
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.

