

Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil Maccormick

Por JOXERRAMON BENGOETXEA
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

Este trabajo pretende ubicar la obra y el pensamiento de Neil MacCormick (1941-2009) en la filosofía jurídica, moral y política contemporánea, destacando las innovaciones más importantes que el pensador escocés ha aportado a lo largo de sus escritos en un periodo que se extiende desde 1978 hasta 2009¹. Sin entrar en un análisis detallado, la figura y la persona de MacCormick serán esbozadas en la primera parte², para presentar seguidamente un elenco de las principales contribuciones teóricas del autor en la teoría general y la filosofía del derecho (Jurisprudence).

Palabras clave: *MacCormick, Teoría del derecho, Filosofía del derecho, Razonamiento jurídico.*

ABSTRACT

This paper attempts to locate the work and thought of Neil MacCormick (1941-2009) in contemporary legal, moral and political philosophy. It

¹ Agradezco al *Anuario* y a María José Añón la invitación a presentar la obra de MacCormick, con ocasión de su triste fallecimiento. Para mí personalmente resulta simultáneamente un honor y un reto, pues me obliga a identificar las principales ideas de mi maestro y amigo, muchas de las cuales se habían arraigado profundamente en mi propio pensamiento.

² Recomiendo la excelente entrevista que le realizó Manuel Atienza publicada en *Doxa* (29) 2006, disponible en Internet.

highlights the most important innovations in the writings of the Scottish thinker, covering a period from 1978 to 2009. Without going into a detailed analysis, the figure of MacCormick is outlined in the first part of the paper, before enumerating the author's main theoretical contributions in general theory and philosophy of law (Jurisprudence).

Key words: *MacCormick, Legal Theory, Philosophy of Law, Legal Reasoning.*

SUMARIO: 1. LA PERSONA.—2. LAS APORTACIONES PRINCIPALES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.—3. CONCLUSIÓN: EL GIRO HERMENÉUTICO EN EL DERECHO.

1. LA PERSONA

Neil MacCormick (Glasgow, 1941-Edinburgh, 2009) pasará a la historia de la filosofía por su notoria contribución a la filosofía práctica contemporánea, entroncando con las tradiciones ilustradas escocesas y compatibilizando la filosofía analítica con el kantismo. Como filósofo del derecho figura ya entre los grandes pensadores del último cuarto de siglo y primera década del tercer milenio y probablemente será recordado por su teoría institucional del derecho y por su concepción jurídica hermenéutica, que pretende superar la clásica confrontación entre ius-positivismo e ius-naturalismo.

La contribución de MacCormick a la filosofía del derecho, moral y política se plasma en numerosas y valiosas publicaciones en lengua inglesa y traducciones a varios idiomas³, en su constante contribución a la IVR⁴ que presidiera hasta su fallecimiento fruto de un cáncer intestinal incurable, y se complementa con una acción práctica como personaje político al ser miembro destacado del Scottish National Party, eurodiputado por Escocia (entre los años 1999-2004), miembro alterno de la Convención sobre el futuro de Europa (2002-2004), asesor para asuntos europeos del First Minister del ejecutivo escocés (2007-2009) e ideólogo de las naciones europeas sin estado

³ Tuve ocasión de traducir alguna de sus obras al castellano «La argumentación y la interpretación en el Derecho», *RVAP* (3) 1993, pp. 201-217, y al vascuence *Can Judges Make Mistakes*, la conferencia que pronunció con ocasión de su investidura como doctor honoris causa por la U. des Saarlandes, «Akatsik egin al dezakete epaileek?», *Eleria* (15) 2006, 145-155.

⁴ Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, que organiza Congresos Mundiales los años impares. El Congreso Mundial de 1989 fue organizado en Edimburgo por un Comité dirigido por Neil MacCormick y tuvo como título Ilustración, Derechos y Revoluciones. Tuve el honor de participar en la organización como doctorando suyo y de comprobar la lúcida premonición de los cambios que transformarían Europa Central, la antigua Unión Soviética y todo el mundo a las pocas semanas de celebrarse dicho Congreso con la caída del Muro de Berlín.

propio (grupo político europeo Alianza Libre Europea). Así mismo asumió numerosos empeños universitarios tanto de estudiante –llegó a ser presidente de la Oxford (students’) Union– como de profesor –muchos años decano de la facultad de derecho, «provost» de las ciencias sociales y jurídicas, y «vice-principal» de la Universidad de Edimburgo. Su carrera académica está estrechamente ligada a la cátedra *regia* de Derecho Público, Natural y de las Naciones creada en 1707 en dicha Universidad, a la que accedió a la temprana edad de treinta y un años tras un breve periplo por Queen’s College Dundee (University of Saint Andrews) y Oxford (Balliol College). Por su impresionante carrera universitaria y su contribución al pensamiento jurídico fue nombrado abogado Queen’s Counsel h.c. en 1999 e investido Sir en 2001.

Además de excelente político⁵, dedicado investigador y prolífico autor, MacCormick era un excelente profesor y conferenciante y dedicaba gran parte de su tiempo y de su atención a sus estudiantes y colegas consiguiendo que los estudios de *Jurisprudence* en Edimburgo se convirtieran en un centro de reputación mundial y de atracción de estudiantes de postgrado y de académicos. Si interesante, intensa y fructífera fue su vida, no menos admirable fue cómo condujo su enfermedad hasta su muerte, aspecto en el que vuelve a entroncar con los filósofos ilustrados. «Al juzgar la vida de un hombre, De Montaigne se preguntaba siempre cómo se comportó en su final. David Hume enseñó a sus amigos cómo morir, yéndose. Como lo expresara Joseph Black, “en tan feliz compostura de la mente que nada podía excederle”. Luego le tocó a Adam Smith en 1790, murmurando a James Hutton y los restantes presentes en su alcoba, “creo que debemos posponer esta reunión a otro lugar”. El 26 de noviembre de 1799, el doctor Black posó su taza de leche y agua sobre su rodilla y murió, “como si se hubiera requerido de un experimento para mostrar a sus amigos con qué facilidad se iba” escribía Adam Ferguson»⁶. Varias necrológicas británicas recogen la anécdota de cómo MacCormick tocó la gaita en el funeral de su buen amigo y contrincante político, John Smith, líder del laborismo, en la isla de Iona⁷. Cuando le tocó a él, Neil acababa de publicar *Practical Reason in Law and Morality* (Oxford, 2009), hablaba con entusiasmo de Barack Obama, cuyas autobiografías acababa de leer, respondía correos electrónicos y seguía leyendo y comentando, con sagacidad y elegancia los *papers* que se

⁵ Fue nombrado el mejor eurodiputado del año, en los premios de los mejores políticos escoceses en tres de sus cinco años de mandato.

⁶ BUCHAN, James, *Capital of the Mind, How Edinburgh Changed the World*, London, 2003, p. 336.

⁷ La anécdota se cuenta en los Obituaries de *The Times* y *The Scotsman*, de 7 de abril de 2009. Destaca, por su elegancia y semblanza psicológica, la escrita por Sir David Edward en *The Guardian*.

presentaban en los seminarios de filosofía jurídica en Edimburgo y excusándose por no poder acudir personalmente.

Trazar un semblante de la personalidad de Neil MacCormick es una tarea que supera el tipo de discurso teórico propio de un análisis de su obra, pero en su caso el personaje y la obra se entrelazan armónicamente. Su optimismo vital, inagotable hasta los últimos días de su dolorosa enfermedad, su contagiosa energía, su aptitud para ver siempre lo mejor de sus interlocutores, su integridad y honestidad, su carácter amable, afable, su sentido del humor, su chispa, ingenio e inteligencia, su inagotable capacidad de autocrítica, son virtudes morales y estéticas que se perciben claramente en su obra. Basta leer las primeras páginas sobre «incentivos y razones» donde explica los incentivos para escribir su *Practical Reason*, publicada unas semanas antes de su muerte, para percibir su gran estatura moral.

Quienes hemos tenido la fortuna de conocer al personaje nos seguimos sorprendiendo al comprobar la proximidad de sus registros escritos y orales, tanto en conversaciones como en conferencias, simposios o clases. Leer a MacCormick es entablar una conversación imaginaria o compartir un seminario con él. Puede parecer un tópico, pero Neil revive en sus escritos; hay algo muy genuino en ellos, algo personal como su carácter, sabiduría e ingenio, pero también algo sociocultural como la tradición universitaria analítica oxoniense –la influencia de Ayer, Ryle, Strawson, Hart, Berlin, los Warnock, Hare, Foot– y algo histórico-nacional como el entronque escocés con Stair, Hutcheson, Smith, Hume, Ferguson, Reid, Millar, Kames... los *literati* de esa «República de las Letras», para quienes el progreso en asuntos intelectuales sólo es posible a través del pensamiento *comunal*, pensando con y a través de los otros⁸.

MacCormick fue discípulo de H. L. A. Hart, posiblemente su influencia teórica más evidente y sobre quien escribió una importante obra, *H. L. A. Hart* (Stanford, 1981), cuya reciente segunda edición (Stanford, 2008) tuvo en cuenta el famoso *Postscript* de la segunda edición póstuma del *Concept of Law* (Oxford, 1994), en el que Hart esbozó una respuesta a las críticas formuladas por su sucesor en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford, Ronald Dworkin. Esta segunda edición de *H. L. A. Hart* nos permite entrever un MacCormick post-positivista, algo más distanciado de su maestro. En la página 15 de esta segunda edición nos relata cómo Hart le reprochó haberle presentado en su libro como más ius-naturalista de lo que le gustaría ser⁹.

⁸ BRODIE, Alexander, *The Scottish Enlightenment*, Edinburgh, 2007, p. 78. La República de las Letras escocesa podría considerarse una especie de «comunidad ideal de discurso» en sentido habermasiano. En lugar de negarlo como hace el post-modernismo, MacCormick retoma el proyecto ilustrado.

⁹ En la entrevista publicada en *Doxa* también relata esta anécdota.

A pesar de su influencia mundial MacCormick nunca creó escuela en Edimburgo, ni pretendió hacerlo; a lo sumo podría hablarse de una escuela *virtual* de admiradores suyos en todo el globo. Sus colegas en el *Centre for Criminology and the Sociological and Philosophical Study of Law* (CCSPSL, ahora *Centre for Law and Society*), sus doctorandos seguían sus propios intereses. De hecho le interesaba más fomentar la crítica o enfoques alternativos que impulsar tesis y trabajos ceñidos a sus propias teorías. Dicho esto, conviene sin embargo añadir que MacCormick era un co-autor muy interactivo, interesado siempre en captar la (mejor) visión de su interlocutor y de llevarla un paso adelante. Su edición de la obra póstuma de J. Wróblewski, su coautoría con A. Aarnio, P. Amselek, F. Atria, P. Birks, R. Summers, O. Weinberger, o sobre todo con su colega en Edimburgo y fiel amigo Zenon Bankowski, por ejemplo, indican dos virtudes excepcionales en la filosofía jurídica anglófona: un empeño por desarrollar visiones y discursos colectivos y una apertura a pensadores que han publicado sus obras en idiomas distintos del inglés. Además de su inglés, escotizado y veloz, MacCormick hablaba correctamente gaélico escocés y francés y se nutría asiduamente de obras escritas en alemán, italiano, castellano, sueco y neerlandés. Basta echar un vistazo a sus referencias bibliográficas para comprobarlo. De hecho, llegó a pronunciar conferencias en varios de estos idiomas. Esta apertura idiomática es inusual en el ámbito académico en lengua inglesa. Sus numerosas co-autorías de trabajos y libros y su co-edición de compilaciones y obras colectivas son buena prueba de ese singular empeño por un pensamiento discursivo y dialógico. También en sus escritos individuales MacCormick está en constante interacción con otros autores, pero no con la finalidad de vencer en una confrontación dialéctica de ideas sino buscando matices, aproximaciones, nuevos matices de síntesis y consenso; sin mermar en coherencia argumental ni caer en sincretismos, y sin miedo a recular cuando consideraba que había errado¹⁰.

¹⁰ En el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR) celebrado en Granada en mayo 2005, MacCormick pronunció una conferencia publicada como «The European Constitutional Process: A Theoretical View» en vol. 39 de *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2005), 299-319. En su obra posterior «The Convention and its Constitution: All a Great Mistake?», en PETERSEN, KJAER, KRUNKE and MADSEN (eds.), *Paradoxes of European Legal Integration*, Aldershot, 2008, 17-27, cuenta MacCormick cómo tras la conferencia una pregunta de J. Nergelius sobre el carácter estrictamente provinciano del referéndum francés le hizo cambiar de opinión sobre la idoneidad de ratificar Estado por Estado defendida en Granada: «So I conclude that Nergelius was right and I was wrong about the character of the state-by-state ratification process» (p. 21). Acto seguido (p. 22) propone como síntesis una doble ratificación: estatal según las propias constituciones y un referéndum europeo a celebrar el mismo día.

2. LAS APORTACIONES PRINCIPALES A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En esta sección, se presentarán las ideas principales de MacCormick en el amplio espectro de la filosofía del derecho, siguiendo un planteamiento temático y cronológico. MacCormick contemplaba la filosofía jurídica y el razonamiento jurídico no como algo separado sino como un caso especial, altamente institucionalizado, de la razón práctica. Debe advertirse desde un primer momento que los intereses investigadores del pensador escocés han sido amplios y variados desde el inicio de su carrera. Así por ejemplo, su lección inaugural en la cátedra de Edimburgo no versó directamente sobre la temática que le consagrará un lustro más tarde como filósofo analítico del derecho, el razonamiento jurídico, sino sobre otros de sus temas estrella, el derecho como institucional.

En esta contribución me ceñiré a la aportación de MacCormick en torno al razonamiento jurídico y a la teoría institucional del derecho. Por motivos de espacio, dejamos para otra contribución¹¹ las valiosísimas y variadas contribuciones a la teoría del nacionalismo liberal, al constitucionalismo europeo, a la soberanía, a la autonomía individual, a la socialdemocracia, a la teoría de la justicia, es decir, sus obras sobre filosofía moral y política y sobre teoría política.

La influencia de Hart y la controversia Hart-Dworkin

Se ha comentado ya la influencia de Hart en la primera parte. Dicha influencia se percibe a lo largo de toda la obra de MacCormick, incluso en su obra más madura, donde él mismo se define como post-positivista. De todas formas, la escasa importancia que Hart había concedido a los problemas de interpretación –a pesar de sus interesantes contribuciones en torno a la naturaleza del lenguaje y su textura abierta– justificaban plenamente la atención de MacCormick hacia el razonamiento jurídico.

La preocupación fundamental de Hart en su *Concept of Law* (Oxford, 1961) no era interpretativa, ni siquiera era la fase de aplicación judicial del derecho sino más bien conceptual, interesada más en la regla de reconocimiento que en las de cambio y adjudicación. Es cierto que la centralidad de las cuestiones de validez y de fuentes era una constante en la filosofía jurídica de mediados del siglo xx; no sólo por la influencia de Bentham en las Islas Británicas y de Kelsen en el continente europeo sino también por la confrontación clásica, aunque no por ello estéril, entre naturalistas y positivistas. Sería Dworkin quien mediara hábilmente en esta polémica insistiendo precisamente en la naturaleza interpretativa del derecho. MacCormick dirige su

¹¹ En la Revista *Doxa* (2010) abordo estos aspectos del *otro* Neil MacCormick.

atención primaria a las cuestiones de interpretación y justificación de la decisión judicial y lo hace conectando estas cuestiones con la teoría jurídica y con la teoría general de la razón práctica, rebatiendo de paso la tesis de la única respuesta correcta defendida en *Taking Rights Seriously*, pero sin entrar, aún, en la vía de ubicar la *interpretación* en el estadio conceptual del derecho como haría Dworkin en *Law's Empire*. Este salto se producirá en la última fase del pensamiento de MacCormick, especialmente en *Institutions of Law*.

El punto de vista interno

Relacionada con esta cuestión, aunque desde un planteamiento más epistemológico destaca la contribución de MacCormick en torno al llamado «punto de vista interno». La regla de reconocimiento y la operación de las reglas jurídicas implican que sus destinatarios les otorgan un elemento de normatividad o vinculatoriedad y que comprenden su sentido. Desde un punto de vista externo quizá pudieran describirse con un compendio de regularidades del comportamiento: órdenes o permisos y conductas conformes (el hábito de obediencia austiniano) o sanciones. Pero esta perspectiva no nos explica por qué las reglas vinculan. Para ello debemos comprender, desde un punto de vista interno de los usuarios y operadores de las reglas, en qué consiste la regla o la idea de seguir una regla, *to follow a rule*. La cuestión es si también el teórico o científico del derecho debe adoptar ese punto de vista (*verstehende*) o actitud crítica reflexiva hacia las reglas. En su libro sobre Hart y en el apéndice al LRLT, MacCormick realiza una interesante distinción entre lo que llama el punto de vista interno volitivo y el cognitivo. Para que funcione el derecho es necesario que los operadores jurídicos y una mayoría social asuman el punto de vista volitivo mientras que el resto de la sociedad puede limitarse a una pragmática e interesada observancia. Para captar el fenómeno de la normatividad basta con asumir la perspectiva cognitivamente interna, la metodología weberiana próxima a la antropología social, pero ésta siempre será parásita del punto de vista volitivo. No es necesario implicarse axiológicamente en la perspectiva de quienes se sienten vinculados por dichas normas, en contra de lo que defenderá Dworkin, sino que basta con *comprender* en qué consiste dicho sentimiento de vínculo. Con esta importante distinción MacCormick hila bastante más fino que Hart.

Razonamiento Jurídico y Teoría Jurídica

En cierto sentido, el libro de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978, en adelante LRLT), puede verse como la continuación del *Concepto* de Hart en materia de razonamiento. Es la obra que consagra al autor escocés a escala mundial y contiene numerosos aspectos novedosos que intentaremos esbozar. Para empezar MacCormick entronca con Hume y la ilustración escocesa cuando

afirma que cualquier tipo de argumento valorativo (práctico) debe implicar, presuponer o asumir unas premisas últimas que no sean a su vez demostrables o verificables sobre la base de ulteriores razones. Estas premisas normativas últimas no son el resultado de una cadena de razonamiento lógico; pero ello no quiere decir que no se puedan alegar o aducir razones, no conclusivas, para adherirse a tales premisas últimas como razones para la acción o para la decisión. Lo mismo es válido para el razonamiento jurídico, con la salvedad que las premisas últimas son de un carácter distinto –normas jurídicas y hechos probado– y el contexto público en que discurre la argumentación es institucional: lo que sean buenas razones viene en gran parte determinado por el derecho y el órgano decisorio opera en un contexto de justificación.

Descubrimiento y justificación

Esta característica del razonamiento jurídico nos remite a la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, otra constante en la obra de MacCormick. Si en su primera obra (LRLT) el enfoque aborda la justificación, rebatiendo la relevancia heurística del descubrimiento, en su obra posterior¹² y bajo la influencia de la investigación desarrollada por Bruce Anderson¹³ en Edimburgo entre los años 1987 y 1991, adoptó una perspectiva más conciliadora, incorporando varios aspectos del descubrimiento a un contexto más amplio de explicación de la sentencia, de su estilo y su contenido y una comprensión hermenéutica del proceso de decisión. Posiblemente, al desarrollar la teoría de la coherencia narrativa que abordaremos más abajo, ya estaba anticipando este acercamiento más hermenéutico. Así, se puede percibir una cierta evolución, aunque aceptando siempre la centralidad de la justificación. Esta centralidad de la justificación está latente en el método de la reconstrucción racional de la teoría de la justificación judicial o del razonamiento jurídico, una contribución de MacCormick desarrollada en *Interpreting Statutes*. Consiste en partir del análisis de justificaciones y razonamientos concretos ubicándolos en un contexto que tenga en cuenta la teoría normativa y crítica sobre la justificación en general y en la jurisdicción concreta que se analiza y extraer de dicho análisis criterios que van afinando la teoría en una especie de equilibrio reflexivo. Como resultado la teoría sobre la justificación adquiere un fundamento empírico crítico.

¹² MACCORMICK and SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, 1991, capítulos 2 y 13, y J. BENOETXEA, N. MACCORMICK AND L. MORAL SORIANO, «Integration and Integrity» en DE BURCA and WEILER (eds.) *The European Court of Justice*, Oxford 2001, 43-86.

¹³ *Discovery in Legal Decision-Making*, Kluwer, Dordrecht, 1996.

Silogismo, argumentos deductivos y universalizabilidad

La estructura básica de la justificación es silogístico-deductiva y ello viene determinado por la necesidad de respetar el criterio de universalizabilidad, una de las principales tesis de MacCormick, no necesariamente novedosa como requisito de la justificación pero sí original por las conexiones que el autor escocés le atribuye con la razón práctica y la teoría constitucional (*rule of law* y principio de igualdad)¹⁴. La universalizabilidad es una característica de la justificación exigida por el concepto de justicia formal y consistencia del derecho que se corresponde con el carácter universal de las normas jurídicas. La justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales se produzca siempre sobre la base de proposiciones universales (normas) que el juez está dispuesto a suscribir como base para decidir del mismo modo todos los casos iguales al caso individual presente que puedan presentarse. «No hay justificación sin universalización... para que hechos o motivos particulares sean razones justificativas deben poder ser subsumibles bajo un principio general de acción enunciado universalmente, aunque el universal pueda reconocerse como derrotable» (RRL: 99).

No es sólo la estructura de la justificación¹⁵, sino que también los argumentos (*fractales*) utilizados en el razonamiento jurídico, en el proceso de argumentación, pueden ser deductivos, es decir argumentos lógicos donde una proposición, la conclusión del argumento, viene implicada por otras proposiciones, las premisas del argumento, de forma que sería contradictorio afirmar las premisas pero negar la conclusión. La validez lógico-formal del argumento no garantiza la validez material o «verdad» de la conclusión, eso dependerá de la «verdad» de las premisas¹⁶. Quien desee realizar un argumento

¹⁴ Es sobre todo en *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* Oxford, 2005 (en adelante RRL), donde MACCORMICK desarrolla su modelo deductivo y el criterio de universalizabilidad, especialmente en los capítulos 3 «On the Legal Syllogism», 4 «Defending Deductivism» y 5 «Universals and Particulars». Sobre el capítulo 5 se celebró un simposio en Edimburgo algunas de cuyas ponencias fueron publicadas en BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning* (Ashgate, 2006). Interesa especialmente el capítulo de MacCormick «An Attempted Response», pp. 253-264, donde aborda las críticas a su visión deductivista y su insistencia en la universalizabilidad. Véase también la recensión de RRL en *EUI Working Papers* 2006/23, por Giovanni Sartor, «Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law», disponible en <http://ssrn.com/abstract=963324>.

¹⁵ SARTOR (art. cit., p. 4) coincide en considerar como una de las principales aportaciones de MacCormick el considerar la lógica como una *herramienta estructurante* en el sentido que proporciona una estructura o un marco a la justificación judicial. En cambio, le critica una versión proceduralista de la derrotabilidad, que minimiza el papel de la derrotabilidad óptica y cognitiva.

¹⁶ RRL: 76: «Todos los enunciados sobre los hechos (institucionales) y los enunciados sobre normas jurídicas tienen una calidad *derrotable* y por eso los enunciados deben ser abiertos (*open-ended*)».

deductivo en el derecho deberá por lo tanto defender y justificar las premisas, recurriendo para ello las variedades de argumentación retórica o práctica.

MacCormick considera que el razonamiento jurídico es ocasionalmente o incluso recurrentemente, deductivo y que la estructura de la justificación puede reconducirse normalmente al esquema deductivo, pero presenta esta tesis, que podría ser susceptible de verificación empírica, mediante un argumento retórico-lógico *a minore ad maius*, es decir, que basta que sea deductiva alguna vez para que de hecho pueda serlo teóricamente y esto basta para contrarrestar las críticas que niegan que el razonamiento jurídico pueda ser lógico o deductivo. Así lo expresa: «dado que los tribunales dan ciertos hechos por probados y que éstos, sean correctos o no, cuentan como verdaderos a efectos del derecho, dado que las reglas jurídicas pueden, al menos ciertas veces, ser expresadas con la estructura «si *p* entonces *q*» y dado que resulta, al menos algunas veces, que los hechos probados son casos inequívocos de *p*; se sigue que algunas veces ocurre que una conclusión jurídica puede derivarse válidamente por lógica deductiva de la proposición sobre derecho y de la proposición sobre los hechos que sirven como premisas y por lo tanto una decisión jurídica que da efecto a esa conclusión jurídica puede justificarse por referencia al argumento deductivo»¹⁷. El enfoque es bastante defensivo y no otorga a la lógica o a las lógicas todo el papel que podrían desplegar en cuanto modelos formales de otras formas de razonamiento; no sólo el deductivo sino el inductivo, la derrotabilidad, el cálculo de probabilidades, la teoría de los juegos, la lógica borrosa. Sobre esta cuestión volveremos al tratar de los argumentos a partir de consecuencias.

Universalizabilidad y generalidad

Otra importante aportación de MacCormick en relación con la universalidad es la distinción lógica entre generalidad (cuestión de grado) y universalidad (propiedad lógica): la proposición «se prohíbe toda discriminación entre las personas» es más general que la proposición «se prohíbe toda discriminación entre las personas por motivos de nacionalidad» aunque ambas son universales. La distinción es crucial para captar la teoría sobre la *ratio decidendi* en los precedentes judi-

¹⁷ En LRLT: 37, nuestra traducción. La respuesta se relaciona con la crítica según la cual la vida del derecho no es lógica sino experiencia y se reconduce al escepticismo sobre reglas y sobre pruebas, FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New York, 1936. El recurso de MacCormick no es sólo retórico sino que puede considerarse como la falsación de la (hipó)tesis según la cual el razonamiento jurídico nunca es lógico y no puede ser deductivo. De hecho MacCormick cita la teoría sobre el falsacionismo de K. Popper, desarrollada en *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1968. En RRL: 32 la pregunta que se hace MacCormick es si el razonamiento jurídico puede ser silogístico de un modo interesante y la respuesta es sí, con reservas y matices. Sigue siendo un enfoque defensivo.

ciales y para comprender el concepto de *equidad*. Sobre la *equity*, explica MacCormick (LRLT: 97-8) cómo «en un sistema de derecho positivo legislado pueden encontrarse normas formuladas con un grado tal de generalidad que su aplicación a un litigio concreto puede parecer injusto, injusto porque las categorías contempladas en la norma no son suficientemente sutiles». En tales circunstancias hay buenas razones para no aplicar literalmente la norma al caso concreto y formular una excepción, pero sería exactamente igual en todas las circunstancias (suficientemente) iguales a ésta, por lo que no se abandona el principio de universalizabilidad: los «méritos» del caso individual son los méritos del tipo de caso al que pertenece el caso individual. Respecto de la *ratio*, afirma MacCormick (LRLT: 215) que es «el fallo explícita o implícitamente dado por un juez y que es suficiente para decidir una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un litigio, cuestión que es necesario resolver para justificar la decisión en el caso concreto». Los casos futuros que sean (pragmáticamente) idénticos¹⁸ al caso presente se decidirán del mismo modo, para lo cual es necesario que el grado de generalidad con que se formula la proposición que decide la cuestión de derecho sea suficiente para abarcar los casos idénticos futuros pero no sea tan amplio que cubra también otros casos que no sean pragmáticamente idénticos. En ese caso se recurriría al razonamiento analógico.

La respuesta correcta y el ámbito de discrecionalidad

La teoría del razonamiento jurídico ha sido enriquecida a finales del siglo xx gracias al debate suscitado en torno a la tesis dworkiniana de la respuesta correcta (*One Right Answer*) en casos difíciles, a su vez relacionada con la tesis de los derechos (*Rights Thesis*). Dworkin había imputado a Hart la tesis según la cual en los casos difíciles, los jueces dispondrían de una discrecionalidad en el sentido fuerte, cuando en realidad la discreción judicial queda reducida por la pre-existencia de derechos y sólo es débil. En LRLT (cap. IX), MacCormick cambia los términos del debate: no se trata tanto de decidir si la discreción es fuerte, como defiende Hart, o débil, como defiende Dworkin, sino de determinar en qué consiste o en dónde reside: si el desacuerdo es de tipo especulativo (sobre cómo es el mundo) como parece asumir Dworkin con su tesis sobre la respuesta correcta o es más bien de tipo práctico (sobre qué hacer) como defiende MacCormick.

¹⁸ La decisión sobre la relación de identidad de dos casos es siempre una decisión pragmática sobre la suficiente igualdad de rasgos de ambos casos en el contexto de la aplicación y argumentación judicial. La decisión sobre la relación analógica entre dos casos es también pragmática. Véase MACCORMICK and SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedent: A Comparative Study*, Aldershot, 1997.

Admitiendo que el sistema jurídico comprende también principios y que los litigios en casos difíciles versan sobre derechos, resulta que hay derechos *prima facie* que vienen determinados por principios jurídicos, morales o políticos (*principle-based rights*) y derechos *prima facie* derivados de interpretaciones divergentes de reglas ambiguas (*rule-based rights*), y estos derechos, reglas y principios suelen chocar en los casos difíciles y los jueces han de decidir cuál de ellos y en qué medida debe prevalecer. En los casos difíciles se producen conflictos entre derechos *prima facie* y la decisión implica resolver cuál ha de ser preferido como el mejor derecho después de haber considerado todas las opciones. En ese sentido es cierto que la adjudicación judicial confirma derechos preexistentes, pero ello no implica que no sea el resultado de una auténtica elección entre opciones posibles o plausibles ni que el desacuerdo sobre cuál de los derechos *prima facie* deba prevalecer deje de ser un caso de genuino desacuerdo práctico. La discreción judicial esté limitada también en los casos difíciles (no sólo en los fáciles), pues la elección debe ser justificada como ajustada a derecho (consistente y coherente con el derecho). Pero el hecho de que existan desacuerdos sobre la respuesta correcta no demuestra necesariamente que exista dicha respuesta correcta, aunque no sepamos cuál sea ni quién la tenga (los desacuerdos en el derecho no son sólo especulativos)¹⁹.

Principios y políticas

MacCormick se muestra además crítico con la distinción dworkiniana entre argumentos de principio y argumentos de políticas (*policy arguments*), según la cual los derechos se expresan en principios y las políticas representan objetivos colectivos (*goals*) más que derechos. Para MacCormick (LRLT, *Excursus* al cap. IX), la distinción, en el sentido estipulado por Dworkin es infeliz al violentar el uso ordinario de los términos «principio» y «policy». Como hemos visto en el párrafo anterior, la crítica no se dirige únicamente contra la estipulación significativa propuesta por Dworkin sino también contra la teoría de la adjudicación: la respuesta correcta es la que hace prevalecer los derechos; es una respuesta fundamentada en los principios y no en las políticas. Sin embargo, como indica MacCormick, los principios

¹⁹ Obsérvese que la tesis de la única respuesta correcta (*Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1997) no casa bien con su concepto interpretativo del derecho (*Law's Empire*, London, 1986; *El Imperio de la Justicia*, Barcelona 1988); a lo sumo se trataría de la mejor interpretación posible, como parece admitir el propio Ronald Dworkin en su libro *Justice in Robes*, London, 2006, *La Justicia con Toga*, Madrid, 2007), donde la tesis de la respuesta correcta se ha difuminado. En este sentido, en RRL: 77 apunta acertadamente MacCormick, «That one can always cite grounds for preference of one good interpretation over another does not mean that such grounds are usually (even if they may sometimes be) conclusive. Such argumentation exercises and calls for virtues like wisdom, humanity and common sense. It is practical reasoning, not deductive reasoning».

no sólo o no siempre versan sobre derechos sino también sobre otras posiciones o relaciones jurídicas y los argumentos de políticas, además de analizar si los medios propuestos son eficaces y deseables, también se plantea si los objetivos (*goals*) perseguidos son deseables y al hacerlo se acercan a los argumentos a partir de principios. Quizá la forma de concebir estos argumentos esté relacionada con la argumentación deontológica y teleológica en la filosofía práctica. Los argumentos a partir de principios tienden a ser deontológicos, a mirar al pasado y a garantizar derechos subjetivos, mientras que los argumentos que persiguen políticas miran al futuro y buscan la consecución de ciertos resultados que aseguren objetivos deseables; son teleológicos, utilitaristas o consecuencialistas.

Interpretación y argumentación

Ocuparía excesivo espacio presentar la teoría de la interpretación jurídica de MacCormick, o por ejemplo la influencia que sobre él ejerciera J. Wróblewski –los distintos conceptos de interpretación, las tres categorías principales de interpretación–. Lo que interesa aquí es detectar su innovación principal, que reside en el entronque con la filosofía práctica y la tesis de la argumentación jurídica como «caso especial» fundado sobre la especial relevancia de los argumentos de autoridad en el derecho: para MacCormick la argumentación jurídica no puede nunca operar de modo aceptable sin referencia a algún argumento de autoridad. Los argumentos de autoridad ocupan un lugar especial, no exclusivo ni excluyente, en la argumentación jurídica. Uno de los rasgos del derecho es que allí donde opera, el derecho instituye un tipo especial de razonamiento sobre asuntos prácticos que prescinde de una deliberación general o abstracta sobre lo que en un contexto determinado sería mejor hacer o no hacer. Cuando se apela al derecho no se toman en consideración todos los factores posibles sino que se toman en cuenta los requisitos del derecho (incluyendo permisos y capacidades), y la decisión se centra en la aplicación o el cumplimiento de dichos requisitos. La omnipresencia de las razones de autoridad no es sin embargo independiente de las razones más substantivas de la argumentación práctica. Los argumentos de autoridad presuponen una pretensión de obediencia: donde la autoridad se ejerce legítimamente, la desobediencia es, *prima facie*, incorrecta. Las razones sobre las que se basan las razones de autoridad no pueden ser a su vez, exclusivamente, razones de autoridad. Para hacer inteligible este tipo de razones se debe entrar en una argumentación teleológica o deontológica o mixta. Se debe alegar que es correcto respetar normas dictadas de un cierto modo o ciertos valores –acaso la paz o el orden social– asegurados por la observancia de tales normas. Dicho esto, el derecho es un foro de argumentación *institucional* en la medida en que otorga necesariamente un lugar

central a las «razones de autoridad» en la forma de leyes, precedentes, fuentes doctrinales y similares.

MacCormick no suscribió las tesis (ontológicas) tan caras a la escuela genovesa de positivismo analítico²⁰, relativas a la distinción entre disposición y norma, y ello a pesar de que contemplaba el derecho más desde la perspectiva del *norm-user* que del *norm-giver*. Su concepto interpretativo del derecho posiblemente llevaría a negar una independencia ontológica a la disposición jurídica, fuera de la norma que emanó de la autoridad reconocida en una fuente jurídica. Su principal preocupación era salvar el principio de legalidad y la seguridad jurídica y le parecía que la separación radical de la norma respecto del continente que la alberga suponía un riesgo de inseguridad. En este sentido tampoco abrazó las concepciones de la interpretación jurídica como parte de un proceso comunicativo que comienza con la legislación y culmina en la interpretación judicial. Para MacCormick, además, no todo valía en la interpretación jurídica²¹, y por ello los jueces podían cometer genuinos errores de interpretación, tanto semánticos sobre el significado de las «normas» como pragmáticos sobre su mejor formulación.

Argumentos consecuencialistas

Es precisamente en torno a esta argumentación consecuencialista donde encontramos otras de las contribuciones de MacCormick a la teoría del razonamiento jurídico: los argumentos de consecuencias²², los que tienen en cuenta las consecuencias hipotéticas que se seguirían en caso de adoptar un fallo u otro. La filiación filosófica de estos argumentos la encontramos en el utilitarismo ideal de las reglas y en el pragmatismo, lo cual hace entroncar el razonamiento jurídico con dos escuelas anglófonas de la filosofía práctica. Los argumentos a partir de las consecuencias implican (1) postular un fallo judicial para el caso concreto enmarcado en una regla universalizable, (2) examinar el sentido práctico de dicho fallo y dicha regla (*la ratio*) considerando los tipos de decisiones que acarrearía en todos casos imaginables y (3)

²⁰ Baste a estos efectos con citar a GUASTINI, R., *Dalle Fonti alle Norme*, Torino, 1990.

²¹ En este sentido, sin apoyar nunca la *One Right Answer*, MacCormick se alineaba con Dworkin frente a tesis más semióticas o contextualistas donde los autores de las normas y sus posibles intenciones pasan a segundo plano (FISH, S., «Is there a Text in this Class?» en NEIL, Alex y RIDLEY Aaron, (eds.), *The Philosophy of Art*, New York, 1997).

²² Con una formulación de muy difícil traducción, explica MacCormick (LRLT: 252): «Consequentialist argument involves framing the universalized ruling necessary to the instant decision, examining its practical meaning by considering the types of decision which it will require in the range of possible cases it covers and *evaluating* these as consequences of the ruling. This evaluation does not use a single scale of measurable values... It involves multiple criteria, which must include at least “justice”, “common sense”, “public policy”, and “legal expediency”».

evaluar estas decisiones como posibles consecuencias del fallo, conforme a una pluralidad y diversidad de criterios como la justicia, la conveniencia, el sentido común, el bienestar público, la prudencia inherente en el término *Jurisprudence*. Estos criterios son explorados en el capítulo 9 de RRL sobre la *razonabilidad*.

MacCormick distingue dos sentidos de consecuencias: las implicaciones jurídicas de las posibles decisiones interpretativas y normativas en el seno del sistema jurídico y las repercusiones o los impactos de dichas decisiones sobre el entorno del derecho, sobre la sociedad. Esta distinción es especialmente pertinente al permitir distinguir el tipo de análisis de se realiza –económico, sistémico, sociológico, estructural, conceptual, teoría de los juegos, análisis de riesgos– el grado de probabilidad, plausibilidad o previsibilidad de las consecuencias postuladas en una consecución de eventos hipotéticos –una escala desde lo muy probable a lo muy remoto– y el tipo de valores desde los que se evalúan las previsibles e hipotéticas consecuencias.

Por muy deseable que sea un argumento de este tipo, no será de recibo si contradice una norma jurídica el sistema o si se separa ostensiblemente, sin ser susceptible de distinción, de un precedente considerado como autoridad. Por ello los argumentos a partir de consecuencias cobran su operatividad dentro de los márgenes de la justificación judicial: silogismo judicial, universalizabilidad, consistencia, prueba y relevancia de los hechos. Los argumentos a partir de las consecuencias deseables de las decisiones propuestas añaden fuerza –racionalidad y persuasividad– a la justificación y pueden motivar la elección de una interpretación concreta sobre otra interpretación también posible y plausible pero cuyas consecuencias –internas y externas al derecho– se consideren menos deseables desde el punto de vista de los valores –jurídicos y extrajurídicos– que se propugnen. En este sentido los argumentos consecuencialistas pueden reforzar y reforzarse con los argumentos de coherencia, otra de las contribuciones de MacCormick a la teoría del razonamiento jurídico, el criterio de la coherencia.

Los argumentos de coherencia

MacCormick entiende la coherencia en un sentido amplio como el hecho de que las normas del sistema «tengan sentido» (*making sense*) al *integrarse* en un todo (LRLT: 154). La coherencia se distingue de la consistencia que implica que no se produzcan contradicciones entre las normas. La consistencia sería una propiedad lógica y formal, mientras que la coherencia normativa sería una armonía material, una integridad entre (las interpretaciones de) las normas del sistema²³. Esta

²³ El concepto de integridad es preferido por Dworkin que propone su concepción de «Law as Integrity». En «Integration and Integrity», *op. cit.*, se asume esta acepción y se relaciona con el proyecto de integración europea.

característica la relaciona con dos aspectos clásicos del pensamiento de MacCormick que ya hemos abordado, el (1) punto de vista interno propio del concepto interpretativo del derecho que aprecia en el mismo una *overall coherence*, una coherencia global basada en un conjunto de valores, de los cuales las normas y reglas más detalladas serían instancias concretas, y los (2) principios, que dada su generalidad son candidatos naturales para proporcionar coherencia, más que las reglas concretas. Desde el punto de vista formal, los argumentos analógicos también recurren a una cierta noción (pragmática) de coherencia que aprecia similitud material entre dos situaciones, enunciados o argumentos normativos.

Los argumentos de coherencia aparecen en la justificación judicial, aportando una especie de *estructura de soporte*²⁴ y en la interpretación (contextual o sistemática) de las normas. Como dice MacCormick (RRL: 47-8): «Ninguna norma jurídica puede interpretarse razonablemente abstrayéndola de su lugar en un todo más amplio... lo cual nos conduce a los argumentos de coherencia. ... La coherencia implica una idea de ordenamiento o de sistema y presupone que el sistema se sostiene bastante bien; ... gran parte del conocimiento sobre el derecho y sobre cómo se ha desarrollado viene ya presupuesto a la hora de interpretar incluso un texto aislado. La totalidad del derecho comprende muchas partes, y sin comprender las partes, el todo no tiene mucho sentido. Del mismo modo, no se puede dar sentido a las partes sin contemplar cómo se integran en el todo. Este “círculo hermenéutico” explica por qué el derecho (como el resto de las ciencias sociales) es un tema tan difícil y frustrante cuando se comienza a estudiar».

Podríamos distinguir hasta cuatro sentidos de «coherencia» en la obra de MacCormick. En primer lugar, la coherencia global, obtenida a través de una reconstrucción racional y «principal» del sistema jurídico, sería cercana a la noción de integridad de Dworkin; es lo que MacCormick llama la *overall coherence* que enfatiza el rol de los principios a la hora de desarrollar una concepción interpretativa del derecho. Este sentido de la coherencia inspira a la interpretación jurídica: la coherencia global del derecho funciona como un ideal regulativo al que aspira la interpretación. Quizá esta versión de la coherencia podría servir además para enfocar la problemática del pluralismo jurídico y del pluralismo constitucional, un tema en el que MacCormick ha realizado interesantes aportaciones teóricas en *Questioning Sovereignty* (Oxford, 1999). En segundo lugar, la coherencia normativa funcionaría como un criterio en la interpretación de las normas, un test de la argumentación aplicado caso por caso que propugna adoptar

²⁴ Cuando todos los argumentos utilizados para la interpretación apuntan en la misma dirección se refuerza la coherencia de la interpretación y se gana en calidad de justificación; algo similar ocurre con la coherencia narrativa a la hora de acumular las evidencias e indicios proporcionados por las pruebas.

aquella interpretación que resulte más coherente con los principios que inspiran un conjunto de normas²⁵. Coincidiría con una derivación ligera de una norma a partir del sistema jurídico frente a las derivaciones lógicas o fuertes que implican los argumentos lógicos. Una tercera sería la coherencia narrativa, otra de las innovaciones de MacCormick²⁶. Se trata de un criterio de la decisión de evidencia o de prueba por el que se contempla la información fáctica obtenida en un marco explicativo narrativo donde el relato de lo (probado como) acaecido en su conjunto, la calidad de los esquemas explicativos, la completitud de la información veraz se combinan para adquirir una verosimilitud o razonabilidad adicionales. La coherencia narrativa tiene un carácter diacrónico o dinámico frente al carácter más sincrónico y sistémico de la coherencia normativa. Por fin, habría una cuarta noción de coherencia de la justificación, donde los distintos argumentos interpretativos o sobre la relevancia apuntan en la misma dirección generando una estructura de justificación que es más convincente o razonable que la suma de los argumentos individualmente considerados. Sería paralela a la coherencia narrativa pero en relación con la presentación retórico-argumental de la proposición normativa y tendría especial importancia a la hora de formular la *ratio decidendi*.

La teoría institucional del derecho

Desde su lección inaugural «Law as Institutional Fact» hasta su conferencia de jubilación o «valedictory» titulada «Just Law»²⁷, la teoría institucional aparece como una forma de entroncar con el institucionalismo propio de la tradición escocesa, junto a otras versiones del institucionalismo, y la filosofía analítica aplicada a los actos de habla (Austin y Searle). Las dos obras principales son el libro escrito conjuntamente con Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht, 1986), y su reciente *Institutions of Law* (Oxford, 2007, en adelante IL), donde define el derecho como «ordenamiento normativo institucional».

Se trata de la definición más breve y más acertada que se pueda aportar y recoge magistralmente el pensamiento de MacCormick: el entronque con la filosofía práctica al ser el derecho uno más entre los órdenes normativos y su contribución personal, una teoría institucional que distingue al derecho de los restantes órdenes prácticos pero es suficientemente amplia y alejada de específicas modalidades de derecho –la relación entre derecho y estado no es necesaria sino contin-

²⁵ Véase MORAL, Leonor, una interesante representante de esa escuela virtual de MacCormick, «A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for the European Court of Justice», 16, *Ratio Juris* (2003), 296-323.

²⁶ RRL, capítulo 11, «Legal Narratives».

²⁷ Puede escucharse en formato mp3 en la siguiente dirección: http://law-srv0.law.ed.ac.uk/media/42_professorneilmcormacksvalidictorylecture.mp3.

gente— como para captar formas de derecho que otras definiciones suelen expurgar del concepto de derecho.

Los órdenes normativos existen cuando, y en la medida que, los seres humanos orientan su conducta por referencia a alguna norma de conducta y perciben dicha conducta como «debida» u «ordenada» (*orderly*) en contraposición a indebida y desordenada (*disorderly*), en razón de su conformidad con las normas. Este tipo de orden acontece cuando la vida social se desarrolla de un modo predecible e inteligible, con una relativa seguridad de que la gente respetará de una forma razonablemente leal las normas de conducta, lo cual genera un sistema de expectativas mutuas incluso entre personas que no se conocen. Las normas, sean del tipo que sean —lingüísticas, de juegos, de prácticas sociales como la danza, de actividades estéticas como la música, o incluso las del orden moral cotidiano— no existen de modo solitario, como preceptos o medidas aisladas sino que se agrupan en conjuntos y pertenecen a sistemas, conformando instituciones. Esto es especialmente visible en el caso del derecho estatal, que es siempre, en un cierto grado, ordenado y sistemático. Creer en, y orientar la propia conducta conforme a, un conjunto de normas del sistema estatal es un modo particularmente importante de alcanzar un nivel de orden y seguridad entre la gente en sociedades complejas cuyos miembros son socialmente anónimos. Pero los sistemas jurídicos no tienen una presencia física tangible sino que son construcciones mentales ideales, son objetos del pensamiento. Sin embargo, un sistema jurídico pertenece al mundo social real, no al puro mundo de las ideas. En ese mundo social a ese sistema jurídico le corresponde, aunque sea imperfectamente, un ordenamiento jurídico positivo o real (la tesis de las fuentes sociales). Aseverar que un «sistema jurídico» existe en algún lugar es una forma de dar cuenta de un tipo de orden social que opera en dicho lugar y por eso el derecho es un importante factor que explica la existencia de orden y concierto (*orderliness*). Nos encontramos pues ante un orden institucional.

La caracterización del derecho como orden u ordenamiento normativo no debe sorprender, pero es su elemento institucional lo que merece la pena explicar más detenidamente. Se parte del concepto de hechos institucionales en la acepción y expresión acuñada por Searle, los cuales presuponen la existencia de reglas de conducta existentes en sistemas de normas, en el caso del derecho, de normas jurídicas. Lo que hace que un ordenamiento sea institucional tiene que ver con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al ordenamiento en cuestión y que se identifican o reconocen como válidas en dicho orden. Instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos son típicamente «institucionales» en este sentido, son agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter auto-referencial pues quienes operan en su seno tienen autoridad para

hacerlo sobre la base de las mismas reglas que hacen que sean el tipo de agencias que son. La influencia de Weber, Luhmann o Teubner no es despreciable.

Pero el concepto de institución abarca también otro conjunto de normas que los juristas designan como «institutos» o instituciones. Así, la familia, el matrimonio, la filiación, la herencia, el contrato y los distintos tipos de contrato, la responsabilidad extra-contractual son instituciones de derecho (privado). Están definidas y determinadas por un conjunto de reglas de tres tipos: constitutivas, consecutivas y terminativas. *Institutions of Law* representa en este sentido una teoría general del derecho que aplica el enfoque institucional al derecho en su conjunto como orden normativo relacionado conceptualmente con la justicia (IL: cap. 15) y aplica también este concepto de institución a los distintos ámbitos del derecho: al estado y a sus agencias, poderes y órganos, a las personas, a los daños y deberes, a las posiciones y relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), a las cosas (propiedad), a los poderes públicos y la validez (actos administrativos), a los límites al ejercicio del poder (derechos fundamentales), al delito (derecho penal), al mercado, al comercio y a la economía (IL: caps 5-14). Como se puede apreciar nos encontramos ante una teoría general que pretende y consigue explicar todas las ramas del derecho desde una coherencia interpretativa que presenta además al derecho como muy cercano a los restantes órdenes normativos. Con esta monumental obra que combina la profundidad teórica con los conocimientos a la vez enciclopédicos y detallados sobre todo el derecho no sólo escocés, sino también inglés y europeo, MacCormick entronca perfectamente con la obra del jurista escocés pre-ilustrado Lord Stair, cuyo significativo título es precisamente *The Institutions of the Law of Scotland* (1681, 1693)²⁸.

No todos los ordenamientos normativos son derecho y no todos los derechos, no todos los ordenamientos normativos institucionales, adoptan o requieren para su existencia la figura del Estado. Igual que no todo el derecho es estatal, también hay estados que no son estados de derecho. En todo país donde se haya tenido que estudiar el derecho canónico como una disciplina de la carrera de derecho esto debería parecer una obviedad, lo mismo que ocurre con el derecho de la Unión Europea (o las Comunidades Europeas) cuyos oficiales y funcionarios pueden estar sometidos a la ley o al principio de legalidad (*rule of law*) sin que la UE sea un estado. *Institutions of Law* muestra cómo el derecho se relaciona con el estado y con la sociedad civil, estableciendo las condiciones para la paz social y para la economía real. En esta tarea MacCormick se hace eco de los avances en la sociología del

²⁸ Véase la edición tricentaria a cargo de D. M. WALKER, Edimburgo y Glasgow, 1981. En su dedicatoria al rey Carlos I, Lord Stair lo consideró como un compendio de las leyes y costumbres de su viejo Reino de Escocia presentado según un método claro, racional y natural, en el que la justicia natural se deduce de varios principios evidentes y del que se siguen todos los distintos derechos privados...

derecho, especialmente la teoría de sistemas (y expectativas mutuas). Es un loable y logrado empeño por elaborar una teoría general del derecho que al mismo tiempo se base sobre una sociología del derecho. Permite además abordar conceptualmente el tema del pluralismo jurídico en general –la coexistencia o la existencia paralela según el caso del derecho estatal y de otros órdenes normativos institucionales no estatales– y el pluralismo constitucional que caracteriza a la UE en estos momentos: reglas de reconocimiento nacionales según las cuales el ordenamiento jurídico europeo reposa sobre las constituciones de los 27 Estados Miembros y regla de reconocimiento comunitario que engloba a los ordenamientos jurídicos municipales o domésticos en el ordenamiento constitucional común de la integración europea.

Como toda teoría general, la teoría institucional de MacCormick comporta además una epistemología y su correspondiente metodología (IL: cap. 16). Pretende analizar la naturaleza de las pretensiones sobre el «conocimiento del derecho», delimitando críticamente la posibilidad de emprender estudios jurídicos con un carácter genuinamente científico. Los estudios jurídicos inevitablemente están marcados por una orientación hacia los valores de tal modo que la filosofía jurídica analítica ya no puede ser positivista en el sentido de *value-free*. En este punto quizá haya exagerado MacCormick las tesis positivistas: el ius-positivismo clásico no tenía por qué negar la influencia (social) de los valores en el derecho ni en la fase de creación ni en la fase de aplicación e interpretación. Pero la afirmación es mucho más radical: la filosofía jurídica tampoco puede estar conceptualmente separada de la razón práctica. Es aquí es donde se da el salto hacia el post-positivismo o el acercamiento con un cierto derecho natural, ya que positivismo clásico acometía una separación conceptual tanto en materia de validez jurídica como en materia de conocimiento y descripción del derecho válido.

3. CONCLUSIÓN: EL GIRO HERMENÉUTICO EN EL DERECHO

La obra de MacCormick comienza con una marcada influencia del tipo de positivismo analítico de Hart. Sin embargo desde el inicio su interés por la razón práctica y por la dimensión social-institucional apuntan a un desarrollo original que se confirma en su obra posterior. La teoría institucional del derecho se ha convertido en una genuina aportación a la teoría general del derecho y con el tiempo *Institutions of Law* se convertirá en un clásico equiparable a *Legal Reasoning and Legal Theory* o al *Law's Empire*.

En su obra más madura MacCormick da un giro hacia la concepción interpretativa o hermenéutica del derecho, más receptiva a las ideas de Dworkin. El debate entre Hart y Dworkin lo presenta en los siguientes términos: «Hart creía posible llevar a cabo un análisis filo-

sófico del derecho que fuera enteramente descriptivo de una institución social importante que se encuentra en diversas formas en muchas sociedades y muchos estados distintos. Esta descripción reconoce que los participantes de dicha institución tienen una adhesión hacia la misma cargada de valores y que ciertos valores pueden por lo tanto ser altamente relevantes para una descripción rica de tal institución. Pero no tienen por qué ser los valores de, ni valores compartidos por el teórico descriptivo, sino simplemente los valores (observados y descritos) de los participantes activos del sistema. ... Por su parte Dworkin, en su Conferencia Hart de 2001, se confesó sencillamente incapaz de captar qué pudiera haber que describir desde esta supuesta teoría descriptiva. Para él, toda teorización política y social, incluida la teoría jurídica, debe expresar algún «compromiso valorativo» por parte del teórico, ya que todo intento de captar cualquier práctica o institución social debe ser al mismo tiempo una interpretación de las mismas. La mejor interpretación de una práctica es la que intenta darle su mejor sentido y esto exige construir la versión más atractiva desde el punto de vista valorativo que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad»²⁹.

No es que haya habido un cambio de posición sobre el *concepto* de derecho³⁰, sino más bien de *concepción*, pasando de ubicarse en las filas positivistas a hablar de un post-positivismo. No sabemos si es bajo la influencia de las críticas de MacCormick que Dworkin a su vez fue abandonando la tesis de la única respuesta correcta o al menos una cierta forma de interpretarla, ya que Dworkin es parco y caprichoso a la hora de reflejar o identificar la filiación de sus ideas. Lo cierto es que se ha producido un acercamiento de ambos pensadores hacia esta nueva forma de post-positivismo o positivismo hermenéutico. Este acercamiento no conlleva una confusión entre derecho y moral. Son órdenes genuinamente diferentes en virtud del carácter «positivo», institucional y heterónomo del derecho, que contrasta con la autonomía, un valor fundacional de la moral (kantiana) que defiende MacCormick en su última obra, *Practical Reason in Law and Morality*.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

²⁹ H. L. A. Hart, 2nd edition, Stanford, 2008, p. 15 (nuestra traducción).

³⁰ Ya en LRLT (239) defendía lo siguiente: «I cannot have a full grasp of a particular legal system in terms of its principles as well as its rules unless I “get myself inside it” to the extent of grasping the conception or conceptions of justice and the good by which it is animated. I am not incapacitated thereby from rejecting the governing conceptions of justice and the good as corruptions of rather than manifestations of justice and the good life among human beings –which involves normative judgment by reference to my conception of justice and the good».