

El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista

Por MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

SUMARIO: La concepción neoinstitucionalista propone una definición de la validez jurídica que responde a una visión dinámica, comprensiva y totalizadora del Derecho. Esto de una parte, le lleva a proponer una epistemología jurídica de presupuestos ontológicos, aunque pretendidamente fiel a la concepción iuspositivista y, de otra parte, a integrar una teoría descriptiva y normativa de la argumentación en el marco de una Teoría del Derecho general. La pretensión es alcanzar una síntesis superadora de Kelsen, Hart, Dworkin y el realismo jurídico, pero conforme a una comprensión analítica de orientación pragmática y a una profunda creencia en las posibilidades del discurso como un caso especial de la argumentación y la razón práctica general.

Sintéticamente expuesto, el expediente del estado de la concepción iuspositivista concretaría: crisis del conocimiento jurídico convertido en juego profesionalizado, lógico, formal, lineal, estático e incapaz de dar cuenta de la consistencia y dinámica del Derecho; crisis de la legislación, ajena a toda pretensión de racionalización y apartada de los ideales que justificaron su formulación en el Estado de Derecho, crisis de la jurisdicción, por la insuficiencia del logicismo y el desinterés por la justificación racional de la decisión...

Propuestas frente a esta extendida crisis iuspositivista hay muchas y contradictorias. Desde el ultrarracionalismo cognoscivista hasta el postmodernismo paradójico y escéptico.

La del neoinstitucionalismo jurídico, sin embargo, pretende situarse en una tierra media de concilio, pero sin perder su condición iuspositiva. Centrado en el conocimiento del Derecho, el neoinstitucionalis-

mo propone una epistemología de imbricación ontológica. Esto le orienta a una concepción analítica que se enriquece pragmáticamente con los aportes sociológicos que animaría la propia dinámica del Derecho. Y, a la par, le lleva a atender no sólo a las reglas positivas, sino también a los principios y a los criterios que permiten interconectar ambos modelos normativos. Esta comprensión más abierta del ordenamiento jurídico trata de superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas.

En lo que sigue me centraré, concretando tales presupuestos, en el concepto de validez sostenido por el neoinstitucionalismo, en particular, por el de Neil D. MacCormick.

1. LOS PRESUPUESTOS NEOINSTITUCIONALES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

El «sistema» configura un concepto clave de la teoría del conocimiento que se perfecciona y radicaliza con el giro filosófico positivista, orientándose a una epistemología de fuerte imbricación cientifista, neutral y avalorativa y vinculada a un modelo fundacionalista que anhela la objetividad desvinculando el conocimiento de la creencia¹.

Aunque la visión sistemática se proyecta sobre todos los ámbitos de la conciencia jurídica moderna –y «quien se atreva a problematizar este presupuesto se encontrará en la embarazosa situación... de tener que luchar contra el propio uso normal del lenguaje» (Barberis, 1997: 24)–, desde mediados del siglo xx se refuerzan las objeciones que frente al formalismo y el cientifismo jurídico positivista se esgrimían desde comienzos de siglo. Aparece una renovada analítica jurídica abierta a campos sociales de investigación y que indaga en su naturaleza argumentativa.

La propuesta positivista pragmática y argumentativa ha ido ganando fuerza y es ya representativa de lo que en amplia medida hoy centra el interés de los teóricos del Derecho: reconstruir concepciones vinculadas al postulado de una coherencia material o substantiva, tan problemática para el positivismo estricto, que se proyecte sobre el sistema y la resolución judicial. Esto supone un cierto retorno desde la epistemología y el fundacionalismo al modelo de sistematización iusnaturalista. Aunque, eso sí, mediado ese regreso por una limitación del cognoscivismo que ya no se centra en la objetividad, sino en rehabilitar la razón práctica y en defender que la corrección de una propo-

¹ Rorty y Taylor (en Rorty, 1980 y Taylor, 1989) son representativos críticos de la epistemología fundacional y representacional (complementariamente, Suárez Llanos, 2001: 212 ss.).

sición depende de la aceptación de la corrección de un entramado no lineal de justificaciones substantivas.

Para una concepción iuspositivista, en términos generales, la coherencia es una característica especulativa del sistema, forjándose el ideal regulativo de la «coherencia formal» sobre la base de cierta presunción de racionalidad legislativa. Sin embargo, esta concepción formal de la coherencia, atractiva por su capacidad para justificar toda dinámica jurídica no basta para quien, como el neoinstitucionalista, trata de integrar la racionalidad especulativa en la racionalidad práctica y viceversa.

2. SOBRE EL MÉTODO DE ANÁLISIS DEL TEÓRICO DEL DERECHO

Distinguir la concepción fundacionalista de la coherentista es apelar a la distinción entre la concepción analítica y la hermenéutica, aparentemente enfrentadas por su metodología, su objeto de investigación y sus resultados.

El par analítica-hermenéutica surge con un «giro hermenéutico» que objeta el ideal epistemológico cientifista. Respecto del Derecho, el giro hermenéutico y su apertura pragmática destacan que el conocimiento e inteligibilidad del ordenamiento dependen de la conciencia hermenéutica de significación del Derecho a representar, de la coherencia que para los sujetos contextualizados proyecta el fenómeno que conocen como Derecho y que se espera que se realice como tal. El paradigma de la autorización da paso a la interpretación del sentido de las acciones humanas, las prácticas, etc., para los otros, «para quienes toman parte en ellas» (MacCormick, 1981: 29n*), de forma que se integra la descripción del «hecho» de la existencia en una comunidad de un ordenamiento vigente con el «reconocimiento» de que, tras ese hecho fáctico, hay una realidad sociológica que guía la actuación de los vinculados al ordenamiento jurídico². Sólo de esta forma se abriría la vía de la superación del reduccionismo sobre el objeto y su carácter normativo.

La pretensión de MacCormick es conectar la concepción material de la coherencia y las perspectivas analítica y hermenéutica pero manteniendo la concepción sistémica ordenadora y racionalizadora³. Esto es, desarrollar el positivismo fundacionalista gracias a la concepción

² Porque «las normas del orden y los hechos institucionales se constituyen por la interpretación de los hechos naturales en el marco del esquema ofrecido por las normas para los participantes comprometidos» (MacCormick, 1986 b: 105).

³ Véase en este sentido MacCormick, 1994: 111 ss., 106. Esta concepción apunta el juego de la moral y el Derecho Natural, no desde una perspectiva objetiva, sino desde la argumentación práctica sustentada sobre los propios elementos racionalmente presentes en el sistema de Derecho positivo (al respecto, Peczenik, 1999: 668, Campbell, 1988: 67-70).

coherentista del Derecho que posibilita la rehabilitación de la razón práctica⁴.

De esta forma, se llega a, y justifica lo que denomino la «retrointegración del concepto de validez en la formulación institucionalista macCormickiana»: el concepto de validez se define en un proceso que parte del criterio sistémico formal dado pero que se desarrolla, concreta y depura dinámicamente sometiéndose a una permanente redefinición conformada en términos de coherencia material. Por eso, la reglamentación jurídica positiva se abre paso a una reconstrucción permanente que ultima la validez jurídica a través de un discurso ininterrumpido⁵, afirmándose el vínculo fundamental entre el sistema jurídico y la razón práctica y sometiéndose el Derecho a la razón y no la razón al Derecho⁶.

Igual que Hart, sostiene MacCormick que un ordenamiento jurídico es válido, cuando un «observador externo» relata el hecho fáctico de una práctica identificada en términos de regularidades de conducta, probabilidades y signos y el «observador interno» de ese ordenamiento experimenta un sentimiento de «vinculación» de algún tipo a reglas y *standards* jurídicos que sirven funcionalmente de guía de la «razón práctica»⁷. Pero, como al segregar a esos dos observadores se polariza el eje de la validez entre ambos, se hacen recíprocamente inaccesibles y se impide integrar en el criterio de validez la descripción del ordenamiento y la vinculación de los operadores jurídicos a la normatividad válida, introduce MacCormick el observador «intermedio» que usa el método hermenéutico. Éste comparte cognitivamente con el observador interno los criterios de vinculación normativa, pero puede, como el externo, dar un paso atrás y contemplar el fenómeno jurídico como un hecho sociológico relativo⁸. Por eso, encarna al teórico que conoce y describe el Derecho ajeno a los compromisos de quien se vincula a las normas, pero comprendiendo el sentido normativo, del *deber ser*, y de las obligaciones, derechos y

⁴ Esto lleva a proponer «una “tercera” vía teórica que debe satisfacer la exigencia del teórico que busca una delimitación concreta del Derecho y la del que rechaza la visión esquelética de la juridicidad y propugna una lectura más amplia y abierta del Derecho» (Pintore, 1990: 183) (también Levin, 1992: 192 ss.).

⁵ Corroborar esta línea argumentativa Jackson, 1997: 180-183.

⁶ Atiéndase complementariamente al respecto a Atienza, 1999: 37 ss.

⁷ MacCormick, 1986 b: 104-106 y 1981 a: 36-37, MacCormick & Weinberger, 1986: 19.

⁸ Es cierto que Hart ya habría ensayado «el cierre hermenéutico», aunque sin desarrollarlo (al respecto, Hill, 1990: 125 y Puppo, 1999: 245, n. 37), con la perspectiva externa no-extrema de quien siente en y se resiente de la normatividad jurídica y, también, de quien conoce pero disiente, o simplemente se desvincula, de tal normatividad. Pero, no profundiza en lo que sagazmente vislumbra a partir de los análisis lingüísticos de Austin o Wittgenstein y antropológicos de Winch: que hay una diferencia cualitativa entre contemplar distintas actividades tal como se manifiestan a nuestros sentidos y «contemplarlas comprendiéndolas en términos de las categorías usadas por los agentes» (MacCormick, 1978: 279).

compromisos que rondan el Derecho describiéndolo como es para aquellos para los que existe⁹.

Esta mejor comprensión de la normatividad lleva a redefinir la dialéctica entre los estadios del ser y el deber ser en términos de implicación. En concreto, el estadio del *deber ser* siempre está vinculado al estadio del *ser*, aunque le sea prioritario al ordenarlo y estructurarlo para su existencia normativa y como información práctica. Pero, que se afirme que la normatividad resulta del modo en que se profese socialmente —el *ser* termina conformando el *deber ser*— no significa, para MacCormick, confundir los dos niveles. Lo que ocurre es que el verdadero sentido de la descripción exige comprender la realidad normativa. Y a la inversa, que esa realidad normativa no se queda colgada en algún estadio noumenal o especulativo, sino que a su vez delimita las condiciones de la realidad a la que se refiere. Por eso, la traducción de las normas que ordenan el conocimiento de un cierto hecho sería: este hecho «*debería* ser admitido como un “hecho” a los propósitos de esta investigación» (MacCormick, 1986 b: 103). Y, por eso, el *deber ser* gana prioridad sobre el *ser* sin que existan, frente a Kelsen, dos mundos separados pues, «la explicación del “deber ser” se produce dentro de una apreciación de la acción intencional y teleológica por los agentes racionales»¹⁰ (*idem*: 105). El orden normativo, así, es un orden ideal relacionado con el orden de las cosas en tanto modelo de orientación, guía práctica y modo en que el *deber ser* materializa «(1)a interacción del ámbito práctico y normativo» (*idem*, 1999: 125). Y, las normas¹¹, estructuras individualizadas del «deber ser», toman efectiva existencia al proyectarse sobre los hechos a los que, a su vez, cualifican jurídicamente¹².

De esta forma, el método hermenéutico sería compatible con el iuspositivismo. Porque: uno, ni el teórico ni el jurista tienen por qué vincularse al orden moral o legal que tratan de retratar. Dos, acepta que los reclamos morales de los ciudadanos pueden chocar con los establecidos por el Derecho puesto oficialmente¹³. Y, además, tres, no

⁹ Porque «(e)l conocimiento legal consiste en atrapar el “deber ser” contenido en el orden legal y en comprender los hechos legales operativos en cuanto hechos anclados en las normas y en las instituciones. Cada uno de estos dos aspectos del conocimiento legal, captura del significado normativo del Derecho y reconocimiento de su existencia real, es tan crucial como el otro para su teorización» (Faralli, 1990: 188).

¹⁰ Complementariamente, MacCormick & Weinberger, 1986: 8 y MacCormick, 1999: 123-124.

¹¹ La norma puede concebirse, para Weinberger, como descripción informacional de una cierta comprensión que se valida a través de la observación de la realidad, o como una manifestación, comprensible para quienes participan de ella, de una proposición de deber ser. Cuando ambas perspectivas se funden epistemológicamente, la norma pasa a ofrecer una descripción de una realidad pensada que, aunque referida a los hechos, adquiere su idealidad gracias a la abstracción de la realidad de tales hechos relativos y de la conducta de los seres humanos en la realidad pensada en la que quedan representados (Weinberger, 1999 a: 33-41).

¹² Al respecto, MacCormick, 1999: 138, 129.

¹³ Véase, MacCormick, 1986 c: 138.

renunciaría a los logros descriptivos y gneoseológicos de la investigación analítica estructural. Al contrario, ofrece a la dogmática legal los esquemas que concretan la sustancia de las leyes¹⁴. Por eso, el método hermenéutico definiría un nivel más de desarrollo de la investigación analítica al relacionar el método de conocer con la verdadera naturaleza de su objeto, el Derecho, destacándose la imbricación entre los estadios filosófico-epistemológico y sociológico, pero sin renunciar al distanciamiento crítico¹⁵ ni a la tesis de separabilidad¹⁶.

Pero, en cualquier caso, el método es problemático. Pues, también parte de la aceptación del Derecho por el súbdito y de un tipo de razones morales que superan el mero estadio de la aceptación resultante de la prescripción normativa¹⁷. Lo que me hace dudar si los enunciados internos y los hermenéuticos, al final, no serán los mismos¹⁸.

3. LOS CONCEPTOS CENTRALES DE «INSTITUCIÓN» Y «HECHO INSTITUCIONAL»

La perspectiva filosófica –organizadora, cuestionadora y crítica– es central en la definición de MacCormick de las nociones de «teoría institucionalista» e «institución». Como también lo es la teoría de los actos de habla que, aunque aparenta no estar totalmente elaborada, interesa mucho a la teoría legal¹⁹, porque el Derecho ofrece un denso contexto de vinculación de consecuencias a los actos humanos de habla. En el ámbito jurídico, el «hecho institucional» se concreta como un suceso sobre el que se proyectan ciertas reglas que le confieren especial consistencia en el marco de una institución jurídica, y por

¹⁴ Atiéndase a MacCormick & Weinberger, 1986, 7, 17. Y es que, «la ciencia legal resulta inconcebible si elude los aspectos sociales que corresponden a los aspectos existenciales de las normas» (Faralli, 1993: 188).

¹⁵ Para MacCormick, el defecto de criticismo en Hart resulta de su manejo de una noción sociológico-moral poco depurada: «las reglas se asientan sobre valores» (MacCormick, 1986 c: 133) que pasan a definirse como elementos de la legalidad, confundándose y confundiendo el nivel de la legalidad con la moralidad (MacCormick, 1981: 40-43) o con las proclamas morales de un grupo de funcionarios, –cuando, para MacCormick, «lo que está mal es la condena moral del Estado... (pues) el mayor mal es que lo que sea hecho en el nombre del derecho sea también hecho en el nombre de la moralidad pública» (MacCormick, 1981: 160-161)–. Y es que, el «criticismo justificado, legítimo» de Hart parte identificar una actitud establecida (*idem*: 32), concretándose el objeto de lo bueno y lo malo a través de una previa calificación de una distinción que se pretendía sustentada sobre el objeto al que se refiere.

¹⁶ Al respecto, MacCormick, 1986 b: 104, complementariamente MacCormick, 1981: 34.

¹⁷ Lo destaca Scarpelli respecto de las implicaciones del iuspositivismo (en Scarpelli, 1965: 66-67). También Bankowski se interesa por la limitación, no superada por la hermenéutica de MacCormick, para el criticismo de asumir una base sociológico-empírica respecto del estadio normativo, en Bankowski, 1989: 298.

¹⁸ Atiéndase al respecto a Puppo, 1999: 242-245, especialmente p. 245, n. 37.

¹⁹ En este sentido, Ruiter, 1993: 41.

eso produce efectos jurídicamente relevantes constituyendo estados de hecho²⁰.

Los hechos institucionales, así, se oponen a los hechos brutos, relacionados sólo con la existencia física, accesibles a la percepción sensible y de duración temporal. Porque no son estrictamente materiales. Su existencia se genera por la capacidad de actuar del hombre y su naturaleza política. Por eso, con ellos se multiplica el número de hechos del mundo pero no el de objetos físicos existentes, pues resultan de una particular interpretación de los sucesos a la luz de reglas normativas, tal que para percibirlos se acude a coordenadas temporales, no espaciales, y a las consecuencias de los propios hechos institucionales²¹.

Las instituciones jurídicas son las que posibilitan, califican y dan sentido a esos hechos jurídicos institucionales, siendo las instancias de efectividad normativa de la realidad institucional. Por eso, «tras los hechos institucionales descansa la institución» (MacCormick, 1986 a: 51) pudiendo diferenciarse las normas jurídicas de otras aparentemente similares. La idea básica es que «las instituciones poseen un núcleo de informaciones prácticas que ofrece sus bases ideales al definir los objetivos, valores, preferencias y... la estructura de la organización en la que se asienta» (Weinberger, 1999 b: 260). Y, por eso, es fundamental manejar la categoría de los «conceptos jurídicos» para comprender la esencia del hecho institucional y de la institución. Porque sistematizan la información de los juristas teóricos y prácticos en la exposición y aplicación del Derecho.

La «institución del Derecho», así, apela a una condición de conceptualización, que es previa, y una posibilidad de percepción, posterior, de una esfera particular de la acción²². La síntesis de ambas concreta «los conceptos legales, regulados por conjuntos de reglas institutivas, regulativas y terminativas, y que dictan que manifestaciones de la institución existen... desde que se da un acto o hecho institutivo hasta que sucede un acto o un hecho terminativo»²³ (MacCormick, 1986 a: 53). Esas reglas que delimitan a la institución²⁴ definen el hecho bruto como «hecho institucional». Por eso, y porque el sistema normativo está muy institucionalizado, el Derecho sirve bien a la determinación y decibilidad.

²⁰ Un contrato, p. ej., constituye un hecho institucional, porque existe un conjunto de reglas que ordenan y otorgan un sentido específico a ciertos hechos reales (véase MacCormick, 1996 a: 49-51).

²¹ Véase MacCormick & Weinberger, 1986: 9-10 y MacCormick & Weinberger, 1990: 13 ss.

²² En este sentido, La Torre, 1999: 142.

²³ Se comparan Derecho e institución en Romano y MacCormick en La Torre, 1999: 127 ss., *idem*, 1993: 196 ss.

²⁴ Se destaca al respecto el problema de materialización institucional de estas tres categorías de reglas; serviría para el Derecho privado, pero no, p. ej., para el penal (Den Boer, 1991: 261, Bengoetxea, 1991: 204-205).

4. EL OBJETO ONTOLÓGICO DE ANÁLISIS. CONCILIACIÓN ONTOLÓGICO-EPISTEMOLÓGICA

La concreción filosófica de la institución da lugar a una especie de «cielo conceptual» en el que las instituciones se definen por conceptos legales (p. ej., «contrato»). La conceptualización de la institución ofrece el substrato inicial de comprensión de sus reglas. Pero la «institución misma», que filosóficamente posee naturaleza conceptual, rebasa este estadio abriéndose el núcleo de la «agenda filosófica» neoinstitucional: incorporar el substrato material y de imbricación sociológica²⁵ (empírico) de la institución en la visión conceptual (normativa) del Derecho²⁶, superándose la distinción *Sein/Sollen*.

Al respecto, lo fundamental es entender que como la especificación epistemológica de qué es el Derecho válido depende de y actúa sobre su realidad ontológica, no cabe reducir epistemológicamente el Derecho a las reglas positivizadas, sino que debe atenderse al conjunto de convicciones y evaluaciones que delimitan la consistencia positiva de las instituciones del Derecho. Por eso MacCormick reclamaba el método de investigación hermenéutico; para poder determinar el substrato ontológico que se conceptualizará epistemológica y filosóficamente como jurídico. Así, formalmente parte de una definición filosófica, abstracta y conceptual de la institución. Pero, abierta a su ulterior redefinición material. Redefinición que, a su vez, actúa constitutivamente sobre aquella primera definición conceptual que servía de punto de partida. De esta forma, como la institución se concreta y existe materialmente a partir de las normas que determinan el carácter y el alcance de los hechos que serán manifestación de la misma, aunque exista conceptualmente de forma independiente y previa, las normas que la definen, las normas jurídicas no se reducen a las reglas positivas, estatutarias, también abarcan los principios y otros *standards* valorativos que concretan el Derecho en el mundo real, lo que hace que la prelatura lógica y conceptual de la institución respecto de sus manifestaciones²⁷ se relegue materialmente a la existencia de los hechos institucionales²⁸ concretados por las consideraciones valorativas que actúan *a posteriori* redefiniendo lo establecido por el concepto institucional.

Esto hace que la «sombra» de platonismo que aparentaba la definición de institución se debilite²⁹. Porque los contenidos institucionales que pensamos están vinculados materialmente a la realidad y a la

²⁵ En este mismo sentido, Nerhort, 1990: 50 ss., Marmor, 2001: 158-159 y Morton, 1998: 6 ss.

²⁶ En MacCormick & Weinberger, 1986, 10.

²⁷ Atiéndase a Pintore, 1991: 235.

²⁸ Expresándolo en términos de Tarello, «(1) a norma no precede como dato, sino que sigue como producto al proceso interpretativo» (Tarello, 1996: 353).

²⁹ Al respecto, MacCormick, 1986 a: 55, MacCormick, 1996: 177. Por eso, esta condición lógica e inicial de la descripción no significa que «la existencia material del

espera de ser conceptualmente redefinidos. Cuando la realidad material y sociológica del Derecho es escrutada analíticamente se posibilita una realidad especial, conceptual, ideal y lógicamente previa que serviría para acoplar el modelo constructivo a la disciplina práctica y argumentativa en que el Derecho consiste³⁰.

Podrá objetarse que todo este entramado es circular y recursivo: las instituciones preceden lógicamente a los hechos institucionales y a las reglas, pero luego los hechos realizativos, valiéndose de las reglas y otros criterios normativos, redefinen a la institución de forma que no se sabe cuál es el fundamento de qué y cómo. Pero, MacCormick cree poder explicarlo. Para él, debe diferenciarse la ontología del Derecho de la naturaleza ontológica de las normas. Ontológicamente el Derecho tiene su base en el substrato sociológico de los hechos que existen y que son conceptualmente caracterizados como hechos institucionales. Sin embargo, la ontología de las reglas se define por el procedimiento de autoridad para dictarlas. Como esta cadena de delegaciones de facultad, autoridad regulativa exige necesariamente un cierre hay que apelar a la ontología del Derecho, a la base empírica y sociológica de las prácticas sociales, ultimándose el criterio de validez de las reglas. Así, y procurando la adecuada síntesis entre Kelsen, Hart y un realismo tipo Olivecrona³¹, MacCormick apela a la práctica de los juristas y a la simplificación que les aporta el modelo conceptual y dinámico de la institución.

Concretando. El objeto ontológico del Derecho existe y se define gracias al método hermenéutico que permite conectar el criterio de validez formal y conceptual con su dimensión sociológica: se parte de la estructura lógica de la norma y se recrea sociológicamente en una definición compleja del Derecho que incorpora el momento de su aplicación. Así, uno, se elude la acusación de que es la teoría la que inventa su objeto, éste existe aunque la teoría contribuya constitutivamente a definirlo. Y, dos, se redefine la relación *ser/deber ser* como dos niveles diferenciables pero interrelacionados.

Como MacCormick sabe que el riesgo de su ontologización es un sociologismo desordenado, autolimitado e incapaz de apuntar un concepto de validez al perderse en criterios particulares, retiene la dimensión filosófica y conceptual que racionaliza y ordena la realidad normativa. Pero, como a ésta se le exige corrección a su ordenación sociológica, no puede referir sólo reglas positivas y la definición con-

mundo se derive de, o se subordine a un mundo ideal» (MacCormick & Weinberger, 1986: 11).

³⁰ Pues, a diferencia de las epistemologías de las disciplinas científicas objetivas, en las disciplinas prácticas se proponen modelos hasta hallar el de mejor encaje argumentativo con el objeto a describir (atiéndase a MacCormick, 1982: 130; complementa, Villa, 1990: 437-438).

³¹ Al respecto, y frente a Olivecrona, MacCormick, 1986 b: 105, 98-991 y contra Ross, *idem*, 58-59; complementariamente, Ross, 2000: 398 ss., Boukema, 1980: 469 ss., Peczeniz, 1989: 263-264 y Peczenik, 1999: 669, Pintore, 1990: 196, Pintore, 1986: 292, 294.

ceptual inicial del Derecho y se abre incorporando en la institución los principios y *standards* valorativos que «poseen fuerza explicatoria y justificatoria de las decisiones o reglas particulares» (MacCormick, 1978: 260) e «interactúan con las reglas delimitándolas, cualificándolas, justificando nuevas regulaciones...» (*ídem*: 244) y configurando los hechos (institucionales) y al Derecho³².

Reconoce MacCormick que su argumentación incorpora múltiples circularidades, pero circularidades lógicas que resultan de una visión comprensiva del fenómeno jurídico que trata de afianzar a la concepción iuspositivista en «la dialéctica permanente entre lo que ha sido y lo que es considerado como establecido, y el continuo proceso dinámico de tratar de definir nuevos problemas satisfactoriamente y viejos problemas en una forma que ahora nos parece más satisfactoria» (MacCormick, 1978: 245). Por eso, quien describe debe atender al «equilibrio reflexivo» que inyecta en el Derecho su imprescindible substrato substantivo y su realidad moral y político-social, hasta «conformar y adaptar» nuestras intuiciones firmemente sostenidas³³: hay que tener una relación cruda de las reglas positivas o estatutarias y de los precedentes y la casuística. Pero, a partir de ahí, debe indagarse en los principios y los valores a fin de modificar la delimitación inicial de las reglas. Llegados a este punto «deben considerarse nuevamente los principios y valores, y así sucesivamente hasta alcanzar un equilibrio reflexivo. Es en ese momento cuando nos percatamos de que el derecho ha cambiado, transformándose en una nueva legislación, nuevos precedentes, nuevos textos disciplinares, nuevos artículos de revisión... Y, entonces, hay que comenzar otra vez... para volver a alcanzar el equilibrio reflexivo» (*ídem*: 245-246) proyectándose la condición de coherencia sobre el ordenamiento y sobre la resolución y justificándose la lógica de la circularidad epistemológica-ontológica y el objeto mismo de la descripción.

5. ENTRE LA DESCRIPCIÓN, LA PRESCRIPCIÓN, LA EXPLICACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN

El concepto de validez neoinstitucionalista posee un inicial sentido descriptivo: el sistema jurídico se integra por normas jurídicas que pueden ser reglas o bien principios que sirven para clarificar, complementar y racionalizar las reglas positivas pues las reglas jurídicas suelen presentar una textura abierta, definiciones flexibles o insuficiencias frente a la controversia concreta, a pesar de lo cual el juez preserva su imperativo de juzgar³⁴.

³² Complementariamente, Weinberger, 1999 b: 262, 263n.5.

³³ Al respecto, Rawls, 1979: 38 ss., Peczenik, 1989: 126, Schiavello, 2001: 234.

³⁴ Los principios expresan los propósitos que subyacen a las reglas y las instituciones ofreciéndoles una forma de racionalización conforme a objetivos consistentes,

Hasta aquí aún puede insistirse en el carácter descriptivo del argumento. Pero, el problema surge al indagar en el alcance real de las reglas positivas válidas. Pues, para MacCormick, se dan y deben darse en la práctica representativas *excepciones que operan sobre las reglas positivas*, incluso contradiciéndolas, aunque se trate de reglas claras y completas. En concreto, para MacCormick: uno, es difícil que las reglas institutivas contengan las condiciones suficientes y necesarias para la toma de la decisión judicial concreta. Dos, las reglas legales que regulan las instituciones *no deben ser* absolutamente claras e inflexibles, sino sólo respecto de las consecuencias principales de los casos centrales de los conceptos institucionales³⁵. Y, tres y continuación, aunque las reglas legales-positivas contuvieran ya las condiciones para resolver, incluyendo todas las excepciones consolidadas judicialmente, aún deben ser releídas a la luz de los principios establecidos y de otros nuevos que el juez considera congruentes con los nuevos valores y condiciones sociales (búsqueda permanente del equilibrio reflexivo)³⁶.

Estas tres consideraciones apuntarían, nuevamente, a la complementación de la concepción filosófica de la institución jurídica conforme a su consideración sociológica como institución social. Pero, no sólo eso. También definen la siguiente y relevante regla de priorización: los principios son jerárquicamente superiores a las reglas legales, aunque la aplicación de un principio sobre una regla no determine la invalidez de la ésta³⁷.

Ahora bien, esta regla de priorización ya enturbia la dimensión descriptiva del argumento con un planteamiento prescriptivo³⁸. Pues la consideración maccormickiana de la flexibilidad –p. ej., referida a la aplicación analógica– y la impredecibilidad actúan como justificación de una propuesta normativa que afirma que sobre el Derecho positivo priman las valoraciones judiciales principialistas³⁹, por lo que «todas las reglas jurídicas son derrotables» (MacCormick, 1995: 100), incluidos los principios⁴⁰ y se difumina la línea divisoria entre casos fáciles

coherentes y deseables... los principios legales se encuentran en el punto de encuentro de las reglas y de los valores» (MacCormick, 1986 a: 73).

³⁵ Atiéndase a MacCormick, 1986 a: 67, 73. Interesa aquí el fenómeno de creciente «indeterminación y vaguedad del Derecho... que permite al intérprete la obtención de decisiones diversas y, en ocasiones, contradictorias...» (Segura Ortega, 1998: 87) prescindiendo «de la certeza de la norma previa en un contexto de libertad y garantías» (García Amado, 1999: 317, n. 29). La postergación de las reglas por los principios y la preeminencia que gana el juez frente al legislador «corren paralelos al descrédito o decadencia de la ley» (Prieto Sanchís, 1998: 18, también pp. 3 ss., *idem*, 1987: 31 ss.).

³⁶ Las reglas institutivas *nunca son* suficientes para determinar todas las condiciones de la validez de los hechos institucionales (MacCormick, 1986 a: 70-71) y, lo que es más relevante, *nunca deben ser* suficientes (*idem*: 72-73).

³⁷ Atiéndase a MacCormick, 1978: 232.

³⁸ Corroboraría Pintore, 1986: 297.

³⁹ Véase al respecto, Segura Ortega, 1998: 101-102.

⁴⁰ Aunque la decisión que altera la regla positiva, tanto con la argumentación analógica como con la solución principialista, supone una diferencia de «grado» no de «clase» de regla aplicada (MacCormick, 1978: 161, 163, 179-180).

y difíciles, pudiendo convertirse cualquier caso de aparente aplicación de reglas en un «auténtico proceso», en un «caso límite».

Este giro antiformalista y prescriptivista respecto de la dimensión descriptiva dificulta también la pretensión iuspositivista neoinstitucionalista. Pues, se alentaría una transformación de los *argumentos explicativos* de las condiciones de validez del ordenamiento existente en *argumentos justificativos* de otras condiciones valorativas que el descriptor considera más apropiadas que las establecidas.

Una salida posible al problema es entender el planteamiento de otro modo. Lo que el neoinstitucionalismo hace es trasladarse desde el estadio descriptivo al prescriptivo para luego trascender el estadio explicativo de por qué el Derecho válido es el Derecho legal hasta alcanzar el estadio justificativo de por qué prevalece un Derecho sobre la reglamentación positiva⁴¹. A lo que se añade que la función de los principios sería actualizar y adecuar las reglas positivas conforme a las «cambiantes condiciones y valores sociales», por lo que siempre se vincularían al mismo sistema jurídico.

Pero, aun también esta interpretación rechina un poco respecto de una concepción positivista y descriptiva. Porque es conflictivo afirmar desde una perspectiva epistemológica positiva la existencia de principios que se justifican y definen por sus contenidos. Y, porque si los principios se afirman judicialmente porque sirven para actualizar la visión del Derecho legal válido conforme a los valores y las condiciones sociales que el juez considera valiosas y que las reglas positivas concretan de otro modo, entonces, un nuevo e incontrolado «legislador» aparece.

6. LA ARGUMENTACIÓN COMO MOMENTO FUNDACIONAL DEL DERECHO

La teoría neoinstitucionalista del Derecho pone permanentemente de manifiesto su afiliación a circularidades, pretendidamente lógicas, que reenvían de los planos epistemológico, formal y filosófico a los planos sociológico, pragmático, coherentista y hermenéutico y viceversa. Tales circularidades resultan del concepto actualizador, dinámico y comprensivo de validez con que el neoinstitucionalismo quiere definir al Derecho y conducen a incorporar en el análisis y la definición misma del Derecho el momento ejecutivo y de aplicación. Esto explica que la teorización de ese Derecho incorpore una teoría de la argumentación, rehabilitadora y encauzadora de la razón práctica en

⁴¹ (M)i tesis es descriptiva de las normas de hecho operativas dentro de los sistemas legales actuales, y en sí misma normativa al sostener lo que considero buenos procedimientos de formulación de la decisión y de justificación» (MacCormick, 1978: 77) (complementariamente, MacCormick, 1986 a: 74, Eikema, 1984: 170).

un marco reglado y positivo, que define una teoría normativa débil y que, a la par, trata de asumir un planteamiento descriptivo.

Al entenderse que el juez no es un *computer machine* y que el Derecho no puede definir exactamente los hechos pero, también, que el escepticismo respecto de la aplicación no debería justificar la irrestricta arbitrariedad valorativa del juez se emprende la búsqueda de los recursos que sirvan a la razonabilidad de la decisión y se potencia el uso de «artes hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones como... en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas» (Velasco, 1999: 53), destacándose la dimensión pragmática del fenómeno jurídico. No se trata de afirmar la verdad de la resolución, sino de proponer su «justificación» racional conforme al Derecho, destacando que hay límites que actúan sobre la decisión y que, aunque permanecen, ya no bastan como justificación total los requisitos formales de la legalidad, ni la autoridad de quien resuelve; ahora se reclama el carácter razonado y razonable de la decisión.

El modelo de racionalización de la decisión que sirve a MacCormick parte de los criterios de justificación de la racionalidad práctica general, destacando que, en amplia medida, la justificabilidad de las resoluciones se vincula al *standard* de «colectivización del razonamiento jurídico»⁴² que permite considerar sus resultados fundamentados y universalizables y que expresa una cierta forma de «objetividad hermenéutica» o de generalización racional garante de la legalidad de la decisión y de su justificación política y jurídica, de su legitimidad.

Conforme a tal planteamiento, se destaca que las decisiones injustas además de moralmente controvertibles pueden llegar a considerarse jurídicamente defectuosas. Y, también se vislumbra la relación entre Derecho y moral, al apelar a principios y otros *standars* que poseerían naturaleza moral. Todo ello, al final, cuestiona la centralidad y la estaticidad del concepto de validez en el ordenamiento. La cuestión es si tal planteamiento cabe en la caracterización iuspositivista que pretende el neoinstitucionalismo⁴³.

En particular, con su teoría de la argumentación MacCormick trata de ofrecer la descripción compleja y comprehensiva del Derecho que surge al contemplarlo conforme a la tesis del caso especial, integrando en la descripción una teoría normativa débil de la decisión judicial que afirma que las normas son válidas al someterse permanentemente a un proceso de racionalización y especificación jurisdiccional, con lo que la propia concepción del Derecho es determinada por la metodología y la teoría de la argumentación sostenida⁴⁴. El planteamiento sirve a lo que he denominado «retrointegración del concepto de validez» y que recrea un concepto complejo y *diferido* que recorre dinámicamen-

⁴² Atiéndase a García Amado, 1999: 137 y Cabra Apalategui, 2000: 154-155.

⁴³ Complementariamente, García Figueroa, 1999: 196 ss.

⁴⁴ Véase al respecto y complementariamente García Amado, 1988: 283-294.

te la caracterización formal de la validez hasta el momento inicial de la aplicación. Pero, para volver con sus resultados a la descripción de la conformación del criterio de validez mismo. Y es que, si en la norma está la conducta, pues no cabe norma de Derecho ininteligible, en la conducta está la norma, pues sólo es conducta jurídicamente relevante la interpretada por el Derecho. Por eso, al hecho de la legislación se suma la existencia de una instancia que maneja las normas jurídicas valorándolas y reinterpretándolas constantemente en relación con las conductas en relación con el Derecho alterando el criterio de validez.

7. EL «POSITIVISMO NORMATIVISTA» DEL NEOINSTITUCIONALISMO DE MACCORMICK

La concepción neoinstitucionalista propone «una versión del positivismo legal» (MacCormick, Weinberger, 1986: 8) para la que las consideraciones valorativas sobre lo que debe ser el Derecho constituyen un punto de vista normativo y constitutivo de la validez jurídica⁴⁵. La cuestión es si esta mediación cognoscivista contradice los postulados básicos del positivismo –voluntarismo en la producción y asepsia en el conocimiento– o si la antítesis positivismo-iusnaturalismo (Derecho Natural de lo razonable) se evapora a la vista de la verdadera consistencia del Derecho positivo⁴⁶.

Para responder MacCormick propone los siguientes cuatro argumentos:

Primero, afirmación tanto del criterio de positividad como condición de validez cuanto de la tesis de separabilidad conforme a la que el Derecho es válido sin necesidad de que sus contenidos acuerden con los contenidos de lo justo⁴⁷. Y es que, si ontológicamente se asumiera sin más «una analogía entre el razonamiento legal y el razonamiento moral» (MacCormick, 1978: 272) se incurriría en la «forma grosera de legalismo» del «imperialismo legal» que vincula inmediatamente la representación a la naturaleza moralmente valiosa, justa y razonable de lo representado, el Derecho.

Segundo argumento, aparte sus contenidos, el Derecho positivo ya encarna la importante forma de justicia civil de la certeza y la seguri-

⁴⁵ Al respecto, MacCormick, 1994: 121.

⁴⁶ Atiéndase a Waldron, 2001: 418.

⁴⁷ Así, si el legislador elabora leyes injustas serán válidas, pero su actuación deplorable al pervertir una confianza. Frente a reglas radicalmente injustas, como las nacionalsocialistas, diversamente a lo que propone Alexy, la solución es, lo ratifica Weinberger, primero, considerarlas válidas y aceptar la actuación judicial, para, luego, en su caso, promulgar una regla derogatoria con efectos retroactivos que pretende el efecto de que aquella normación nunca existió dada su radical injusticia (véase MacCormick, 1984: 53-54 y Weinberger, 1999 b: 264).

dad jurídica. La teorización del material jurídico también contribuye a esa forma de justicia contraria a la actuación discrecional⁴⁸, por lo que el razonamiento legal constituye «un tipo de razonamiento moral porque ya está altamente institucionalizado y formalizado» (MacCormick, 1978: 272). De esta forma, el neoinstitucionalismo anima una reactualización del argumento de Radbruch en favor del valor de la positividad que deberá ajustarse a una forma de justicia mínima que Fuller concreta en su «moral interna del Derecho»⁴⁹, en lo que puede denominarse la razonabilidad formal del sistema jurídico⁵⁰.

El tercer argumento destaca que como el Derecho se relaciona con la *praxis*, con lo que se hace en relación con la acción debida, se descubre un vínculo entre Derecho, moral y sociedad. Porque el mundo y su dimensión regulativa resultan de múltiples y concatenados esfuerzos por definir un orden ideal y benéfico conforme a valores morales compartidos por la comunidad político-jurídica. El individuo no parte de la nada; aprende el código moral dado heterónomamente, de forma que «lo que el orden normativo... establece es, en gran medida, compatible con lo que es considerado correcto desde el punto de vista de cualquier actitud moral razonable» (MacCormick, 1997: 417).

Sin embargo, la relación sociedad-moral-Derecho debe limitarse para no caer en el «imperialismo legalista» que MacCormick rechaza. Los límites los concreta el Estado de Derecho socialdemocrático, neutral y protector de los derechos individuales, por ser el que propicia unos mínimos de aceptabilidad moral y anima una concepción de la razonabilidad en clave moral discursiva para la que «los individuos son verdaderos participantes en el discurso racional» (MacCormick, 1994: 128). Así, MacCormick asume los términos discursivos de Habermas y Alexy⁵¹ y destaca el concepto de autonomía, aunque no refiera una razonabilidad estrictamente individualista⁵².

⁴⁸ Pues, la ciencia legal «refuerza la concepción del Derecho como sistema, y afirma la sistematicidad de la ley como guía ideal particularmente de los jueces y, en cierto grado, de los legisladores y otros funcionarios del gobierno» (MacCormick, 1999: 132) (también Bengoetxea, 1994: 66 ss.).

⁴⁹ Complementariamente al respecto, Golding, 1999: 62-64 y Summers, 2001: 115-117).

⁵⁰ Pues, es en los casos de manifiesta injusticia donde es más fácil ver que la imparcialidad a través de la legalidad constituye un valor parcialmente redentor, incluso cuando el orden jurídico en su conjunto pueda considerarse injusto» (MacCormick, 1994: 124). Objeta, p. ej., Sypnowich, 1999: 178 ss., 194.

⁵¹ Así, el positivismo ético de MacCormick se vincula a una argumentación racional discursiva, participativa, crítica y abierta (al respecto, p. ej., MacCormick, 1989: 187-188 y Campbell, 1988: 67-70).

⁵² Pues, «el proceso de juzgar y decidir como un agente moral autónomo implica comprobar y modificar y extrapolar desde una posición ya establecida como moral» (MacCormick, 1978: 273). Pero, también valorar y cuestionar para poder actuar voluntariamente en el marco de «un orden normativo que guía nuestras elecciones, pero que no es su causa. Las elecciones son respuestas voluntarias a una idea de orden, no sus reflejos condicionados» (MacCormick, 1997: 417, complementa, MacCormick, 1994: 128).

Cuarto argumento, el sistema jurídico es una institución moralmente relevante porque responde a ciertos valores que guían y deben guiar su desarrollo pragmático y posibilitan la noción de justificabilidad racional a nivel político y jurisdiccional, desvelándose el vínculo entre legalidad y moralidad⁵³, la «moralidad institucional», conforme a las razones prácticas de la acción que deben explicitar los órganos de decisión.

La identificación de los principios de la moralidad institucional relevante –«¿de qué es la moralidad institucional la moralidad?» (MacCormick, 1986 d): 179)– exige partir de que «donde hay Derecho constitucional, debe también haber una teoría constitucional enraizada en la visión del Estado constitucional que es o aspira a ser un orden moral» (*ídem*: 178). De forma que la moralidad institucional es «la moralidad de las instituciones político-legales de la sociedad civil que mejor encaja en las instituciones existentes con el menor sacrificio para una visión ideal, un *background* moral sobre cómo debería organizarse la vida en una sociedad» (*ídem*: 180).

El objetivo es animar un positivismo normativista coherente con cierta forma de iusnaturalismo pero manteniendo la tesis de separabilidad. Expuesto sintéticamente: la Regla de Reconocimiento, como criterio de validez, integra la verdad positivista, pero también la iusnaturalista al expresar la aceptación de la sociedad de los principios que considera justos, por lo que el Derecho positivo válido caracterizaría deductivamente gracias a la resolución los requerimientos iuspositivos y los iusnaturales⁵⁴, lo que adquiere la mayor relevancia en el marco de los Estados de Derecho constitucional democráticos.

Podrá objetarse que este planteamiento corrompe materialmente la tesis de separabilidad⁵⁵. Pero, replica MacCormick. Porque la adopción de presupuestos sociológicos y hermenéuticos para comprender la realidad normativa no implicaría superioridad de las consideraciones morales sobre las técnico-legales⁵⁶.

8. LA FUERZA AUTOGENERATIVA DE UN OBJETO VALIOSO POR LA TEORÍA DEL DERECHO

Habitualmente se critica que el iuspositivismo anima una teoría de la validez garante del poder establecido, que su descripción no respon-

⁵³ Pues, como «en la práctica no cabe establecer una distinción clara entre juicios adjudicativos y legislativos parece imposible excluir los juicios morales del razonamiento legal, posición ésta que es compatible con, si es que no implica, una perspectiva de Derecho Natural» (Campbell, 1988: 67).

⁵⁴ Acúdase a MacCormick, 1978: 59-62.

⁵⁵ Corroboran, p. ej., Pintore, 1991: 252-253, Den Boer, 1991: 265-266 y Paychère, 1991: 277-278.

⁵⁶ Atiéndase a MacCormick, 1997: 420, 422 y MacCormick, 1989: 189, *ídem*, 1981: 47-54, 65-70, 160, *ídem*, 1986 c: 139, La Torre, 1999: 325-326. También, MacCormick, 1981: 47-54, 65-70, 160, *ídem*, 1986 c: 139, La Torre, 1999: 325-326

de a la realidad del Derecho y que enmascara que la decisión es una opción política. Se objeta que al convertir la voluntad del poder en fundamento teórico de la descripción surge una ideología que se impone coactivamente contra lo que ella misma califica de a/antijurídico o extravagante⁵⁷.

El iuspositivismo y también el neoinstitucionalismo utilizarían su prejuicio sobre lo que es el Derecho para crear una teoría a su medida. Pero, ésta sería una actitud tramposa. Porque el objeto de la descripción era lo que se trataba de descifrar, no lo que se podía presuponer y luego consagrar. Por eso, la epistemología iuspositivista alimentaría una teoría normativa de lo que debe ser el Derecho y no de lo que realmente es. Y el problema se agrava con el neoinstitucionalismo. Pues, además de generar su propio objeto, el Derecho, MacCormick lo reconoce, afirma que es moralmente valioso, radicalizándose la objeción sobre su efecto ideológico y legitimador.

Sin embargo, MacCormick no está de acuerdo con esto último. El concepto de sistema jurídico es más ideal que real, pues su realidad es la de un «ideal regulativo». Por eso, la reconstrucción pretendidamente científica y descriptiva actúa como un refuerzo de la idea del Derecho como sistema sirviendo de guía de actuación básica de los jueces y el legislador. Puede aceptar que el modelo de descripción positivista genera unos ciertos efectos políticos, demostrando su carácter ideológico⁵⁸. Pero es que toda representación del Derecho, destaca MacCormick, acarrea sus propios efectos, incluido el modelo crítico deconstructivo. La diferencia sería que él conseguiría explicitar de un modo más adecuado los vínculos entre la práctica social y la teoría jurídica al reconocer que es más importante para una teoría jurídica resaltar el papel jurídico de las normas que negarlo, como harían los *CLSs*, que sólo conseguirían atentar contra el sentido común del conocimiento del Derecho. Esto hace que la cuestión se modifique. Ya no se trata de si la descripción es en sí misma exacta, sino de valorar los efectos sobre el objeto de las descripciones que se proponen. Dicho de otra forma, como la dogmática y la descripción del Derecho se refieren a objetos ideales y pensados que existen porque creemos en ellos, no al revés, la cuestión es: «(d)eberían tales objetos ser creídos y, así, volver a convertir a nuestras creencias en realmente existentes?» (MacCormick, 1989: 191), ¿se sostiene la primacía de las reglas, los derechos positivizados y las actividades interpretativas que los circundan e integran y que hacen operativos la vida práctica y la actividad jurídico-política?

Y, para él, la respuesta es afirmativa. Pues, históricamente se ha creído en las reglas coercitivas por diferentes motivos y, generalmente, los efectos de tal creencia han sido más benéficos que su renuncia,

⁵⁷ Véase Schiavello, 1998: 326-327.

⁵⁸ El científico del Derecho reproduce a través de su descripción el orden fácticamente establecido y dado anticipadamente como Derecho (véase MacCormick, 1997: 420-422; también, Peczenick, 2001: 98-100).

a lo que se une que el legalismo político, liberal y positivista sostiene el «bien político y humano» básico del rechazo de la arbitrariedad pública⁵⁹.

9. DEFINICIÓN COMPREHENSIVA, DINÁMICA Y CIRCULAR. «RETROINTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE VALIDEZ». RED SISTÉMICA, COMPLEJIDAD Y COMPLETUD DEL ORDENAMIENTO

La Teoría del Derecho que maneja MacCormick explicita una visión comprehensiva del Derecho que atiende y da cuenta de las reglas positivas y de los principios al integrar en el marco definicional del Derecho válido el resultado de la concreción jurisdiccional del mismo. Esto, de un lado, confiere un carácter dinámico y totalizador que lleva a reemplazar la búsqueda de una Teoría general del Derecho por el hallazgo de una Teoría del Derecho general. Y, de otro, ofrece un planteo normativo de la argumentación bajo coordenadas pretendidamente positivistas intentando complementar la teoría legal con una metodología para la aplicación que supere los lindes tradicionales entre el análisis teórico y la práctica del Derecho⁶⁰ y ofrezca un concepto de validez jurídica dinámico y no parcial que rehúsa la dicotomización entre una validez conceptual ajena a la realidad de la aplicación y una validez indefinida que se abandona a los criterios discrecionales del juez.

La pretensión es constructiva: se trata de armonizar la visión positivista formal y analítica, conservando su fundamental «concepto jurídico», con la visión sociológica del Derecho en busca del concepto de validez jurídico-normativo⁶¹. Si se prefiere, se trata de concretar un desarrollo socialmente realista de la normatividad jurídica⁶², una

⁵⁹ Atiéndase a MacCormick, 1989: 191-192. MacCormick afirma el valor de la concepción político liberal, p. ej., en MacCormick, 1976 b: 315-316, MacCormick, 1979: 407 ss., MacCormick, 1984: 35 ss.

⁶⁰ Véase al respecto, Atria, 1999: 549-550, 566.

⁶¹ En esta línea, para el cierre institucionalista de La Torre, la ciencia del Derecho debe rechazar el formalismo kelseniano porque limita ilegítimamente la posibilidad de concebir y concretar el Derecho: la metateoría del Derecho no sustenta un conocimiento autónomo, una ciencia por sí misma, sino una amalgama, un «cocktail» de diferentes disciplinas e investigaciones (hermenéuticas, lógicas y empíricas), que incluyen el análisis evaluativo (servido por un «barman» al que denominaremos el jurista) (atiéndase a La Torre, 1997: 409, también, Godrich, 1987: 32-62, 205-212, y Páramo, 1988: 103 ss.). Se opone Sinnott-Armstrong a una teoría comprehensiva de la concepción de la validez del teórico, del legislador, el juez y el súbdito. Y propone una concepción perspectivista que satisfaga los distintos intereses y proyecciones del Derecho, en Sinnott-Armstrong, 1999: 27-56; también Opocher, 1965: 406-420.

⁶² Podría hablarse del «punto de convergencia generatriz –arriba la norma, abajo del comportamiento social típico– y funcional –interrelación práctica de esas dimensiones–...» (Calvo, 1990: 54) (véase también Faralli, 1993: 181 ss.).

forma de «hermenéutica epistemologizada»⁶³ ajena a las trampas idealistas del formalismo y, también, a las del materialismo, el empirismo y el realismo sociologista.

Así, el recuento descriptivo del sistema positivo supera su propia circunscripción sistémica, pero para volver luego a ella, y la estaticidad del entramado teórico-conceptual. Esto lleva a proclamar la naturaleza dinámica, compleja e integradora de una definición de la validez que, al depender de la racionalidad práctica, recorre todas las fases de presentación del Derecho (asunción, producción, aplicación) desvelando su carácter último, el sentido conceptualizado del Derecho como red argumentativa.

La definición dinámica de la complejidad de los sistemas jurídicos hace que existen tantos sistemas momentáneos como decisiones interpretativas integren el substrato de la positividad⁶⁴. Esta «cadena de sistemas jurídicos» definiría el «ordenamiento jurídico positivo»⁶⁵; en él la reglamentación positivizada actúa como una clave de existencia, una condición formal de su realidad, pero no como cierre de la validez que define el Derecho positivo⁶⁶. Sin embargo, esto no abocaría una axiología judicialista opuesta a una concepción iuspositiva de la validez⁶⁷. Pues, a cada validación normativa material precedería, en sentido lógico, una habilitación sistémica formal, ya que el sistema cambia para satisfacer esa exigencia de validación, que es una exigencia del conocimiento o del sistema conceptualizador del Derecho. Por eso la dinámica del sistema es, en realidad, dinámica del ordenamiento y apertura al sistema subsiguiente pero continuación y desarrollo de su predecesor –la otra alternativa sólo recontaría teóricamente un arbitrario voluntarismo judicial convertido en instancia metanormativa, que diría Luhmann–.

Así las cosas, para el neoinstitucionalismo, los diversos elementos, categorías y procedimientos de racionalidad que se refieren al Derecho sólo adquieren sentido conforme a una visión última, compleja y dinámica del ordenamiento. Lo que materialmente significa que no cabe establecer *a priori* un concepto de validez cerrado, sino que hay que indagar en una caracterización dinámica del mismo que lo abra a la comprensividad. Tanto los órganos encargados de producir en

⁶³ Terminología de Jyrki Uusitalo, al respecto, Uusitalo, 1991: 118 ss.

⁶⁴ Pues, «el Derecho cambia un momento después de que un “caso relevante” es resuelto respecto de lo que era un momento antes; y en este sentido existe una importante *similitus* entre el proceso legislativo y el de adjudicación judicial (MacCormick, 1978: 188). Lo que significa, en definitiva, que cada cambio de “interpretación” conduce a la aceptación de un sistema distinto... hay que admitir que toda decisión-conducta judicial es también una decisión acerca del sistema que asume como fundamento de la norma que va a emitir» (Caracciolo, 1988: 86).

⁶⁵ Que ofrece un recuento previo de la validez sistémica, aunque se orienta precisamente a la validación legal de la modificación del sistema (complementariamente Kerchove, Ost, 1998: 43 ss., y con perspectiva crítica, pp. 149-151).

⁶⁶ Al respecto, Alchourron, Bulygin, 1991: 397; Bulygin, 1991: 265-266.

⁶⁷ Se posiciona en tal línea de crítica Levin, en Levin, 1992: 196-198.

primera instancia el Derecho, como los que tienen la función de garantizar la autoridad y ejecutividad de ese Derecho contribuyen permanentemente a su definición dinámica. Por eso, el criterio unitario de validez se define como criterio primero y lógico de definición, pero que se posibilita en cuanto criterio último resultante de las diversas manifestaciones y consideraciones judiciales sobre el sistema jurídico⁶⁸. Todas estas consideraciones deben ordenarse como piezas de un puzzle, de una imagen a recomponer, y tal debe ser la labor del descriptor positivista del Derecho.

La concepción neoinstitucionalista del Derecho de MacCormick, así, ofrecería: de un lado, una metateoría que se sirve de una preconcepción de lo que es el Derecho para, a partir de ahí, proponer los métodos de conocimiento y construcción teóricos apropiados. De otro, una teoría del Derecho comprensiva que abarca todos los niveles de concreción jurídica, incluido el de la aplicación, y que lo presenta con carácter sistémico estructural y de contenido. Y, además, respecto de la aplicación, un criterio de racionalización descriptivo y normativo de la actividad jurisdiccional y las resoluciones conformándolas al marco jurídico y a una coherencia que caracteriza al sistema en conjunto.

Todos estos niveles se van integrando sucesivamente en una teoría comprensiva del Derecho hasta configurar un agregado en el que, por fin, todos adquieren el sentido definido por el conjunto, y no el inicial que presentan para su concreción analítica. Por eso, podría hablarse de una especie de validez *prima facie* y de otra validez consideradas todas las circunstancias⁶⁹.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La revisión de la concepción neoinstitucionalista de MacCormick permanentemente reitera la necesidad de que el análisis de la consistencia del Derecho conecte los niveles filosófico-epistemológico y sociológico –referidos a los pares fundacionalista-coherentista y analítico-hermenéutico–. Esta constante imbricación determina que todo conocimiento parcial o especial, cualquier perspectiva de análisis adoptada y cada definición particular sobre el Derecho deba incardi-

⁶⁸ La teoría de la validez jurídica debe reconocer un permanente proceso de transformación de la normatividad jurídica dado su carácter estimativo y de equilibrio con la realidad (véase Peczenik, 1984: 27 ss., MacCormick, 1996: 180-181).

⁶⁹ Para Weinberger, no es preciso apelar a una validez *prima facie* y a otra ulterior. Hay una y definitiva; la que se concreta gracias a la actuación legislativa y a las excepciones introducidas por el juez en sus interpretaciones conforme a criterios de principio. Así, «la institución es capaz y está obligada a ofrecer una solución que impulse la idea que delimita el núcleo de la institución, aunque esto suponga una debilitación de la regla positiva» (Weinberger, 1999 a: 249).

narse en una red conceptual que se asienta sobre la creencia social en el Derecho.

La noción de reintegración de la validez jurídica apunta a una definición no estancada en un conceptualismo empobrecido, sino centrado en la realidad efectiva del Derecho. Pero, una realidad recontable en términos conceptuales, institucionales, y que se alimenta de la creencia en, y la fidelidad al dogma positivista de validez. Fundamentalmente, porque en las sociedades desarrolladas, el discurso del Derecho ya incorporaría en su forma destilada las condiciones de justificación del particular discurso político del Estado de Derecho, democrático y garante de los derechos. Son éstas las que concretan el contenido de la razonabilidad y justificación del Derecho como la razón de acción del mismo sistema, de los súbditos y los jueces. Por eso, el discurso jurídico descriptivo puede y debe dar cuenta de esas condiciones de razonabilidad y justificación en términos normativos, aunque renunciar a su carácter descriptivo.

La virtud de la argumentación de MacCormick reside, fundamentalmente, en su afán por imbricar el Derecho positivo en la sociedad y en la dimensión práctica y moral de la razonabilidad y la justificación⁷⁰. El discurso jurídico comienza y termina en la validez positiva, pero sin compartimentos-estanco ajenos a las imbricaciones entre la aceptación, la imposición, la valoración legislativa y judicial, los criterios formales de producción reglamentaria y los criterios sistémicos de pertenencia⁷¹. Por eso, uno de los grandes méritos de MacCormick es que incorpora la teoría de la justificación jurisdiccional en la teorización del Derecho gracias a un método analítico reconstructivo que parte del mirar hacia atrás hasta hallar un adecuado criterio último y primero de validez («reintegración del concepto de validez»)⁷². Es verdad que tampoco MacCormick consigue responder a la que Atienza considera la pregunta fundamental de las concepciones argumentales del Derecho: ¿cuál es el canon objetivo de la decisión? Quizá porque las teorías de la argumentación requieren mayor precisión o porque la respuesta no existe. Pero es igualmente cierto que gracias a su esfuerzo comprensivo y de inclusión de la concepción argumental de la decisión en el mismo marco de definición del Derecho se proclama a nivel fundamental y fundante la condición de coherencia sistémica sin cortes respecto de la coherencia normativa y de la decisión. Pero, no para cerrar en un nivel substantivo al ordenamiento jurídico. Sino para proclamar el ideal regulativo al que aspira todo Derecho positivo tanto por lo que se refiere a la cuestión de qué es el Derecho, cuanto respecto de la otra acerca de cuál es el Derecho aplicable a este caso concreto. Con lo que también se explicaría y justifi-

⁷⁰ Véase en este sentido, Godrich, 1987: 205-212 y La Torre, 1997: 409, Prieto Sanchís, 1992: 183.

⁷¹ Al respecto, complementariamente, Wróblewski, 1966: 73 ss.

⁷² Atiéndase a Jackson, 1997: 180-181. Es expresivo Rigaux, 1990: 38 ss, 48-49; también Calvo, 1996: 3 ss.

caría la preferencia por el orden del Derecho positivo⁷³ y su ideal regulativo de la coherencia, que es el ideal de racionalidad en las culturas desarrolladas⁷⁴.

El vicio de la argumentación maccormickiana se alimenta, me parece, de las permanentes obstrucciones que los distintos métodos de análisis proyectan sobre sus esfuerzos armonizadores –p. ej. al sostener una tesis no cognoscivista que posibilite su escrutinio en clave positivista y, a la par, una rehabilitación de la razón práctica–. Porque al sustentar cada perspectiva de escrutinio del Derecho sus propios códigos de significación y racionalidad, la pretendida perspectiva comprensiva e integradora se enfrenta a una doble y difícil tarea: de un lado, expurgar los antiguos defectos de cada perspectiva de análisis y los que surgen al poner en relación sus planteamientos y, de otro, responder a las permanentes críticas de cada particular concepción, insatisfechas con una flexibilización o corrección de sus postulados desde un paradigma externo. Bien es cierto que lo inaceptable, sobre todo para el positivista, es pretender dictarle a la realidad qué es lo que quiere, puede o debe comprender como Derecho⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., 1990: «On rational acceptability. Some remarks on legal justification». *Law, Interpretation and Reality*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht.
- ALCHOURRON, C., BULYGIN, E., 1991: *Análisis Lógico y Derecho*. Edit. C.E.C. Madrid.
- ATIENZA, M., 1999: «El Derecho como argumentación». *Isegoría*. 21.
- ATYIAH, P. S.; SUMMERS, R., 1991: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Edit. Clarendon. Oxford.
- ATRIA, F., 1999 a: «Legal reasoning and legal theory revisited». *Law and Philosophy*. Vol. 18, núm. 5.
- 1999 b: «Del Derecho y el razonamiento jurídico». *Doxa-22*.
- 2001: *On Law and Legal Reasoning*. Edit. Hart Publishing. Oxford.
- BANKOWSKY, Z., 1989. «Institutional legal positivism?». *Rechtstheorie*. Vol. 20, núm. 2.
- BARBERIS, M., 1997: «Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourron y Bulygin». *Doxa-20*.
- BAYÓN, J. C., 2000: «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía*. 13.
- BENGOETXEA, J., 1994: «Legal system as a regulative ideal». *ARSP*. LIII. 1.

⁷³ Aunque ese Derecho positivo se ponga en funcionamiento gracias a un permanente sopesar valoraciones normativas y fácticas. En este sentido y complementariamente Peczenick, 1994: 146 ss.

⁷⁴ (L)a racionalidad se vincula a un grado de desarrollo de ciertas culturas» (Aarnio, 1990: 81).

⁷⁵ Atiéndase ahora a Bayón, 2000: 116-117.

- BERGHOLTZ, G., 1990: «Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la justificación de las decisiones razonadas». En *Doxa-10*.
- BOUKEMA, H. J. M., 1980: «Legal realism and legal certainty». *ARSP*. LXVI. 4.
- BULYGIN, E., 1991: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». *Doxa-9*.
- CABRA APALATEGUI, J. M., 2000: «Racionalidad y argumentación jurídica». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 9.
- CALVO GONZÁLEZ, J., 1990: «Institución jurídica y positivismo jurídico institucional». *Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao.
- 1996: *Derecho y Narración*. Edit. Ariel. Barcelona.
- CAMPBELL, T. D., 1988: «Ethical positivism». *ARSP*. III. 2.
- CARACCILO, R. A., 1988: *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Edit. C.E.C. Madrid.
- COLEMAN, J., 1988: «Negative and positive positivism». *Markets, Morals and the Law*. Edit. Cambridge Univ. Press.
- DEN BOER, M., 1991: «Two in one trolley: reflections on the relation between MacCormick's institutional and narrative theory of Law». *International Journal for the semiotics of Law*. IV. 12.
- EIKEMA HOMMES, H., 1984: «Positive Law and material-legal principles». *ARSP*. LXX. 2.
- FARALLI, C., 1993: «Normative institutionalism and normative realism. A comparison». En *Ratio Iuris*. 6. 2.
- GARCÍA AMADO, J. A., 1988: *Teorías de la Tópica Jurídica*. Edit. Cívitas. Madrid.
- 1999: «Razón práctica y teoría de la legislación». *Derechos y Libertades*. 9.
- GARCÍA FIGUEROA, A., 1999: «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico». *Doxa-22*.
- GOLDING, M., 1999: «My Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
- GODRICH, P., 1987: *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rethoric and Legal Analysis*. Edit. MacMillan Press. London.
- HILL, H. H., 1990: «H.L.A.m Hart's hermeneutic positivism». *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. III. 1.
- JACKSON, B. S., 1997: *Semiotics and Legal Theory*. Edit. Deborah Charles Publications. Liverpool.
- KERCHOVE, M. VAN; OST, F., 1998: *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Edit. Univ. Complutense. Madrid.
- LA TORRE, M., 1993: «Institutionalism old and new». *Ratio Iuris*. 6. 2.
- 1997: «Meaning, norm and legal science—An institutional approach». *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1999: *Norme, Istituzioni, Valori. Per una teoria istituzionalistica del Diritto*. Edit. Laterza. Roma.
- LEVIN, J., 1992: *How Judges Reason. The Logic of Adjudication*. Edit. Peter Lang Publishing. New York.
- MACCORMICK, D. N., 1976: «Formal justice and the form of legal arguments». *Études de Logique Juridique*. VI. Edit. Émile Bruylant (Chäim Perelman). Bruxelles.

- 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Edit. Clarendon Press. Oxford.
- 1979: «Law, obligation, and consent». *ARSP*. LXV. 3.
- 1981: *H.L.A. Hart*. Edit. Edward Arnold (ed. William Twining). London.
- 1984: «Coherence in legal justification». *Theorie der Normen*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1985: «A moralistic case for a moralistic Law». *Valparaiso Law Review*. 20.
- 1986 a: «Law as institutional fact». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 b: «On analitical Jurisprudence». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 c: «Law, morality and positivism». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 d: «Institutional morality and the Constitution». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1989: «The ethics of legalism». *Ratio Iuris*. 2. 2.
- 1994: «Natural Law and the separation of Law and Morals». *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Edit. Clarendon Press (ed. Robert P. George). Oxford.
- 1995: «Defeasibility in Law and logic». *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht.
- 1996: «The concept of Law and The Concept of Law». *The Autonomy of Law: Essays in Legal Possitivism*. Edit. Clarendon Press. Oxford.
- 1997: «On institutional normative order». *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1999: «My Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
- MACCORMICK, N. D.; WEINBERGER, O., 1986: «Introduction» a *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1990: «Introduzione». *Il Diritto come Istituzione*. Edit. Giuffré. Milano.
- MARMOR, A., 2001: *Positive Law and Objetive Values*. Edit. Clarendon. Oxford.
- MORTON, P., 1998: *An Institutional Theory of Law*. Edit. Clarendon. Oxford.
- NERHOT, P., 1990: «The Law and its reality». *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- OPOCHER, E., 1965: «Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della applicazione del diritto». *R.I.F.D.* XLII.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de, 1988: «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- PAYCHÈRE, F., 1991: «Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle». *International Journal for the semiotics of Law*. Vol. IV, núm. 12.
- PECZENICK, A., 1984: «Creativity and transformations in legal reasoning». *Theorie der Normen*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1989: *On Law and Reason*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- 1999: «Entrevista». *Doxa*-22.
- 2001: «A theory of legal doctrine». En *Ratio Iuris*. Vol. 14, núm. 1.

- PINTORE, A., 1986: «Da Ross a MacCormick». *Studi Economico-Giuridici*. LI.
- 1990: *La Teoria Analitica dei Concetti Giuridici*. Edit. Jovene. Nápoles.
- 1991: «Law as fact? MacCormick's institutional theory of Law». *International Journal for the semiotics of Law*. IV. 12.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1987: *Ideología e Interpretación Jurídica*. Edit. Tecnos. Madrid.
- 1992: *Sobre Principios y Normas*. Edit. C.E.C. Madrid.
- 1998: *Ley, Principios, Derechos*. Edit. Dykinson. Madrid.
- PUPPO, A., 1999: «Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del Derecho». *Doxa*-22.
- RAWLS, J., 1979: *Teoría de la Justicia*. Edit. Fondo de Cultura Económica. México.
- RENNER, K. 1976: *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. Edit Routledge & Kegan Paul. London.
- RIGAUX, F., 1990: «The concept of fact in legal science». *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics & Jurisprudence*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- RORTY, R., 1980: *Philosophy and the Mirror of Nature*. Edit. Princeton. New Jersey.
- ROSS, A., 2000: *Teoría de las Fuentes del Derecho*. Edit. C.E.P.C. Madrid.
- RUITER, D. W. P., 1993: *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- SCHIAVELLO, A., 2001: «On "Coherence" and "Law"». *Ratio Iuris*. 14. 2.
- SEGURA ORTEGA, 1998: *La Racionalidad Jurídica*. Edit. Tecnos. Madrid.
- SIECKMANN, J. R., 1992: «Legal system and practical reason. On the structure of a normative theory of Law». *Ratio Iuris*. 5. 3.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W., 1999: «A perspectival theory of Law». *Australian Journal of Legal Philosophy*. 24.
- SUÁREZ LLANOS, M. L., 2001: *La Teoría Comunitarista y la Filosofía Política*. Edit. Dykinson. Madrid.
- SUMMERS, R. T., 2001: «The place of form in the fundamentals of Law». *Ratio Iuris*. 14. 1.
- SYPNOWICH, C., 1999: «Utopia and the Rule of Law». *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order* (ed. David Dyzenhaus). Edit. Hart Publishing. Oxford.
- TAYLOR, CH., 1989: «Overcoming epistemology». *After Philosophy: End or transformation*. Edit. The Mit. Press. Cambridge Univ. Press.
- TARELLO, G., 1996: «Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua. *R.I.F.D.* LXXIII.
- VEGA, J., 2000: «Praxis y normatividad como criterio de científicidad de la "ciencia jurídica"». *Doxa*-23.
- VELASCO ARROYO, J. C., 1999: «El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas». *Isegoría*. 21.
- VILLA, V., 1990: «Normative coherence and epistemological presuppositions of justification». *Law, Interpretation and Reality*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- WALDRON, J., 2001: «Normative (or ethical) positivism». *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Edit. Oxford Univ. Press.

- WEINBERGER, O., 1999: «Prima Facie Ought. A logical and methodological Enquiry». *Ratio Juris*. 12. 3.
- 1999 b: «Neo-institutionalism: my views on the Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- WRÔBLEWSKI, J., 1966. «Normativity of legal science». *Études de Logique Juridique*. Vol. I.
- 1999: «Neo-institutionalism: my views on the Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer. Netherlands.