review*, Vol. 71, No. 4, Duke University Press, pp. 423-432.
- _____, 1969, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press.
- _____, 1964, "How to Derive 'Ought' From 'Is'", *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 1, Duke University Press, pp. 43-58.
- _____, 1979, "What is an Intentional State?", *Mind*, New Series, Vol. 88, No. 349, Oxford University Press, pp. 74-92.
- _____, 1995, *The Construction of Social Reality*, The Penguin Press.
- _____, 2007, "Social Ontology: The Problem and Steps toward a Solution", en Tsohatzidis, Savas (ed.), *Intentional Acts and Intentional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Springer. pp. 11-29.
- Selznick, Philip, 1996, "Institutionalism 'Old' and 'New'", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 41, No. 2, Sage Publications, pp. 270-277.
- Schafer, Burkhard, 2006, "The Courtroom as Laboratory", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 205-222.

- Shapiro, Scott, 2001, "On Hart's Way Out", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- _____, 2006, "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, Vol. 75, pp. 1157-70.
- _____, 2007, "The 'Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed'", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 77, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657.
- Siltala, Raimo, 2011, *Law, Truth and Reason. A Treatise on Legal Argumentation*, Law and Philosophy Library, Vol. 97, Springer.
- Starr, William, 1984, "Law and Morality in H.L.A. Hart's Legal Philosophy", *Marquette Law Review*, Vol. 67, pp. 673-689.
- Stelmach, Jerzy y Brożek, Bartosz, 2006, *Methods of Legal Reasoning*, Law and Philosophy Library, Vol. 78, Kluwer Academic Publishers.
- La Torre, Massimo, 2010, *Law as Institution*, Law and Philosophy Library, Vol. 90, Springer.
- Toumela, Raimo, 1997, "Searle on Social Institutions", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 57, No. 2, International Phenomenological Society, pp. 435-441.
- Tsohatzidis, Savas (ed.), 2007, *Intentional Acts and Intentional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Springer.
- Twining, William, 2009, "Institutions of Law from a Global Perspective: Standpoint, Pluralism and non-state Law", en Del Mar, Maksymilian y Bańkowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, pp. 17-34.
- Van der Torre, Landert (et al.), 1997, "The Many Faces of Defeasibility in Defeasible Deontic Logic," en Nute, Donald (ed.), *Defeasible Deontic Logic*, Kluwer Academic Publishers, pp. 79-121.

- Van Dunne, Jan, 2003, "Normative and Narrative Coherence in Legal Decision-Making", en Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, pp. 409-420.
- Villa, Vittorio, 2009, "Neil MacCormick's Legal Positivism", en Del Mar, Maksymilian y Bańkowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, pp. 45-65.
- Walker, Neil, 2006, "The Burden of Universalism", en Bańkowski, Zenon y Maclean, James (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, pp. 53-68.
- Weinberger, Ota, 1985, "Freedom, Range for Action, and the Ontology of Norms", *Synthesis*, No. 65, Reidel Publishing Company, pp. 307-324.
- _____, 1991, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publishers.
- _____, 1994, "Natural Constituents of Justice", *Law and Philosophy*, Vol. 13, Kluwer Academic Publishers, pp. 1-25.
- Von Wright, Georg, 2003, "¿Hay una lógica de las normas?", Daniel González (trad.), *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 26, Universidad de Alicante, pp. 31-52.
- Wróblewski, Jerzy, 1992, *The Judicial Application of Law*, MacCormick, Neil y Bańkowski, Zenon (eds.), Law and Philosophy Library, 15, Springer.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en marzo de 2017 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Tlaxcala núm. 19, Colonia Barrio de San Francisco, Delegación Magdalena Contreras, C.P. 10500, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

