



Directores: Luis Vega y Hubert Marraud **Secretaria:** Paula Olmos
ISSN 2172-8801 / doi 10.15366/ria / <https://revistas.uam.es/ria>

Reseña de:

Neil MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico.*

Neil MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico.*
Lima: Ed. Palestra, 2016. 466 pp. ISBN. 978-612-4218-56-9
Traducción de José Ángel Gascón de: *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (2005).

Por: Ricardo Cueva Fernández

Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Área de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
ricardo.cueva@uam.es

El desafortunadamente desaparecido Neil MacCormick ha sido uno de los más eminentes filósofos del Derecho de las últimas décadas. Su magisterio ha influido en numerosos académicos de renombre y su obra aún es leída y divulgada en todo el mundo. Es necesario, pues, saludar con alegría esta traducción de una obra del 2005 que aún no había pasado a edición en castellano alguna y que en esta ocasión patrocina la estupenda editorial Palestra, ubicada en Lima y que tan encomiable esfuerzo está realizando en los últimos tiempos, con títulos en su haber ya tan destacables como *Fuerza de Ley*, de Frederick Schauer, o *Teoría de la Argumentación Jurídica*, de Robert Alexy. La traducción, aunque a veces se aparte de la habitual terminología en el campo iusfilosófico (por ejemplo, apuntando “rebatibilidad” en lugar de “derrotabilidad”), es en general limpia y elegante, haciendo honor así a la claridad propia del autor que traslada.

No resulta superfluo tampoco señalar que gran parte del prestigio acumulado por MacCormick proviene de su desempeño como eurodiputado a finales de los noventa y a través de su militancia en el Partido Nacional Escocés. Esta experiencia política, muy conectada a la tarea legislativa del Parlamento Europeo e incluso a la emprendida en su momento por la Convención que intentaría la consolidación de un marco constitucional para el continente, resultaron fuente de reflexiones y acercamientos para el autor que explican precisamente la redacción de sus trabajos académicos. De hecho, quizás el volumen refleja mejor que ninguno de los suyos restantes el empeño de MacCormick en construir un rule of law para Bruselas. Y con unas señas de identidad propias, por cierto, referidas en última instancia a la Filosofía del Derecho, rara avis entre los comisionados políticos de cualquier asamblea representativa.

El libro que aquí se aborda sigue los planteamientos de su autor ya contenidos en su *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) y de los cuales supone una continuación. De hecho, y como bien explica al principio del volumen, varios de sus capítulos son versiones reescritas de trabajos anteriores (y ninguno, que yo sepa, traducido tampoco nunca por separado al castellano). Este resulta ser un método de trabajo habitual entre los académicos: la recopilación y luego posterior encaje de piezas prefabricadas, y que algunas veces da buenos resultados y en otras ocasiones no tanto (como me dijo alguien con buen criterio, a menudo es casi mejor empezar de cero una obra que trabar piezas incoherentes y esparcidas). En este aspecto, y aunque no quiero adelantar demasiado de la reseña, debo indicar sin embargo que MacCormick consiguió una obra bastante coherente, pese a algunas redundancias inevitables en este tipo de trabajos.

El profesor escocés, pues, comienza dejando bastante claro cuál es su objetivo, que no es otro que el de profundizar en una posible teoría sobre la argumentación jurídica, y utiliza el término “retórica”, que da título a su propia obra, en un sentido muy distinto al que emplea Perelman, de acuerdo con el acertado comentario que redacta Manuel Atienza en su jugoso prólogo (y por cierto, un motivo más para adquirir el volumen), en donde también pone de manifiesto que el auditorio universal de aquél no es igual que el espectador imparcial de MacCormick, aunque pudiera guardar cierta semejanza (13). El libro de MacCormick, pues, comienza con un examen sobre el papel de las instituciones en el Derecho, que sus líneas tildan de prominente: en cuanto un Estado alcanza en cierto territorio un determinado nivel de organización, quedarán configurados criterios sobre qué individuos, y con qué calificaciones, serán competentes para decidir asuntos, en qué circunstancias pueden ejercer esa competencia, y qué formalidades de tipo procedimental tendrían que invocarse para el proceso de decisión, que culminaría en una conclusión vinculante para sus receptores. Todo esto compondría, así, instituciones decisorias que producirían juicios (35). Los criterios de reconocimiento de H.L.Hart, de quien el propio MacCormick fue discípulo en su juventud, afloran, pues, de forma inequívoca. Y también los límites de la argumentación: “como filósofo del Derecho entre las filas de los legisladores, yo siempre tuve una cierta inclinación a recordar a mis colegas que la certeza es inalcanzable y que lo máximo que uno puede hacer es disminuir la incertidumbre hasta un grado aceptable” (46).

Ese “nivel” mínimo de certidumbre es propio del Estado de Derecho, y por tanto la argumentación se sitúa como una de sus principales herramientas de implementación, como revela ya el primer capítulo de *Retórica y Estado de derecho*: “valores como la seguridad jurídica y la certeza jurídica solo pueden ponerse en práctica en la medida en que un Estado esté gobernado de acuerdo con reglas previamente anunciadas que sean clara e inteligibles en sí mismas” (47). Y además, y esto va a centrar numerosas páginas del autor de aquí en adelante, “también deben formar parte de un sistema jurídico caracterizado por la consistencia” entre esas numerosas reglas, “y por una cierta coherencia global”, de inicio, “en el sistema en conjunto” (*idem*). Pero las reglas no son suficientes por sí mismas (47-48). A diferencia de la moral, los ordenamientos jurídicos incluyen “un gran conjunto de reglas enunciadas con autoridad”, resultando respaldadas por un conjunto de “precedentes cuidadosamente registrados en los informes de decisiones judiciales”, así como “por discusiones jurídicas y doctrinales sobre los principios y valores que se exploran” en esos mismos precedentes “y que están implícitos en la legislación” (48). De esta forma, se “establece un marco de previsibilidad

razonable en la propia vida y una protección razonable de intervenciones arbitrarias, ya sea de funcionarios públicos o de ciudadanos particulares” (48, los subrayados son propios, de aquí en adelante), gracias a toda esta batería de elementos para la argumentación jurídica.

¿Hasta qué punto es una actividad puramente racional, en la que no entran en consideración “los sentimientos personales o las intuiciones subjetivas”? (62). De nuevo aquí MacCormick se presenta como gradualista, es decir, cree que es difícil que las personas se desprendan de sentimientos y preconcepciones en sus juicios, pero también piensa que pueden limitarse sus apelaciones a la intuición (62 y 63), a la luz de un discurso racional que contenga unos principios comunes, en el seno de “una vida social continua e interpersonalmente comprometida en la cual las decisiones y los dilemas tienen carácter recurrente”, y de modo que aquéllos y las reglas de decisión y conducta pertenezcan a “un cuerpo de pensamiento y compromiso prácticos internamente consistente y con cierta coherencia global” (63, de nuevo se apuntan ambas características). ¿Cómo justificar decisiones? Si Adam Smith estaba en lo cierto (y es claro que MacCormick, quien ya escribe sobre él en otros lugares, así lo cree: vid. 159 y 164), lo que hacemos al justificar juicios es “mostrar que hemos ido más allá de una reacción inmediata a una situación tal y como nos pareció a primera vista”, pues habremos procurado estar totalmente informados y haber logrado una imparcialidad ideal “para movernos de la simple ira, empática o directa, hasta una preocupación moral asentada y quizá a una condena (o, en el caso opuesto, una aprobación con varios niveles de intensidad)”. En este “proceso de corrección o ajuste de los sentimientos”, se racionaliza así la reacción apasionada, buscando “una visión que pueda ser común para todas las personas afectadas” (162-163).

Ahora bien, un problema fundamental que surge en el Derecho en relación con todo eso es el de la textura abierta o ambigüedad del lenguaje. Tal hecho conduce a problemas de interpretación bien conocidos (70, y puesto que “cualquier decisión de aplicación del Derecho implica una decisión de clasificación o una decisión interpretativa o ambas”: 120). El silogismo podría ser base para desterrarlos, aparentemente (aunque nadie que haya llegado a esta página del libro pueda ya creerlo, dada la casuística expuesta), así que MacCormick entiende que puede matizarse su aplicación, puesto que aunque “no determina el resultado del caso”, sí que “proporciona el marco en que los demás argumentos tienen sentido como argumentos jurídicos” (94). Hay siempre una premisa mayor disponible para el supuesto de que se trate, ya sea en una ley o ya figure en la jurisprudencia o en la doctrina, bien explícita o bien implícita (101). Es cierto

que las normas jurídicas carecen de valor de verdad, “pero los enunciados interpretativos-descriptivos del Derecho pueden poseerlo”, y el deductivismo en la forma que defiende MacCormick solo requeriría que “los enunciados de tal tipo representaran un papel crucial y legítimo en una práctica razonable de justificación jurídica” (132). Pues “no es que las decisiones o determinaciones atributivas precluyan o excluyan la lógica deductiva, sino más bien que son un precursor necesario de todo razonamiento deductivo que se lleve a cabo por referencia al mundo real” (139). Otra cosa, además y como dirá el propio MacCormick más adelante, es que la deducción lógica sea suficiente para el razonamiento jurídico, ya que a menudo para resolver supuestos hay que acudir a la ponderación (393).

Una vez visto todo esto, el autor se introduce en el capítulo 5 de su obra con la cuestión de los universales y los particulares. Los universales (reglas y principios), nos dice, pueden construirse por medio de la generalización inductiva a partir de las razones particulares en casos específicos, pero esta operación nunca resulta adecuada por sí misma para justificar una decisión, puesto que no puede sustituir una revisión completa del nuevo asunto ante el que nos vayamos a encontrar (129). En este punto, además, MacCormick se muestra de acuerdo con R. M. Hare, quien contrastaba universal con general, del mismo modo que también considera contrapuesto específico y particular. Así, mientras que universal y particular son propiedades lógicas y no admiten diferencias de grado, no ocurre lo mismo con la generalidad y la especificidad, que son cuantitativas. En Derecho tanto las reglas como los principios son universales, al igual que los fallos que justifican decisiones particulares, pero algunas proposiciones normativas son más “generales” que otras, como ocurre con los principios (173). Precisamente en este nivel más amplio de generalización jurídica, el de los principios jurídicos, lo que interesa es la coherencia global en el Derecho en lugar de la estricta consistencia (174): “para que los hechos particulares – o los motivos particulares – sean razones justificativas tiene que ser subsumibles bajo un principio pertinente de acción enunciado universalmente, incluso aunque se reconozca que el universal es rebatible”, siendo tal cosa válida para el razonamiento práctico en su totalidad, y para el jurídico por tanto (180). Y, ¿cómo se justifica la proposición universalizada misma? A la luz de sus consecuencias, nos dice MacCormick (182), si bien no de todas por remotas que sean, sino de un grupo de ellas, y sin centrarse en que sean medidas con un criterio determinado, como por ejemplo, el placer o displacer (184 y 185). Por tanto, deberán evaluarse en consonancia con los valores de la rama del Derecho de que se trate (203).

Pero volvamos al asunto de la interpretación, que MacCormick desarrolla en el

capítulo 7 de su libro. Aplicar el Derecho significa interpretarlo, de acuerdo con lo ya expuesto, y el escocés asume que por tanto pueden existir tres tipos de “argumentos interpretativos”: 1) los que apelan al contexto lingüístico como fuente de razones (argumentos lingüísticos), 2) aquellos que se detienen en el contexto especial del texto autoritativo para buscarle sentido mejor en ese contexto (argumentos sistémicos), y 3), aquellos que se fijan en la meta de dicho texto para buscarle el sentido que vaya más acorde con ese fin (argumentos teleológico-evaluativos) (220, 221). Otro añadido sería el de buscar la intención del legislador, pero esto trae consigo la dificultad de disipar la ambigüedad de tal dirección, ya que bien podemos hablar de una de carácter objetivo o bien de una intención subjetiva inferida de las afirmaciones de su autor (*idem*). Detrás de cada una de estas soluciones, en cualquier caso, hay ciertos valores y principios (por ejemplo, detrás de la primera se hallaría el objetivo de mantener la precisión del lenguaje en la norma, 242).

Los precedentes, que ocupan un papel tan importante en el common law, pasan a protagonizar el siguiente apartado de Retórica (capítulo 8). Se trata de un concepto que sirve para tratar de igual modo los casos que merezcan tal abordaje y de distinta manera los que no sean iguales, y contando asimismo con la existencia de un sistema jurídico imparcial que ofrezca idéntica justicia a todos, una estructura jerárquica de apelaciones y la separación de poderes (249 y 250). Todos aquellos precedentes, pues, dada esta estructura, serían persuasivos en el mismo nivel jerárquico y vinculantes para los tribunales inferiores (252). En este extremo, además, resultaría importante saber cuál es el elemento vinculante o cuál el persuasivo de la sentencia, así que en consecuencia, y debido a la naturaleza insatisfactoria de la categoría de *ratio decidendi*, deberíamos tener una teoría sobre los precedentes (253).

Todo el texto de MacCormick, pues, y aunque ya haya quedado claro en las líneas anteriores tal proyecto, es el de ubicar las “líneas de defensa” de lo que podría denominarse como “Estado de Derecho”, con sus correspondientes rasgos de certidumbre y baja discrecionalidad judicial compatibles a su vez con la legitimidad democrática del sistema normativo de que se trate. Ahora bien, pienso que quizás esta pretensión deje de lado numerosas críticas con demasiada rapidez y quede envuelta asimismo en contradicciones de difícil solución.

Uno de los problemas a los que desea enfrentarse MacCormick, así, el de suprimir en la medida de lo posible la incertidumbre en la aplicación del Derecho, se pretende fundamentar en las nociones de consistencia y coherencia. Para que el lector no se confunda, menciono rápidamente las nociones del escocés: “un conjunto de

proposiciones es mutuamente consistentes cada una de ellas puede afirmarse sin contradicción en conjunción con todas las demás y con su conjunción”. Por el contrario, la coherencia “es la propiedad de un conjunto de proposiciones que, tomadas conjuntamente, ‘tienen sentido’ en su totalidad”. Así pues, “la consistencia completa no es una condición necesaria para la coherencia, pues, a diferencia de la consistencia, la coherencia puede ser una cuestión de grado” (321). Ahora bien, este desenlace resulta conducirnos de nuevo al mismo problema, porque parece que MacCormick, usando estas dos vías, devuelve al juzgador su posición fuertemente discrecional, ya que si se le abren ambas opciones su horquilla de posibilidades decisorias quizás sea demasiado amplia por la escasa certidumbre que ofrecería. Pero es más, y esto resulta aún peor, seguir esos criterios no asegura “pretensión de corrección” alguna (mencionada como objetivo por el escocés en la pg. 454, precisamente), o no al menos una que coincida con ciertas aspiraciones de justicia (el mismo MacCormick señala en la página 340 que los responsables de evaluar la coherencia pueden considerar como valores la pureza racial o el esclavismo).

Otro motivo de crítica del trabajo quizás sea la manera en que su autor obvia a la escuela realista y a los partidarios de los Critical Legal Studies. Así, y aunque pretende desplazar el “activismo... fuera del aula” (75), asevera más tarde (al final del libro, aunque al menos entonces) que “por muy sinceramente que los jueces y otros intenten aislar a los tribunales de las polémicas partidistas que están inmersas en la democracia representativa y dominan el debate legislativo, los valores y los principios implícitos en el Derecho y expuestos explícitamente en los caso más problemáticos son también valores y principios políticos, que en muchos casos representan un resultado de luchas políticas pasadas que nunca es permanente” (430). Ciertamente es que MacCormick señala que, de hecho, ese desacuerdo en todo caso no puede ser más que episódico y local (como dice que de hecho así ocurre), porque de lo contrario la sociedad civil colapsaría, y que los desacuerdos, en consecuencia, solo podrían ser “desacuerdos razonables entre personas razonables, que persisten después de un debate y una deliberación cuidadosos y concienzudos”, dirimidos por alguna autoridad como la de los jueces y tribunales (430-431). Pero de todos modos el autor de *Retórica...* no logra esquivar con esos apuntes el problema de la discrecionalidad judicial, mucho me temo (pues el marco “deliberativo” propuesto es el de los tribunales y no otro). Y si los realistas tuvieran razón, esta conclusión no sería sino otra manera de desplazar el conflicto político y social, de los parlamentos a los estrados, pero sin poder eliminarlo.

¿Qué garantía podría añadir como plus para los jueces MacCormick de acuerdo

con el conjunto de su teoría, y por encima de los criterios políticos, digamos, de una asamblea representativa? Parece que la del juez imparcial. Para reforzar el papel de los juristas y profesionales del Derecho, así, MacCormick no duda en construir en dos peldaños su esquema: en primer lugar, a través del criterio de universalización: “el hecho de que la justificación requiera una universalización o universalizabilidad” se sigue de la idea de que la justificación implica la presentación de buenas razones para lo que se hace, y por ello “depende de una concepción de la racionalidad y un compromiso con la racionalidad así concebida” (258). Ser razonable, en este sentido, alude a una razonabilidad práctica, no una capacidad abstracta de razonar acerca de cuestiones teóricas (284). El Derecho impone que actuemos “razonablemente” o que nos mantengamos en “el estándar de lo razonable” (285). La “persona razonable es un deliberador ideal” (286), y si bien pueden existir varias “respuestas razonables”, “siempre que quienes ostentan la autoridad sean personas experimentadas y sabias y siempre que haya alguna manera de controlar sus resoluciones” (288), estaremos en la buena vía. “El Derecho es una disciplina argumentativa” (50), pero además “una habilidad práctica, un arte práctico”, dependiendo en gran parte del “conocimiento y el aprendizaje” (51, reiterado en la pg. 429).

Queda en manos del lector pronunciarse sobre si la confianza de MacCormick en aquellos especialistas o peritos no es un tanto desmedida, si es cierto que puedan detentarla los jueces y la profesión jurídica de manera tan concreta, y sobre todo, si tal actividad no se ocuparía más entonces de la estabilidad del sistema y de su continuidad en el tiempo que de su justicia. ¿Qué es lo “razonable”? Parece que cierta evaluación que se hace del peso de distintas expectativas teniendo en cuenta el marco habilitado por ciertas reglas de juego previas. Pero esto es decir muy poco sobre las posibilidades transformadoras del Derecho o la jurisprudencia en la sociedad y, sobre todo, olvidarse de una posible crítica a aquel marco antecedente.