

Actualizando el debate sobre “el derecho como plan compartido” de Shapiro

Updating the Debate on Shapiro’s Account of Law as a Shared Plan

Pedro Moniz Lopes*
Jorge Silva Sampaio**

Recepción: 23/02/2024

Evaluación: 18/05/2024

Aceptación final: 03/07/2024

Resumen: En la Discusiones XX se dio un debate sobre a teoría del derecho como plan compartido desarrollada por Scott Shapiro, que involucró a varias filósofas y filósofos del derecho, os cuales realizaron una lectura crítica de dicha tesis, centrándose en diferentes aspectos y desde diferentes perspectivas. Lamentablemente, Shapiro nunca respondió a ninguna de las críticas pertinentes hechas a su teoría. Basándose en la discusión generada en Discusiones XX, pero también teniendo en cuenta los numerosos libros y artículos sobre la teoría del derecho como plan compartido de Shapiro que se han publicado, buscaremos analizar críticamente aspectos que pasaron desapercibidos en aquella discusión y evaluar nuevas críticas y aportes realizados al amplio debate que se generó.

* Doctor en Derecho por la Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor Adjunto de la Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal. Miembro de Lisbon Legal Theory e Investigador Principal de Lisbon Public Law Research Centre – Coordinador de Teoría y Filosofía del Derecho (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/>). Correo electrónico: plopes@fd.ulisboa.pt.

** Doctor en Derecho por la Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor Adjunto Invitado de la Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal. Miembro de Lisbon Legal Theory e Investigador Principal de Lisbon Public Law Research Centre – Coordinador Diputado de Teoría y Filosofía del Derecho (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/>). Correo electrónico: jorgesilvasampaio@fd.ulisboa.pt.

Palabras clave: Teoría de la planificación, Metafísica y ontología jurídica, Normatividad, Autoridad jurídica, Scott Shapiro.

Abstract: In *Discusiones XX* there was a debate on Scott Shapiro's theory of law as a shared plan, involving several philosophers of law, who critically read the thesis, focusing on different aspects and from different perspectives. Unfortunately, Shapiro never responded to any of the relevant criticisms of his theory. Based on the discussion generated in *Discusiones XX*, but also considering the numerous books and articles on Shapiro's theory of law as a shared plan that have been published, we will seek to critically analyze aspects that went unnoticed in that discussion and to evaluate new criticisms and contributions to the broad debate that ensued.

Keywords: Planning Theory, Metaphysics and legal ontology, Normativity, Legal Authority, Scott Shapiro.

1. Introducción

En la *Discusiones XX* se dio un debate sobre la *teoría del derecho como plan compartido* («TDP») desarrollada por Scott Shapiro,¹ que involucró a varias filósofas y filósofos del derecho, los cuales realizaron una lectura crítica de dicha tesis, centrándose en diferentes aspectos y desde diferentes perspectivas. En general, la teoría de Shapiro ha sido muy criticada y algo alabada, pero, lamentablemente, Shapiro nunca respondió a ninguna de las críticas pertinentes hechas al TDP. Sin embargo, más allá de sus otros méritos, la TDP de Shapiro se destaca por su intento de originalidad (si lo consiguió o no es un asunto distinto) y por su capacidad para reunir a varios autores con un claro interés y motivación para debatirla. El interés ha disminuido un poco desde 2017 pero no se espera que desaparezca.

Shapiro sostiene que las normas jurídicas *son* “planes” (o “como planes”) y la actividad jurídica es una “actividad de planificación social”.² La TDP no es una mera metáfora, sino una verdadera afirmación sobre la

¹ Véase Shapiro (2011). Para un resumen de la TDP, Shapiro (2017).

² Véase Shapiro (2011, p. 195).

metafísica de las normas jurídicas basada en el trabajo de Bratman, quien analiza la estructura de la planificación y la intencionalidad de la acción conjunta.³ En particular, Shapiro utiliza su TDP para intentar resolver la paradoja de la autoridad, a saber: ¿cómo puede un sujeto conferir poder jurídico sin tenerlo de antemano? Aunque Shapiro comparte muchas cosas con Hart, no pretende complementar la teoría del derecho *hartiana* como práctica social, sino sustituirla por la teoría de la planificación jurídica.⁴

La TDP se basa en tres tesis centrales:

- (i) la “Tesis de Planificación” (“TP”): la actividad jurídica es una actividad de planificación social y “actividad jurídica” significa básicamente “el ejercicio de la autoridad jurídica”. La planificación es asentadora (“settling”) porque “produce normas que se supone que resuelven, y pretenden resolver, cuestiones sobre cómo actuar”⁵. A su vez, el ordenamiento jurídico es una organización funcionalizada a la planificación como creación de normas de conducta –generales y normalmente públicamente accesibles– lo cual es necesario precisamente en un contexto de incertidumbre;
- (ii) la “Tesis de la Agencia Compartida” (“TAC”): el ejercicio de la autoridad jurídica es una actividad compartida basada en dos conceptos: aceptación y plan maestro compartido⁶. Shapiro subraya cómo la planificación permite el reclutamiento de agentes alienados: agentes a los que no les importa la buena ejecución del plan, sino sólo les importan los beneficios que obtendrán al ejecutar su parte del plan;⁷
- (iii) la “Tesis del Fin Moral” (“TFM”): la finalidad de la actividad de planificación jurídica es “rectificar las deficiencias morales asociadas a las circunstancias de la legalidad”, o sea costos deliberativos en escenarios de incertidumbre, conflictividad o arbitrariedad

³ Véase Bratman (1987). Más recientemente, Bratman (2022).

⁴ Véase Rosati (2016, p. 307). Sin embargo, sosteniendo que Shapiro, cuando se trata de obligación legal y normatividad, reproduce los errores de Hart Schiavello (2017, pp. 135 y ss.).

⁵ Véase Sardo y Esposito (2020, p. 110).

⁶ Véase Shapiro (2011, p. 204 y ss.); Sardo y Esposito (2020, p. 111).

⁷ Véase Shapiro (2011, pp. 144-146).

causados, sobre todo, por desacuerdos morales sustanciales.⁸ La connotación Raziana de la TFM es obvia: “[p]ara determinar el contenido del plan, el planificador debe tener cuidado de no entrar en deliberaciones sobre sus méritos. Como hemos visto, el valor de un plan es que piensa por nosotros”.⁹

El debate del número XX de *Discusiones sobre la teoría del derecho* de Shapiro como plan compartido abarcó un terreno prácticamente inalcanzable en un texto limitado como éste, tanto por su enfoque heterogéneo como por su contenido amplio.

En primer lugar, el debate presentó diferentes enfoques: desde destacar las ventajas de la TDP (Papayannis y, hasta cierto punto, Pino) hasta analizar la (in)coherencia interna o la falta de poder explicativo de la TDP (Celano o Canale); desde contrastar la TDP con estándares externos, ya sea buscando puntos de encuentro y desencuentro con versiones establecidas del positivismo (Poggi; Ferrer y Ratti), o simplemente menospreciando la TDP desde una perspectiva subjetiva elegida (Chiassoni, al contemplarla desde la perspectiva del “realismo analítico”).

En segundo lugar, por lo que respecta al contenido, en el volumen XX de *Discusiones* se analizaron y criticaron diversos aspectos de la teoría de Shapiro.

Canale (2017, pp. 21 y ss.) se centró sobre todo en los aspectos metodológicos del libro de Shapiro. Aunque destacó la originalidad de las distintas tesis originales presentadas sobre la naturaleza del derecho y los principales problemas de la filosofía del derecho, pero también sobre cómo la filosofía del derecho puede descubrir la naturaleza del derecho, no dejó de analizar críticamente el enfoque filosófico de Shapiro, que se inscribe en el giro metafísico. Canale critica, más concretamente, el monismo ontológico adoptado por Shapiro, que soslaya diversos temas sin poder explicar el concepto de obligación jurídica, oscureciendo la variedad de entidades jurídicas, como normas, contratos, parlamentos, etc. Como alternativa, sugiere un enfoque pluralista de la ontología social para explicar la naturaleza del derecho que merece consideración.¹⁰

⁸ Véase Shapiro (2011, pp. 169 y ss.; p. 172).

⁹ Véase Shapiro (2011, p. 127).

¹⁰ Véase Canale (2017, pp. 21 y ss.).

Por su parte, Poggi (2017, pp. 67 y ss.) se dedica a dar una solución, en términos de presupuestos positivistas, a la Paradoja de la Autoridad. Según esta paradoja, el poder de crear normas presupone una norma de competencia que, a su vez, presupone dos cosas: en primer lugar, el poder de crear normas y, en segundo lugar, la creación efectiva de esa norma de competencia. Para Poggi, la solución de Shapiro es una solución iuspositivista y todos los positivistas jurídicos resuelven la paradoja en cuestión de la misma manera. Esto se desprende directamente de la definición de derecho que ofrece el positivismo jurídico. La resolución de la paradoja resulta, según Poggi, de la introducción en el discurso de ciertas aclaraciones y distinciones, a saber, la diferenciación entre normas de racionalidad y normas jurídicas.¹¹

Tuzet (2017, pp. 103 y ss.) destacó las ambigüedades del TP en el contraste entre perspectivas internas y externas (es decir, el contraste entre “planificadores” y “observadores”) y algunas deficiencias derivadas de la no inclusión de importantes postulados del realismo jurídico, en particular Ross. Como sostiene Tuzet, Shapiro rechaza la perspectiva realista porque descuida el punto de vista interno. Sin embargo, muchas de las afirmaciones realistas se referían al conocimiento del derecho y no a su normatividad. Desde este punto de vista, Tuzet concluye –aunque asumiendo el riesgo de la afirmación– que Shapiro es un verdadero realista (más que Leiter).¹²

Schiavello (2017, pp. 135 y ss.) trató, en particular, de confirmar si la teoría del derecho como proyecto era capaz de superar los principales límites de la teoría jurídica positivista vista como práctica social, a saber, los relativos a los conceptos de obligación jurídica y normatividad del derecho. Su conclusión, tras un desarrollado análisis de la teoría práctica y del giro convencionalista del derecho y de sus respectivos límites, fue que Shapiro acabó reproduciendo los errores de Hart en ambas cuestiones.¹³

El análisis más positivo de la teoría de la planificación fue realizado por Papayannis (2017, pp. 179 y ss). Según su reconstrucción, el libro de Sha-

¹¹ Véase Poggi (2017, pp. 67 y ss.).

¹² Véase Tuzet (2017, pp. 103 y ss.).

¹³ Véase Schiavello (2017, pp. 135 y ss.).

piro ofrece una explicación mixta del fenómeno jurídico. Al mismo tiempo, pretende explicar la naturaleza del derecho, utilizando un análisis conceptual capaz de reconstruir fielmente el punto de vista interno. Al mismo tiempo, propone una explicación funcional del derecho que trasciende la perspectiva de los participantes. Se trata de perspectivas complementarias que no son incompatibles en la medida en que pretenden arrojar luz sobre distintos aspectos de la práctica jurídica. Y el punto más positivo de esta teoría proviene del hecho de que ilumina algunos aspectos de los sistemas jurídicos que a menudo han sido ignorados por los teóricos del derecho, a saber, sus funciones y aspectos ventajosos, porque van más allá del punto de vista interno.¹⁴

Celano (2017, pp. 223 y ss.), por su parte, se centró principalmente en un extenso análisis de la tesis de los planes, según la cual la actividad jurídica es una forma de planificación social. Aunque se centró en la coherencia interna de la TFM, rechazó que los principios de racionalidad instrumental, centrales en esta teoría, tengan capacidad para motivar a los agentes, lo que hace que la teoría no sea suficientemente explicativa de la normatividad. El autor también hizo hincapié en el insuficiente análisis de Shapiro sobre una cuestión fundamental, aunque poco abordada en el debate: el marco de la derrotabilidad de las normas en TDP.¹⁵

Chiassoni (2017, pp. 267 y ss.) niega que la TDP pueda adscribirse a la matriz positivista¹⁶ y niega también que haya “verdades filosóficas” por descubrir sobre “la naturaleza fundamental del Derecho”, como parece insinuar Shapiro. Desde este punto de vista, Chiassoni es muy crítico con la concepción del positivismo jurídico de Shapiro, especialmente si se tiene en cuenta su caracterización del derecho como una empresa racional. A diferencia de Poggi, Chiassoni afirma que, adoptando una visión realista, sólo cabe concluir que la supuesta solución de Shapiro a la paradoja de la autoridad es una mera ilusión.¹⁷

¹⁴ Véase Papayannis (2017, pp. 179 y ss.).

¹⁵ Véase Celano (2017, pp. 223 y ss.). Véase, también, Zorzetto (2013, pp. 76-77).

¹⁶ Contra, Poggi (2017). Es posible encontrar autores de dos procedencias teóricas muy diferentes que dudan del positivismo de Shapiro. Véase Chiassoni (2017, pp. 282 y ss.); Alexy (2016).

¹⁷ Chiassoni (2017, pp. 267 y ss.).

Ferrer y Ratti (2017, pp. 305 y ss.) aclaran que el “Planner’s method” es una especie de metainterpretación y no una metodología interpretativa específica; además, sostienen que el PDT es innecesariamente sofisticado en su demolición de la crítica de Dworkin al positivismo basado en el desacuerdo, ya que el problema radica únicamente en la diferenciación entre desacuerdos sobre las fuentes y desacuerdos interpretativos. Ferrer y Ratti resumen el argumento del desacuerdo y concluyen que la sofisticada teoría de la interpretación de Shapiro es supererogatoria y mezcla aspectos descriptivos y prescriptivos de la interpretación jurídica.¹⁸

En cuanto a la interpretación y la metainterpretación, Pino (2017, pp. 337 y ss.) se centra en la “fase extractiva” propuesta por TP y cuestiona la admisibilidad de excluir los juicios morales o valorativos, como propone este último (que se centra en el “descubrimiento de los hechos sociales”). También cuestiona que la diferencia que establece el TP no sea, al fin y al cabo, de grado (una conclusión kelseniana). Para Pino, la idea de que un sistema jurídico es el producto de un número fijo y cerrado de planificadores es simplista, ya que la evolución de los sistemas jurídicos es a veces también consecuencia de decisiones judiciales, lo que convierte a los jueces en ejecutores y a veces en planificadores.¹⁹

Así pues, tras este brevísimo análisis de los artículos que componen el volumen XX de Discusiones y basándonos (sobre todo) en la discusión que han generado, pero también teniendo en cuenta los numerosos libros y artículos sobre la TDP de Shapiro que se han publicado, intentaremos analizar críticamente aspectos de la TDP que han pasado desapercibidos en esta discusión y valorar nuevas críticas y aportaciones al amplio debate que se ha generado.

2. Metodología y naturaleza del Derecho

Según Shapiro, la cuestión principal que debe poder responder una teoría del derecho es explicar en qué términos y con qué efectos el derecho es

¹⁸ Ferrer y Ratti (2017, pp. 305 y ss.).

¹⁹ Véase Pino (2017, pp. 337 y ss.).

capaz de imponer “obligaciones”, de guiar el comportamiento humano de forma normativa.²⁰ En los últimos años, los teóricos del derecho quizá se han dedicado más a tratar de explicar qué *cuenta como derecho*, es decir, a entender cómo determinar qué normas pertenecen a los sistemas jurídicos. Shapiro (2011) considera que la tarea de la teoría analítica del derecho es analizar sus “fundamentos *metafísicos*” (pp. 26-27). En este sentido, dilucidar la naturaleza de algo implica, en primer lugar, determinar qué propiedades hacen que una determinada instancia del derecho sea una instancia del derecho y no de otra cosa (la cuestión de la *identidad*);²¹ luego se trata de comprender qué consecuencias necesarias se siguen del hecho de que esta entidad sea como es (la cuestión de la *implicación*),²² es decir, qué propiedades debe tener necesariamente el derecho para distinguirse de los juegos, la etiqueta o la moral.²³ Sin embargo, no está claro si determinar la identidad de una cierta entidad no es precisamente una cuestión de determinar sus propiedades necesarias.²⁴

La TDP forma parte del reciente movimiento (principalmente anglosajón) de retorno al discurso metafísico.²⁵ Este retorno ha sido criticado por teóricos pertenecientes a la cultura del *Civil Law*, que ven en la tradición de la filosofía analítica, bajo la égida del análisis conceptual, una lucha contra el “oscuro” lenguaje metafísico.²⁶ En defensa de este retorno, podría decirse que la “metafísica del presente”, sin perjuicio de las dificultades que pueda entrañar, poco o nada tiene que ver con la “vieja (y mala)” (Chiassoni, 2017, p. 273) “metafísica del pasado”.²⁷ No es infrecuente pensar que

²⁰ Véase Canale / Tuzet (2017, p. 10).

²¹ Véase Shapiro (2011, p. 8).

²² Véase Shapiro (2011, pp. 26-27 y 31).

²³ Shapiro (2011, pp. 9-10). Por otro lado, Ferrer y Ratti (2017, p. 320) consideran que, desde un punto de vista teórico, el positivismo jurídico consiste en una “reconstrucción” de los hechos sociales que constituyen en el derecho, y no en una investigación sobre la naturaleza o esencia del derecho.

²⁴ Véase Mellin (2023, pp. 24-25). Por esta razón, Mellin sostiene que es mejor preguntarse simplemente qué propiedades hacen de X la cosa que X es.

²⁵ Sobre el tema, Véase por ejemplo Loux y Zimmerman (eds.) (2005); Inwagen, Sullivan y Benstein (2023).

²⁶ La propia tradición antigua del positivismo jurídico iría en esta dirección. Véase Canale (2017, p. 29); Chiassoni (2017, pp. 270 y ss.).

²⁷ Reconociendo esto, véase Canale (2017, p. 31).

la metafísica analítica reciente (i) ha sido el escenario de algunos de los avances filosóficos más recientes, (ii) no es incompatible con visiones austeras de *la realidad* o con un particular escepticismo sobre la existencia de entidades abstractas (*infra*) y (iii) no es necesariamente incoherente con la posible imposibilidad de la distinción analítico-sintética de la tradición *quineana*. Shapiro forma parte precisamente de este movimiento. Aunque no tuviera éxito, la relevancia de su investigación es innegable.²⁸

Independientemente de las críticas, Shapiro (2011, p. 13) considera que la respuesta a las cuestiones de identidad e implicación debe basarse en el *análisis conceptual*, aunque el objeto de análisis no sea un concepto, sino la entidad a la que se aplica el concepto (sin mencionarla, la “referencia” fregeana). El análisis de conceptos como *derecho*, *autoridad* u *obligación* debe centrarse en las entidades que los instancian, no en sus significados. Por ejemplo, para elucidar la naturaleza del derecho es necesario identificar el mayor número posible de “verdades evidentes” sobre este concepto, además de algunas “estrategias compensatorias”.²⁹ Una vez hecho esto, es importante construir una teoría explicativa sobre el fenómeno estudiado: la mejor explicación será la que mejor dé cuenta de la lista de verdades fijas.³⁰

Frente al análisis tradicional de la naturaleza del derecho basado en el concepto de *norma jurídica*, Shapiro (2011, p. 6) defiende que debemos empezar por estudiar las *organizaciones* que crean las normas jurídicas: el “giro organizativo”.³¹ En este contexto ha crecido la discusión sobre quiénes son los creadores de los sistemas jurídicos, lo que exige escudriñar el papel de los funcionarios jurídicos en la constitución metafísica de los sistemas jurídicos.³² Aunque era de esperar que Shapiro se centrara en la naturaleza

²⁸ Para un análisis crítico reciente y exhaustivo, véase Mellin (2023). También críticamente, Leiter (2020, p. 3).

²⁹ En particular, la estrategia de comparar las instituciones jurídicas con otras prácticas sociales similares.

³⁰ Esta forma de ver las cosas, como señala Canale (2017, p. 35), se aleja del estilo tradicional de Oxford y se acerca más a la escuela de Canberra. Del mismo modo, pero haciendo hincapié en las diferencias con Jackson, Leiter (2020, pp. 5-6).

³¹ Cabe señalar que Sánchez Brígido (2010) siguió un camino similar más o menos en la misma época.

³² Véase Banas (2022, 160); Burazin (2022).

de las organizaciones jurídicas,³³ la hipótesis explicativa central que plantea es la siguiente: “si la actividad jurídica es una actividad de planificación social, entonces se deduce que las autoridades jurídicas son planificadores sociales” (Shapiro, 2011, p. 204). Es en este contexto, alejado del naturalismo y del análisis conceptual *à la Oxford*, en el que Shapiro (2011) considera que la TP da mejor cuenta de la naturaleza del Derecho,³⁴ ya que “no es posible entender qué son las leyes si no entendemos cómo y para qué las producen los sistemas jurídicos” (p. 7). Se trata de una perspectiva de análisis interesante, pero no exenta de algunas dificultades teóricas.

Un primer problema de la TDP parece haber escapado al debate anterior. Al afirmar que las organizaciones jurídicas son organizaciones de planificación, tanto porque es una buena práctica analítica como porque está en juego un concepto particularmente importante para la teoría de Shapiro, era de esperar que Shapiro comenzara analizando el concepto de *organización*.³⁵ Sin embargo, inmediatamente comienza afirmando la tesis de que la actividad jurídica es una actividad de planificación social, de lo que infiere que las organizaciones jurídicas tienen una naturaleza de planificación social.³⁶ El problema no es insuperable. Una posible solución es la sugerida por Mellin (2023, pp. 36 y ss.), quien califica a las organizaciones como *grupos formales de naturaleza institucional*, inspirándose en los análisis aportados por Ritchie (2015), García-Godínez (2020) y Epstein (2019).

Un análisis directo de la naturaleza de las organizaciones jurídicas también podría haber contribuido a evitar los problemas detectados por Canale (2017, pp. 50 y ss.). Shapiro parte de la metáfora de alguien que planea cocinar junto con un amigo, y luego extrapola a *actividades compartidas masivas*, de las que el derecho sería un ejemplo. A pesar del valor

³³ Precisamente criticando esta omisión, véase Mellin (2023, pp. 8, 23 y ss.).

³⁴ Shapiro no fue el primero en sugerir la relevancia de la actividad jurídica para explicar la naturaleza del derecho –MacCormick y Weinberger (1986)–.

³⁵ Sobre esta crítica, véase Mellin (2023, pp. 22 y ss.).

³⁶ Como forma de responder a la cuestión de la identidad, Shapiro (2011, p. 225) añade a la teoría de la planificación la propiedad de “autocertificación”, que le permitiría llegar a condiciones conjuntamente suficientes para el derecho. Este aspecto ha sido duramente criticado por Ehrenberg (2016, pp. 325 y ss.), quien considera que se trata de una propiedad “arbitraria” que también poseen otros grupos no jurídicos, así como que ni siquiera es seguro que las organizaciones jurídicas se “autocertifiquen”.

añadido de la estrategia utilizada en el marco del análisis conceptual –evita la circularidad y el retorno al infinito–, no es seguro que no haya caído en la falacia de la generalización precipitada.³⁷ A este respecto, cabe destacar varios puntos.

En primer lugar, no es en absoluto seguro que la planificación legislativa requiera las mismas propiedades constitutivas que la planificación individual, como las vinculadas a intenciones caracterizadas por la consistencia y la coherencia medios-fines. Recurrir a los planes *bratmanianos* para explicar la naturaleza del derecho es una estrategia muy cuestionable.³⁸ Además de utilizar una definición de plan distinta de la de Bratman –no son “intenciones”,³⁹ sino “objetos de intenciones”⁴⁰–, los planes “son creados y adoptados por un agente para su *propia* acción y deliberación futuras” (Celano, 2017, p. 227). En cambio, para Shapiro, las leyes consisten en un “conjunto de planes referidos también, y sobre todo, a las acciones y deliberaciones de otras personas y no solo de quien planifica” (Celano, 2017, p. 227). Celano no rechaza la posibilidad de planificar para otros, pero subraya que esta forma de planificar implica aspectos como la autoridad, la eficacia, el poder y la coacción, que son muy diferentes de las meras limitaciones derivadas de la racionalidad. A la explicación de la normatividad jurídica ofrecida por Shapiro le falta algo (quizá la coerción).

Curiosamente, es el propio Bratman (2011, p. 75), que aprueba la TDP, quien considera expresamente que la normatividad de los planes no basta para explicar la normatividad jurídica, al menos si ésta se caracteriza, al modo de Postema (1982, p. 165 y ss.), como la capacidad del derecho para dar a sus destinatarios razones para actuar. Aunque los agentes racionales están obligados a aceptar planes consistentes, no están obligados por esos planes: la consistencia resultante de la racionalidad instrumental no implica la conformidad con determinados comportamientos, por la sen-

³⁷ En este sentido, véase Canale (2017, p. 51 y ss.).

³⁸ Véase Celano (2017, p. 239 y ss.).

³⁹ Sobre el concepto de plan para Bratman, Véase Bratman (1987).

⁴⁰ O, utilizando la terminología de Toh, Shapiro no conceptualiza los planes como “actitudes psicológicas”, sino como “contenidos” (Toh, 2018, p. 4).

cilla razón de que los agentes tienen la opción de renunciar a su intención *qua plan*.⁴¹ Se destacan dos cuestiones.

En primer lugar, la generalización de Shapiro basada en la construcción teórica de los planes podría suponer un tratamiento *pars pro toto* (falacia de composición), desvirtuando así algunos de los conceptos jurídicos que parecen escapar a las explicaciones funcionales (por ejemplo, los conceptos de *propiedad* y *contrato*). En segundo lugar, no se puede negar que la TDP está “metafísicamente cargada”.

Conscientes de las exigencias metafísicas de la acción conjunta de todos los miembros, Sardo y Esposito (2020) propusieron un enfoque metafísicamente parsimonioso denominado “enfoque de estrategias esperadas”, combinado con un enfoque de razonamiento en equipo para el razonamiento en equipo [conjuntamente el enfoque “Homo Ludicus” («HL»)].⁴² La estrategia consiste en desplazar el punto central de la TDP (especialmente de los “planes compartidos”) a las expectativas individuales sobre el comportamiento de los demás. Resulta contraintuitivo, por ejemplo, afirmar que la aprobación de leyes en el Senado estadounidense es producto de intenciones compartidas y no de decisiones individuales basadas en expectativas sobre el comportamiento de los demás. Basada en una perspectiva de teoría de juegos, la HL ancla la normatividad en la capacidad de coordinar acciones, tanto a nivel de la autoridad normativa como de los destinatarios. Por otra parte, en HL, las normas jurídicas *no son planes* – una conceptualización que parece excesivamente inclusiva –, sino que *permiten a los destinatarios planificar mejor*, ya que todos tendrán expectativas más claras sobre la conducta de terceros.⁴³

La lectura metafísica que hace Shapiro del análisis conceptual no está exenta de problemas. Contrariamente al enfoque de la ontología social, según el cual la estructura de la realidad refleja de algún modo la estructura de nuestros *conceptos*,⁴⁴ Shapiro parece entender que nuestros conceptos

⁴¹ Mellin (2023, p. 142); también Rosati (2016, p. 320).

⁴² Es interesante observar que los supuestos de Shapiro han sido progresivamente “relajados”, tanto por Sardo y Esposito como en el reciente libro de Bratman, donde se prescinde de la “totalidad” de los miembros de la comunidad.

⁴³ Véase Sardo y Esposito (2020, p. 118). Más en profundidad, Sardo (2022, pp. 9 y ss.).

⁴⁴ Véase Searle (1995).

reflejan de algún modo la estructura de la *realidad*. En este sentido, una vez constatadas las verdades evidentes sobre el Derecho, es posible entonces desvelar su estructura profunda; una vez determinada la estructura de los conceptos jurídicos, queda también clara la estructura de los hechos que los componen, los cuales determinan la verdad de aquélla. Sin embargo, no es cierto que el lenguaje refleje la estructura ontológica del mundo. Como señala Canale (2017), el enfoque semántico que implica la metodología de Shapiro plantea problemas relevantes que aún no han sido respondidos.

Por ejemplo, no sería sorprendente que nuestras intuiciones generales sobre los fenómenos jurídicos fueran (al menos parcialmente) erróneas, si tenemos en cuenta la falibilidad humana y la ignorancia empírica, así como los problemas que afectan al lenguaje; no está claro que las propiedades relevantes de las entidades jurídicas puedan individualizarse holísticamente sobre la base de la mera observación de los aspectos sociales y culturales de los fenómenos jurídicos. No es infrecuente confundir la realidad que se pretende desvelar con el lenguaje utilizado; la naturaleza del derecho constatada depende de la correspondencia efectiva entre esta naturaleza y la realidad social, lo que no es seguro que se confirme en el plano epistemológico.⁴⁵

Una vez conciliados los diversos problemas de la TDP con su monismo metafísico, una posible salida sería, aceptando la variabilidad del alcance del cuantificador existencial y por tanto el relativismo ontológico, optar por el “pluralismo ontológico”. Según éste, “[u]na entidad legal está constituida por conjuntos diferentes de propiedades pertenecientes a diferentes dominios de discurso” (Canale, 2017, p. 61). En otras palabras, la vía deflacionista podría quizás contribuir a acercar la TDP a la realidad.

⁴⁵ Genéricamente sobre el tema de los tipos y tipos sociales, Véase Khalidi (2013); Epstein (2024).

3. El Plan Maestro, la autoridad jurídica y la normatividad del Derecho

3.1. El Plan Maestro y la autoridad jurídica

Según la TDP, la normatividad jurídica se explica a partir del concepto de autoridad jurídica, que es generado por el Plan Maestro (“PM”) y la racionalidad instrumental derivada del mismo. El PM define las “normas fundamentales del ordenamiento jurídico”, que sirven para distribuir las distintas competencias de creación, aplicación y ejecución de los planes. Una vez que se ha constituido un plan para los funcionarios jurídicos, su existencia depende precisamente de su *aceptación* por dichos funcionarios; los miembros de la sociedad sólo tienen que estar *dispuestos a seguir* los planes creados sobre la base del PM. Si el PM es aceptado, la existencia del sistema jurídico se hace posible.⁴⁶ Sin embargo, el ambicioso *plan* de Shapiro plantea dudas.

En este contexto, para que se cree una autoridad jurídica en un determinado ordenamiento jurídico, es necesario y suficiente que se materialice la voluntad de seguir los planes de la autoridad, es decir:

(i) que un determinado agente esté autorizado por el PM a planificar para los demás, lo que podría hacerse mediante planes compartidos, y

(ii) que el agente autorizado sea capaz de motivar a los miembros de la comunidad respectiva para que sigan sus planes⁴⁷, ya sea (a) con la aceptación de la legitimidad del PM por parte de los miembros de la comunidad (racionalmente obligados a aceptarlo),⁴⁸ o (b) mediante amenazas y sanciones.⁴⁹

El primer problema para la TDP, identificado por el propio Shapiro, consiste en saber cómo es posible que el PM autorice a la autoridad jurídica a crear obligaciones y derechos, si consideramos que éstos son conceptos

⁴⁶ Véase Shapiro (2011, pp. 176 y ss.).

⁴⁷ Véase Shapiro (2011, pp. 179 y ss.).

⁴⁸ Para Mellin (2023, p. 132), esto sería, en principio, una debilidad de la tesis de Shapiro, en el sentido de que la normatividad del PM no se extendería a quienes lo rechazan.

⁴⁹ Para Shapiro, el papel de la coacción es contingente y residual. Véase *infra*.

morales que presuponen un poder moral.⁵⁰ La vía de escape positivista de Shapiro consiste en argumentar que la autoridad jurídica puede interpretarse de dos maneras diferentes:

(i) la vía “adjetival”: cuando describimos a un determinado agente como una “autoridad”, le estamos atribuyendo autoridad moral, ya que el término autoridad denota un significado moral en todos los contextos (incluido el jurídico); sin embargo, esta interpretación sería incapaz de explicar las autoridades moralmente ilegítimas (por ejemplo, la Alemania nazi);

(ii) la vía “perspectivista”: cuando calificamos a un agente de autoridad jurídica, lo hacemos desde una determinada perspectiva (jurídica), que no tiene por qué coincidir con la moral, en cuyo caso las obligaciones y derechos jurídicos creados sólo tienen fuerza moral desde el punto de vista jurídico, y por tanto no son exigencias morales objetivas.

La segunda vía permitiría una explicación positivista del Derecho, en la medida en que permitiría afirmar que “todos los hechos jurídicos están determinados en última instancia por hechos sociales”.⁵¹ En definitiva, siempre que se acepte el PM, la autoridad sería moralmente legítima –es decir, obligatoria– desde un punto de vista jurídico, lo que basta para admitir la capacidad de la autoridad jurídica para crear obligaciones jurídicas.⁵² Los juicios jurídicos sobre obligaciones y derechos serían descriptivos, no normativos, en la medida en que describen el punto de vista jurídico; esto también permitiría resolver el problema de Hume para los positivistas.⁵³

⁵⁰ Véase Shapiro (2011, p. 182).

⁵¹ Véase Shapiro (2011, p. 27). Criticando la concepción positivista de Shapiro por basarse en ambigüedades relativas a las expresiones “hechos jurídicos” y “determina”, Toh (2018, pp. 9 y ss.).

⁵² Véase Shapiro (2011, p. 187).

⁵³ En este contexto, para no quebrantar la ley de Hume, Shapiro (2011, p. 99) sugiere entender a Hart como un expresivista, en el sentido de que los hechos sociales que conforman el PM pueden ser objeto, en un momento dado, de actitudes teóricas y, por tanto, susceptibles de enunciados descriptivos, y, en otro momento, de actitudes prácticas y, por tanto, susceptibles de enunciados normativos. *Contra*, Papayannis (2017, pp. 193-194). También defendiendo una lectura expresivista de Hart, Toh (2005, pp. 75 y ss.). De forma crítica, Kramer (2018, pp. 396 y ss.).

La forma en que Shapiro lo plantea parece empujarle hacia una forma de *ficcionalismo jurídico*: aunque ciertas afirmaciones jurídicas sean ciertas en el contexto de la ficción, no lo serían en el “mundo real”.⁵⁴ Tal vez de ello se desprenda que no puede haber autoridad jurídica sin legitimidad moral.⁵⁵ Por su parte, no sólo no es seguro que tal explicación sea superior a la alternativa *hartiana*, sino que incluso si procede la lectura “perspectivista”, tal explicación ni siquiera constituye una ventaja de la TDP. Es una jugada que también podrían hacer otros positivistas.⁵⁶ Aun así, la idea anglosajona de que los conceptos de *obligación* y *derecho* tienen un significado “moralizado” en el ámbito jurídico no parece intuitiva en el plano lingüístico. Más intuitiva parece la idea de que estos conceptos son ambiguos –o tienen un significado *genérico*– en los contextos moral y jurídico, que parece ser una opinión bien considerada en la filosofía del lenguaje.⁵⁷

El segundo problema tiene que ver con la facilidad con la que se lograría la existencia de un sistema jurídico con la mera “aceptación” del PM por parte de los funcionarios jurídicos (prescindiendo de la aceptación por parte de los demás miembros de la comunidad). La historia de la creación de los PM y de la constitución metafísica de la autoridad jurídica parece, como mínimo, incompleta.⁵⁸ En Portugal, por ejemplo, lo que ocurrió tras la revolución de 1974 fue que la comunidad atribuyó competencia, mediante elecciones, a una autoridad constituyente para crear la nueva constitución, lo que escapa al retrato que hace Shapiro.

Otro problema, ya destacado por Poggi y Celano, tiene que ver con el hecho de que las normas de racionalidad instrumental no son normas *stricto sensu*: no son guías para la acción, ni motivan el comportamiento. No hacen más que definir lo que es racional. Pero “[e]l hecho de que hacer algo sea racional no implica que deba hacerlo, a menos que yo quiera ser racional”

⁵⁴ El ficcionalismo puede entenderse como “la opinión de que las proposiciones características expresadas en un discurso determinado pueden resultar falsas y, sin embargo, seguir existiendo razones para el discurso sin una revisión radical”. Así mismo, Gawthorne (2013, pp. 52 y ss.); véase también Spector (2008, pp. 57 y ss.). En general, sobre «cómo ser un ficcionalista sobre números y tablas y cualquier otra cosa», cf. Balaguer (2021, 45 ss.)

⁵⁵ Véase Mellin (2023, p. 138).

⁵⁶ Así, Rosati (2016, p. 316); Toh (2018, p. 37).

⁵⁷ A favor de esta última hipótesis se pronuncia Wodak (2018, pp. 790 y ss.).

⁵⁸ Lo mismo opina Mellin (2023, p. 136).

(Poggi, 2017, p. 100). Las normas jurídicas, en cambio, no dejan lugar a opciones.⁵⁹ No sólo no está claro que la racionalidad instrumental sea una fuente autónoma de razones, sino que ser racionalmente criticable no es lo mismo que ser jurídicamente criticable (Poggi, 2017).⁶⁰ No es cierto que Shapiro no se dé plena cuenta de esto, y que simplemente piense que el elemento distintivo de la normatividad jurídica, aparte de las razones morales contingentes para seguir la ley, es la normatividad proveniente de la racionalidad instrumental.⁶¹ Pero en ese caso, la normatividad jurídica sería idéntica a la normatividad de los juegos, lo que resulta sorprendente en el contexto de la TDP.⁶²

3.2. Un tema olvidado: la coerción

El análisis de la naturaleza de ciertos conceptos o entidades suele basarse en la identificación de sus propiedades esenciales o necesarias y suficientes. Quizá por ello, siguiendo la línea de Hart, porque considera que no es una propiedad necesaria Shapiro prescinde de la propiedad de *coerción* al explicar el fenómeno jurídico.

Schauer (2010) duda de este diagnóstico, en primer lugar, porque los ejemplos ofrecidos por Shapiro –el de la comunidad de cocineros–, aunque conceptualmente posibles, no parecen encontrar apoyo en la realidad. Además, Schauer ha argumentado que no es seguro que comprender la naturaleza de un determinado concepto o entidad no requiera analizar (todas) las propiedades no necesarias.⁶³ De hecho, suponiendo que el dere-

⁵⁹ Para Toh (2018, pp. 7, 30 y ss.), Shapiro se basa en la idea de que algunos principios de racionalidad instrumental servirían como *bootstrap* para pasar (“*bootstrapping*”) de “plan-actitudes” a “plan-contenidos”, sin explicar, no obstante, cómo se produce tal transición. En términos más generales, el tema de la racionalidad instrumental, que ha sido objeto de numerosos debates filosóficos y reviste especial importancia en la TDP, no ha sido debidamente analizado, lo que constituye una “grave y curiosa laguna”.

⁶⁰ Argumentando que la normatividad de la racionalidad instrumental depende de la normatividad de la moralidad, Korsgaard (2008, p. 32).

⁶¹ Sobre la justificación pragmática de la racionalidad instrumental de Shapiro, Zorzetto (2013, p. 72).

⁶² Véase Shapiro (2011, p. 184).

⁶³ Véase Schauer (2015); Schauer (2010, pp. 586 y ss.).

cho sea un artefacto, la capacidad de los seres humanos para rehacer o modificar el propio concepto de derecho que existe en cada sociedad quizá confirme la idea de que el derecho no tiene propiedades esenciales.⁶⁴ Lo cierto es que la forma clásica de ver las cosas ha sido puesta en entredicho por muchos filósofos, que hablan de “parecidos de familia”, “conceptos-*cluster*”, “conceptos esencialmente discutidos”, entre otros.⁶⁵ El antisencialismo conceptual es, de hecho, coherente con algunas de las investigaciones que se han realizado en el campo de la ciencia cognitiva desde las investigaciones seminales de Rosch sobre la teoría de prototipos.

Recientemente, Himma (2020) ha retomado la estela de autores como Bentham, Austin o Kelsen y ha argumentado que la coerción es, de hecho, una propiedad necesaria del Derecho (un artefacto diseñado para satisfacer una función conceptual). Sostiene que el comportamiento humano no puede modificarse sin el uso de sanciones coercitivas, que “proporcionan razones motivacionales objetivas nuevas e independientes del contenido para cumplir las normas jurídicas obligatorias que prohíben actos socialmente indeseables”. Esto explica por sí solo su “*ubicuidad en los sistemas jurídicos existentes*”.⁶⁶ Ciertamente, el desprecio teórico de Shapiro por la propiedad de la coerción resulta aún más extraño cuando uno se da cuenta de que la coerción constituye un “facilitador de la planificación social en un mundo no ideal”.⁶⁷

4. Las normas jurídicas como planes y sistemas jurídicos

4.1. Cuestiones de ontología jurídica

La TDP sostiene que los planes son equivalentes a las normas: las normas pueden ser tanto “parte del PM” del sistema jurídico como planes que han sido creados de acuerdo con, y en los términos exigidos por, ese PM. Para

⁶⁴ Véase Schauer (2018, p. 30).

⁶⁵ Afirmando que Hart, aunque no lo hiciera explícito, seguía al segundo Wittgenstein en cuanto al hecho de que un concepto como el derecho no tiene propiedades necesarias y suficientes, Leiter (2020, p. 4).

⁶⁶ Véase Himma (2020, pp. 70 y 122).

⁶⁷ Véase Schauer (2010, p. 609). También, Sardo y Esposito (2020, p. 118).

Shapiro (2011, p. 128), los planes son entidades “positivizadas”: se crean mediante su “adopción” y se mantienen mediante su “aceptación”. Por el contrario, las normas lógicas y morales existen simplemente en virtud de su validez última.⁶⁸

La premisa ontológica de la TDF es, por tanto, clara. Los planes y las normas son “entidades abstractas” que no entran en relaciones causales con nada en el mundo, incluidos los seres humanos.⁶⁹ Shapiro (2011, p. 127) se centra en la estructura y naturaleza de los planes y no “en el estado mental de ‘tener un plan’”. Al formular la crítica del “error de categoría” de Hart –contradicha en Leiter (2020)– Shapiro va más allá. Afirma que “las normas sociales no pueden reducirse a prácticas sociales porque pertenecen a categorías metafísicas diferentes” (Shapiro, 2011, p. 103). Las prácticas sociales son “acontecimientos concretos” y las normas (y los planes) son “objetos abstractos” que existen fuera del espacio y del tiempo.⁷⁰ El único apoyo filosófico que Shapiro da a su categorización –apoyo muy querido por Hart, por cierto– es *The Concept of Mind* de Gilbert Ryle.

La TDP establece una ruptura filosófica en este punto. No se trata de que la simple suposición de la existencia de objetos abstractos sea “catastróficamente inexacta” (como caracterizó recientemente Balaguer [2021] la discusión sobre el asunto), o de que un libro de 1949 no pueda seguir siendo una referencia ineludible. Hay buenas razones para pensar que la mayoría de las teorías actuales (desde las teorías jurídico-filosóficas hasta las teorías matemáticas) están comprometidas con la existencia de objetos abstractos como los números y las proposiciones. La cuestión, sin embargo, dista mucho de estar resuelta (si es que alguna vez puede estarlo). Un punto tan fundamental en la sofisticada TDP merecía, por parte de Shapiro, un poco más de apoyo y preocupación por rebatir las teorías contrastadas.

En la filosofía de las matemáticas, el mapeo de posiciones es claro. Según los platónicos, los objetos abstractos –físicos, no mentales, no espacio-temporales, *no extendidos* y acausales– existen. Según los nominalistas,

⁶⁸ En este sentido, los planes son normas, pero no todas las normas son planes. Véase Shapiro (2011, p. 128).

⁶⁹ Recientemente, sobre la ontología de las normas, especialmente sobre su consideración como objetos abstractos, véase Agüero-SanJuan (2022, pp. 71 y ss.).

⁷⁰ Del mismo modo, Green (2014, pp. 347 y ss.); Papayannis (2017, p. 189).

no existen: todo lo que se supone que está representado por un concepto o se da como representación mental debe ser una cosa singular. Las especies, los conjuntos, las naturalezas comunes, las propiedades generales, los atributos compartidos, etc., se considera que no tienen una realidad propia *independiente de la mente*.⁷¹ Por último, según los no factualistas –a la vez antiplatonistas y antinomialistas– la cuestión es discutible (“*moot*”); no tiene, desde un punto de vista metafísico –y, subrayémoslo, no meramente epistemológico– una respuesta correcta. Como señala Plebani (2015, p. 1), no es sólo que no sepamos (todavía) la respuesta a la pregunta sobre la existencia de los objetos abstractos, sino que no hay respuesta que dar. No hay “ningún hecho” sobre la existencia de números, normas o planes.⁷²

Aparte de no discutir estas posiciones pertinentes, hay que destacar otras dos particularidades de la TDP. Por un lado, al afirmar que el acto psicológico de adoptar un plan debe ser diferente del plan mismo, Shapiro (2011, p. 127) aborda, bajo la apariencia del “plan” y de forma menos clara y profunda, la oposición entre las concepciones expresiva e hilética de las normas desarrolladas por Alchourrón y Bulygin (2021 [1991]). Por otra parte, al afirmar que los planes son *creados* por un proceso que se supone que crea normas, pero que tienen una existencia fuera del espacio y del tiempo, Shapiro hace afirmaciones cuya compatibilidad es, cuando menos, discutible. La primera cuestión se refiere a la suficiencia exploratoria de la TDP; la segunda es una cuestión de coherencia interna de la TDP.

En cuanto a la primera cuestión, es bien sabido que mientras la concepción expresiva se centra en la función de las normas y en el aspecto pragmático de los enunciados normativos, la concepción hilética se centra en el aspecto semántico. La concepción expresiva de las normas (Bentham, Austin, Kelsen, Ross) es una teoría que sostiene que las normas son *proprio sensu* “dependientes del lenguaje”; son en sí mismas el resultado de

⁷¹ Véase Panaccio (2005, p. 993).

⁷² Sobre el no factualismo, en la filosofía de las matemáticas, véase Balaguer (2021, *passim*, en especial 46 y ss., 123 y ss., 220 y ss.). Otra posibilidad es recurrir a concepciones ontológicas deflacionarias, como la “ontología fácil” diseñada por Thomasson (2015), en la que se pretende responder a cuestiones ontológicas sobre las entidades jurídicas exclusivamente a partir del análisis conceptual y la investigación empírica. Siguiendo esta senda, García-Godínez (2024).

un cierto tipo de uso (un uso prescriptivo) del lenguaje. La concepción hilética (Kalinowski, Weinberger) sostiene que las normas son entidades conceptuales y proposicionales, es decir, el significado de los enunciados normativos. Según esta última, la existencia de normas no requiere ninguna expresión lingüística o pragmática. Según la primera, no es así. Sin embargo, la concepción hilética acepta que las normas son *improprio sensu* “dependientes del lenguaje”: a pesar de ser lingüísticamente independientes, desde un punto de vista ontológico, las normas sólo pueden expresarse y percibirse a través del uso lingüístico.⁷³

Sin embargo, la TDP no aclara si la existencia de los planes, en una concepción hilética (semántica) –o al menos su expresión y enunciación– depende del uso del lenguaje, ni aborda la posible conciliación entre ambas concepciones. Guastini sostuvo recientemente que las concepciones hilética y expresiva se refieren a aspectos diferentes de las normas, respectivamente al “proceso de creación” y a la “naturaleza”, y concluyó que *la solución propuesta a una de las cuestiones condiciona la respuesta a la otra* (Guastini, 2018). Si bien la diferenciación entre las perspectivas pragmática y semántica de los planes está relativamente presente en la TDP, el condicionamiento entre una y otra está completamente ausente.

Pasemos a la segunda cuestión, la de la coherencia interna. Shapiro (2011) afirma:

(i) que una norma es un plan, “siempre que haya sido *creada* por un proceso que se supone que crea normas” (p. 128);

(ii) que las normas (y los planes) son “objetos abstractos” que, como los juegos, los números, las proposiciones y los conceptos, “son objetos de pensamiento, no entidades que existen en el espacio y el tiempo” (p. 103).

Parece que sólo una lectura extremadamente caritativa puede conciliar estas afirmaciones. Las consecuencias de la existencia de planes *como* entidades abstractas fuera del espacio y del tiempo son varias. Según la TDF: (i) los planes siempre han existido y no sólo cuando fueron adoptados; (ii) las normas siempre han existido (porque los planes son normas) y no sólo cuando fueron enunciadas (aceptando, *contra* Kelsen, que “hay imperativo

⁷³ Véase Alchourrón y Bulygin (2021 [1991], p. 162).

sin emperador”). En apoyo de Shapiro, adoptando precisamente esta lectura extremadamente caritativa, Green (2014) llegó a afirmar lo siguiente:

Parece que cuando Shapiro dice que alguien crea un plan, lo que realmente quiere decir es que esa persona hace válido un plan, en el sentido de que ahora debe hacer lo que el plan dice que debe hacer. (...) Shapiro parece ignorar su propia advertencia de no confundir la existencia de normas con su validez. Sin embargo, tales afirmaciones no plantean un problema grave para su posición. Una solución consiste simplemente en sustituir los pasajes en los que Shapiro habla de la creación de planes y normas sociales por lenguaje sobre su validez (...)

Una solución alternativa - la que yo favorezco - es rechazar la opinión de que un plan es una norma y entenderlo como una norma más el hecho psicológico de que ha sido adoptada (...) *convertimos las normas en planes al adoptarlas.* (p. 353)

La alternativa que Green ofrece como salida a Shapiro es desconcertante. Por otra parte, las “correcciones” de Green tienen un alto coste, tanto para él como para Shapiro. O bien que (i) los planes no son objetos abstractos que existen fuera de un contexto espacio-temporal (y, en esa medida, no son equivalentes a las normas que supuestamente reúnen esas características), o bien que (ii) la “creación” de planes confunde –o converge– existencia con validez⁷⁴. La cuestión es: ¿la derogación de una norma no equivale al cese de su existencia jurídica?⁷⁵ ¿Y no puede existir un plan inválido en el contexto de un sistema jurídico?

Cabe señalar que la alternativa (i) también tiene un coste asociado, ya que implica la disociación entre planes que son “creados” y normas que existen fuera de la “creación”. Para la concepción positivista, que Shapiro dice adoptar, la existencia de normas jurídicas (se parezcan o no a planes) sólo puede basarse en hechos humanos, de existencia contingente: “no

⁷⁴ Véase Agüero-SanJuan (2022, pp. 71 y ss.); en términos más generales, Navarro y Rodríguez (2022, pp. 185 y ss.).

⁷⁵ Véase Guastini (2018, p. 4, nota 37) recurre a Bulygin en apoyo de la existencia temporal de las normas jurídicas, afirmando que ésta deriva directamente de la posibilidad de derogación y/o declaración de nulidad.

hay imperativo sin imperator”.⁷⁶ El uso que Green hace de la “validez” es, cuando menos, cuestionable. ¿Se refería a la “percepción” de las normas en la concepción hilética? La cuestión no se le ha escapado a Celano, que afirma que es posible que la TDP tenga la estrategia oculta de solapar la existencia con la validez.⁷⁷

5. Organizaciones jurídicas, artefactos y agencia institucional

5.1. Grupos institucionales y artefactos

Según Epstein (2016, pp. 125 y ss.), la ontología social analítica analiza cómo creamos el mundo social, qué es el mundo social y qué constituye la realidad social. La TDF parece situarse precisamente en la intersección entre la filosofía del derecho y la ontología social, aunque acabe prescindiendo de algunos aspectos típicamente tratados en este último campo (por ejemplo, la naturaleza de los grupos sociales).⁷⁸ Suponiendo que los grupos *existan*, es importante entender exactamente qué pueden ser,⁷⁹ lo que nos permitirá comprender las posibles relaciones entre los grupos y sus miembros, así como la forma en que han ido construyendo el mundo social. La respuesta a estas preguntas está vinculada al tema de *la agencia grupal*, que implica el estudio de lo que convierte a un grupo en un *agente* capaz de actuar intencionadamente.

La TDP se encuentra con un primer problema y es que, para poder extraer conclusiones sobre cómo y por qué un grupo lleva a cabo determinadas actividades, es necesario empezar por explicar en qué consiste un grupo.⁸⁰ A pesar de la discusión predominante, existe acuerdo en que la

⁷⁶ Véase Guastini (2018, p. 4).

⁷⁷ Véase Celano (2017, p. 244). Los tres significados de la existencia de normas jurídicas han sido aclarados por Poggi (2017, p. 73).

⁷⁸ Recurriendo precisamente a las herramientas de la ontología social para arrojar luz sobre la naturaleza del Derecho, Bernal Pulido (2014a, pp. 21 y ss.).

⁷⁹ Queda por ver de qué tipo de existencia se trata. Véase Thomasson (2019, pp. 4829 y ss.). Sobre la discusión entre realistas y eliminativistas de los grupos, Ritchie (2015, pp. 310 y ss.).

⁸⁰ Véase Mellin (2023, pp. 36 y ss.). En Ekins (2014, pp. 313 y ss.) se critica a Shapiro por no tener en cuenta la agencia de grupo y centrarse en la acción colectiva.

agencia grupal requiere *intencionalidad colectiva*,⁸¹ es decir, “el poder de las mentes para abordar conjuntamente objetos, cuestiones de hecho, estados de cosas, objetivos o valores”, que puede incluir intenciones y creencias compartidas, actitudes de aceptación colectiva, emociones colectivas, etc.⁸² Este debate es importante a la hora de analizar las formas en que los grupos de personas son capaces de crear entidades a través de prácticas sociales, como los sistemas jurídicos o las normas legales. Como es bien sabido, Shapiro considera que las organizaciones jurídicas son *organizaciones de planificación social*. Pero esta conclusión merece un análisis previo de los conceptos utilizados –cómo es una buena práctica analítica– de grupo social y grupo institucional, así como, y más concretamente, del concepto de organización jurídica, lo que no se hace.⁸³ En este contexto, una posibilidad sería, por ejemplo, caracterizar a las organizaciones jurídicas como grupos institucionales, creados intencional y formalmente e instanciados internamente, que constituyen estructuras visibles reconocidas tanto interna como externamente.⁸⁴ La explicación metafísica de las organizaciones jurídicas como grupos institucionales podría complementarse con el recurso a la estructura metafísica de los grupos desarrollada por Epstein (2019), concretamente a través de los perfiles complementarios a los que se refiere (el *perfil Construcción*, el *perfil Extra-Esenciales*, el *perfil Ancla* y el *perfil Accidente*).⁸⁵

Fructuoso podría ser también el análisis de estas entidades como productos intencionales de una actividad compartida, es decir, como *artefactos* Preston (2022). En cualquier caso, parece claro que al volver a centrar el plano de análisis en la naturaleza de los *sistemas jurídicos* como *artefactos institucionales abstractos* Ehrenberg (2016, p. 338), nos alejamos de la

⁸¹ Argumentando que el recurso a la ontología social puede ayudar a iluminar la naturaleza del derecho reenfocando el debate sobre la intencionalidad colectiva y la acción intencional colectiva, Bernal Pulido (2014b).

⁸² Véase Schweikard y Schmid (2021).

⁸³ Así, Mellin (2023, pp. 36 y ss.).

⁸⁴ Véase García-Godínez (2020, p. 49).

⁸⁵ Para empezar a crear un perfil de las organizaciones jurídicas basado en el pensamiento de Epstein, véase Mellin (2023, pp. 51 y ss.).

TDE, que da prioridad a las organizaciones jurídicas a la hora de analizar la naturaleza del Derecho.⁸⁶

5.2. El regreso de Bratman

Recientemente, Bratman (2022) ha presentado por fin su propia visión de la teoría de la planificación institucional aplicada al Derecho. Lo hace a partir de su teoría de las intenciones *qua* planes –actitudes que determinan el comportamiento futuro de los seres humanos haciéndoles estar dispuestos a aceptar y seguir normas de racionalidad instrumental– y del concepto *hartiano* de reglas sociales.

Bratman (2022 pp. xv; 111 y ss.) considera que la “capacidad de agencia planificadora” es lo que unifica (conceptual, psicológica, metafísica y normativamente) la capacidad de los agentes humanos para las actividades individuales, las interacciones sociales a pequeña escala y las acciones institucionales a gran escala. Esta interpretación se aplica en primer lugar a los casos de agencia compartida a pequeña escala, en que los participantes comparten intenciones individuales de lograr algo juntos y tienen razones para compartir la intención, lo que se convierte en consistencia y estabilidad social y coherencia instrumental.⁸⁷ En cuanto a la acción social compartida a gran escala, Bratman sostiene que las intenciones adecuadas no requieren una participación universal, sino simplemente una participación ampliada, y pueden implicar intenciones adicionales de actuar de acuerdo con una autoridad. Para explicar la estructura modular y compleja de las organizaciones institucionales, Bratman (2022, pp. 33 y ss.) se basa en la teoría de las reglas sociales de Hart, argumentando que las instituciones se caracterizan precisamente por estar reguladas por una red de reglas sociales. Un aspecto especialmente importante es el concepto de “intención institucional”, que se considera no como una intención compartida, sino como

⁸⁶ Véase Mellin (2023, p. 13).

⁸⁷ Véase Bratman (2022, pp. 10 y ss.).

un resultado institucional que cumple la condición de coherencia/autoridad y guía el pensamiento y las acciones de los participantes relevantes.⁸⁸

A pesar de la enorme contribución del libro de Bratman al estudio de la realidad institucional, son varias las dudas y problemas que plantea. Con respecto al uso de la teoría de las reglas sociales de Hart, parece que Bratman “sobrestima” una de las objeciones más importantes de Dworkin: si los funcionarios comparten la intención de tomar decisiones legales, ¿cómo podría ser esto posible frente a los desacuerdos que a menudo les oponen en cuanto a lo que cuenta como *legal*? Como podemos comprender, la respuesta no puede limitarse a la afirmación de que los funcionarios legales tienen un compromiso racional de antemano de utilizar determinados criterios para decidir lo que es legal, ya que es precisamente esta práctica decisoria la que determina los criterios de legalidad.⁸⁹ En términos más generales, cabe preguntarse cómo las normas sociales pueden “añadir alcance a la TDP”, si estas normas se satisfacen y conforman a su vez mediante intenciones compartidas *qua* nexos de intenciones de planificación individuales.⁹⁰

Si bien es cierto que Bratman admite que las organizaciones institucionales no implican una “intención compartida” por parte de todos los participantes, acaba argumentando que dichas entidades institucionales son capaces de tener intenciones y actuar intencionalmente.⁹¹ Muy brevemente, en contra de filósofos como List y Pettit (2011), Bratman considera que la similitud funcional entre las intenciones individuales y los outputs de las acciones institucionales sería suficiente para hablar de intenciones institucionales. Sin embargo, si las intenciones son estados mentales, no está claro que podamos hablar de intenciones institucionales para referirnos a fenómenos sociales que pueden desempeñar un papel funcional idéntico a aquellas, ni parece suficiente decir, como hace Bratman, que se trata de un tipo distinto de intenciones.⁹²

⁸⁸ Véase Bratman (2022, p. 139).

⁸⁹ Véase García-Godínez (2023, pp. 839-840).

⁹⁰ Véase Roth (2023).

⁹¹ Véase Bratman (2023, p. 139).

⁹² Véase Roth (2023).

5.3. Constitucionalismo y normatividad jurídica

Un último punto a tratar se refiere a la explicación constitutivista de la normatividad. La normatividad es uno de los temas más estudiados en los últimos años, tanto en metaética como en teoría jurídica, hasta el punto de que los filósofos de ambos campos buscan teorías explicativas unificadas de los diversos fenómenos normativos.⁹³ Aunque no hay acuerdo sobre qué es la normatividad,⁹⁴ el concepto suele relacionarse con la capacidad de algo para generar *razones*.⁹⁵ Como ámbito práctico, el derecho suele calificarse de fenómeno normativo en la medida en que parece capaz de proporcionar razones para la acción.⁹⁶

Una metateoría normativa con potencial explicativo es *el constitutivismo*, a pesar de su falta de reconocimiento en el ámbito jurídico.⁹⁷ Según el constitutivismo, “los hechos normativos de cierto tipo pueden explicarse mediante hechos sobre las propiedades constitutivas de algo”, ya sea una persona, una acción o un estado de cosas Smith (2017, p. 371). En otras palabras, se trata de una explicación reductiva que toma las propiedades constitutivas de un determinado tipo normativo como explicativas o fundamentadoras de las propiedades normativas de ese ámbito.⁹⁸ La explicación de la normatividad jurídica, si existiera, sería entonces *interna* al ámbito jurídico, no dependiente de la normatividad moral o prudencial. Shapiro parece pretender fundamentar las propiedades del Derecho en la explicación de su *función planificadora*, por lo que es posible calificar su tesis de constitutivista.⁹⁹

Resulta que, para tener éxito, Shapiro tendría que explicar no sólo cómo los miembros del dominio jurídico tienen el fin moral, sino también cómo

⁹³ Véase Lindeman (2019, p. 87). Shapiro fue precisamente uno de estos filósofos –Plunket y Shapiro (2017, pp. 37 y ss.)–.

⁹⁴ Es importante señalar que la expresión normativa, en el contexto iusfilosófico, es relevantemente ambigua. En este sentido, a modo de ejemplo, véase Rapetti, P. A. (2021).

⁹⁵ Véase Scanlon (2014); Raz (1999).

⁹⁶ Véase Bix (2018, pp. 25 y ss.); (2021, pp. 585 y ss.). Sin embargo, como señala Rosati (2016, p. 308), lo cierto es que no existe consenso sobre la naturaleza de la normatividad.

⁹⁷ Tratando de llenar este vacío, Berteau y Sampaio (2024).

⁹⁸ Véase Lindeman (2019, p. 88).

⁹⁹ Así, Lindeman (2019, pp. 89 y ss.).

todos los miembros de ese dominio denotan tal propiedad.¹⁰⁰ Asumiendo que el derecho es un *artefacto institucional*, una posibilidad sería recurrir a las *intenciones* de sus creadores; en otras palabras, serían las actividades de los respectivos creadores las que constituirían los hechos normativos del dominio jurídico. Sin embargo, esta hipótesis parece un callejón sin salida para quienes, como Leiter (2018, pp. 5-6 y 14), consideran que (i) el derecho no necesita conceptualmente tener un creador –puede, por ejemplo, ser generado por la costumbre– y (ii) su heterogeneidad indica la imposibilidad de encontrar una única intención compartida entre los funcionarios jurídicos que crean el sistema.

A este último obstáculo, Shapiro (2011, p. 216 y ss.) responde que, estrictamente hablando, no es necesario recurrir a intenciones o propósitos *reales*, sino más sencillamente a intenciones o propósitos *declarados*. Sin embargo, el problema es obvio: esta transferencia entre lo declarado y lo que es el caso es altamente inverosímil; si no lo fuera, la mentira dicha por un mentiroso se convertiría en verdad¹⁰¹. Sería extraño que las declaraciones de los funcionarios judiciales, sin más, tuvieran un poder metafísico decisivo. Además, Shapiro parece encontrarse aquí en un dilema con la función constitutiva inherente a la TFM: si la tesis es cierta, entonces no puede haber sistemas jurídicos malvados; si hay sistemas jurídicos malvados, entonces la TFM parece falso.¹⁰² Si la TFM se desmorona, la TP es incapaz de ofrecer un retrato extensional fiable de los sistemas jurídicos, ya que la Mafia y la Yakuza también son entidades planificadoras.

En segundo lugar, lo que Shapiro necesitaría es una forma de demostrar que las propiedades constitutivas del derecho constriñen las razones o normas que obligan a sus creadores y/o usuarios. Sin embargo, Shapiro no hace uso de intenciones como las de Korsgaard,¹⁰³ lo que también tiene sus problemas –presupone un compromiso normativo demasiado fuerte–, por-

¹⁰⁰ Véase Lindeman (2019, p. 91).

¹⁰¹ Para un ejemplo sobre publicidad, véase Lindeman (2019, p. 93).

¹⁰² Véase Rosati (2016, p. 317).

¹⁰³ Según Korsgaard (2009, pp. 27 y ss.), la función constitutiva de una casa constriñe las razones que tienen los constructores, en el sentido de que, si los constructores no estuvieran realmente intentando crear algo bueno en pos de la función de refugio, no estarían construyendo una casa.

que Shapiro no cree que los funcionarios jurídicos tengan necesariamente un objetivo moral.¹⁰⁴ En definitiva, no sólo la TFM parece falsa, sino que, aunque no lo fuera, no bastaría para explicar la existencia de limitaciones prácticas para los creadores y usuarios de los ordenamientos jurídicos.¹⁰⁵

Existe, sin embargo, una posibilidad de explicar la normatividad jurídica en términos constitutivistas al alcance de Shapiro, aunque tenga un precio asociado (renunciar a fines morales). Como sugiere Lindeman (2019, pp. 97 y ss.), quizá el Derecho tenga la función planificadora que defiende Shapiro porque, con independencia de las intenciones y comportamientos reales de los funcionarios jurídicos (y de la población en general), constituye un fenómeno que ha sido seleccionado para servir a la función planificadora. En otras palabras, la “función *etiológica*” del Derecho, determinada por su historia, consistiría en la actividad de crear, perseguir y hacer cumplir planes sociales para guiar y coordinar la acción humana. Si no fuera por la ampliamente discutible TDP, la lectura constitutivista de Shapiro podría ofrecer una explicación metanormativa plausible de la normatividad jurídica.

6. Deficiencias operativas del TDP: derrotabilidad, lagunas e interpretación

La principal *pretensión de la TDP* es metafísica, y acaba despreciando la clarificación conceptual del dominio de primer orden inherente a la “mecánica normativa”. Al dar prioridad a la explicación de los fundamentos metafísicos del derecho, la TDP termina oscureciendo una larga tradición (particularmente en los contextos de Latinoamérica y Europa) de explicación del derecho, y en particular de la mecánica aplicativa de las normas jurídicas, a partir de un análisis principalmente lingüístico, que contribuye a comprender tanto la interpretación como la aplicabilidad de las normas jurídicas.

Uno de los puntos en los que la TDP se muestra menos operativa es en lo relativo a la derrotabilidad. Según la TDP, las normas, como todos

¹⁰⁴ Véase Lindeman (2019, p. 95).

¹⁰⁵ Véase Lindeman (2019, p. 96).

los planes, son derrotables –“Las leyes, como todos los planes, son típicamente derrotables” (Shapiro 2011, p. 202) –. Shapiro (2011) afirma que, “cuando hay razones de peso, la ley típicamente permite a sus destinatarios reconsiderar su dirección y participar en la deliberación sobre el fondo” (p. 202), siendo la propia ley la que reclama la autoridad para determinar las condiciones de su propia derrota. En sentido estricto, Shapiro dice que la ley reclama el derecho a determinar las condiciones de su propia *derrotabilidad*, lo que oscurece la diferencia entre propiedades disposicionales y categóricas.¹⁰⁶ La ley define naturalmente *las condiciones de realización de su propiedad disposicional* (es decir, de la efectuación de la “derrota”), no de *la propia* propiedad disposicional (la “derrotabilidad”).

La derrotabilidad es una propiedad disposicional pasiva de las normas. Traduce su sensibilidad al contexto fáctico y normativo y resulta de la inserción de normas en un sistema normativo (una inserción que un contenido particular del derecho *no controla*). El contexto fáctico que rodea la aplicación de una determinada norma_x puede variar y las propiedades relevantes del caso pueden instanciar normas contradictorias en el sistema. Según estas normas, las normas nunca pueden considerarse en abstracto como mandatos definitivos. Ninguna norma puede, por sí misma, definir sus propias condiciones de aplicación *consideradas todas las cosas*.¹⁰⁷ La definitividad de cualquier norma_x está sujeta al reforzamiento del antecedente que, en el mejor de los casos, sólo puede lograrse mediante la proposición epistémica de que no existen normas relevantes y prevalentes que se instancien mediante las propiedades de un caso dado¹⁰⁸. Esto, sin embargo, significa que los *derrotadores de normas* son *derrotadores externos*. Hablar de derrotabilidad interna parece una contradicción en los términos.

Esta cuestión ha sido planteada superficialmente por Celano (2017, pp. 263-264) en relación con la TDP. El problema, sin embargo, no es meramente conceptual. El uso por parte de la TDP del lenguaje de la “derrotabilidad de los planes” descarta la larguísima tradición analítica de detección de conflictos normativos basada en el antecedente de las nor-

¹⁰⁶ Véase Choi y Fara (2016).

¹⁰⁷ Véase Hart (1983, p. 106).

¹⁰⁸ Por ejemplo, Lopes (2017, pp. 475 y ss.); Sampaio (2023, pp. 343 y ss.).

mas, estructurada en un esquema *wenn/dann* (por ejemplo, los conflictos total-total, total-parcial y parcial-parcial Ross [2019 {1953}]). Como esquemas medios-fines, los planes no parecen tener antecedentes (o, al menos, tendrán predicciones diferentes, similares a las diferencias entre las predicciones de normas y principios).

La dificultad señalada se agrava en la medida en que la TDP sostiene que la creación de planes es un “proceso incremental”, en el que se fijan “inicialmente los objetivos y estrategias básicos que deben perseguirse y luego se definen los detalles con el tiempo, a medida que el futuro se hace más claro y concreto” (Shapiro, 2011, pp. 257). Pero esta perspectiva simplifica demasiado la cuestión. Si el plan inicial determina que *X debe alcanzarse*, según el “principio de obligación” es obligatorio, en el marco de la obligación hacia *X*, *llevar a cabo* todas las acciones lógicamente necesarias para cumplir todas las obligaciones derivadas de *X*.¹⁰⁹ El plan inicial sufrirá, por supuesto, excepciones progresivas a medida que las propiedades relevantes que representa abstractamente se aproximen, en un grado creciente de coextensión, a las propiedades concretas relevantes de los casos. Por tanto, habrá casos en los que una obligación derivada de *X no deba* satisfacerse porque, como reconoce Shapiro, el Derecho *considera razones relevantes por las que no debe* satisfacerse (a saber, porque la satisfacción de una obligación derivada de *X* en las circunstancias *Y* podría perjudicar a *Z*, que el Derecho reconoce, en abstracto o en concreto, como preferente).

El “incremento” del plan es una “especificación” o “refinamiento”. Sin embargo, la TDP no ofrece una respuesta suficiente a estas preguntas. Shapiro no dice nada sobre las “condiciones para la derrota de los planes”, ni sobre los métodos para calibrar esta derrota. Tampoco dice nada sobre hasta qué punto la admisibilidad de las derrotas condicionales de los planes contradice la finalidad de la TFM. Por último, Shapiro tampoco presenta una noción analítica de conflicto normativo, que parece fundamental para la dimensión “incremental” que aporta a la TPD.¹¹⁰

La opacidad de la dimensión “incremental” de los planes está respaldada por el problema de las lagunas, un aspecto señalado anteriormente

¹⁰⁹ Alchourrón y Bulygin (2021 [1991], p. 159).

¹¹⁰ Sobre la noción de conflicto normativo, véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 175 y ss.).

por Ferrer y Ratti. Shapiro afirma, muy extrañamente, que “es imposible que los hechos sociales seleccionen un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles” porque “los hechos sociales no pueden seleccionar un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles” (Shapiro, 2011, p. 266, como se citó en Ferrer y Ratti, 2017, p. 311). Pero la cuestión es totalmente contingente. Puede plantear dificultades en el plano de la costumbre, pero nada impide que la autoridad (precisamente *un hecho social*) cree contenidos que definan como relevantes *cualesquiera* propiedades de las acciones asignándoles un estatus deóntico –en este caso, “permitidas”–. Por eso la dimensión incremental no está suficientemente explicada por la TDP. Un sistema normativo que comprende un permiso general *no puede* sufrir conceptualmente incrementos, sólo especificaciones (mediante la introducción de excepciones). Desde esta perspectiva, la TDP no funcionaría en los sistemas penales occidentales, en los que el principio *nullum crimen sine lege* es común.¹¹¹

Cabe destacar una última dificultad operativa de la TDP (también de carácter explicativo). Como muestran Ferrer y Ratti (2017, pp. 327-328), Shapiro parece entender la “interpretación” como una metodología prescriptiva sobre cómo atribuir significado a los textos legales y la “metainterpretación” como una doctrina prescriptiva sobre qué metodología interpretativa es la correcta. En el plano metainterpretativo, Shapiro rechaza la posibilidad de elegir la metodología de elección “por consenso” ante desacuerdos empíricamente verificables, optando en su lugar por la metodología de elección por exclusión de razones, más fiel a la TFM. Esto conduce a una “asignación de confianza” conocida como *economía de la confianza*, proporcional a la libertad interpretativa.¹¹²

Es natural que la cuestión de la asignación de la confianza se inspire en un sistema como el estadounidense, en el que la *deferencia judicial* se declara piedra angular en términos de separación de poderes. El propio Shapiro (2011) afirma que “el enfoque correcto de la metainterpretación depende del sistema jurídico” (a saber, si es autoritario u oportunista) (p. 350). El problema que queremos destacar es otro. La TDP sostiene, con

¹¹¹ Sobre las lagunas, Navarro (2022), entre otros muchos.

¹¹² Sobre este punto, véase Pino (2017).

Dworkin, que la metodología apropiada para un sistema jurídico concreto está en función de la metodología que *mejor persiga los objetivos que el sistema quiere alcanzar*. En esa medida, nos obliga a “reconstruir” los objetivos subyacentes de los *planificadores*. La TDP parece comprometida con una variante intencionalista (quizá más originalista que convencional).

Como esfuerzo teórico en el sentido de Wróblewski, una teoría de la interpretación (TI) se ocupa de los modelos explicativos de la interpretación jurídica.¹¹³ Es trivial decir que este modelo explicativo se ve afectado por el objeto de investigación. La comunicación es un medio para el fin de incitar a las personas a comportarse de la manera prevista, utilizando actos de habla.¹¹⁴ Cuanto más coherente sea una TI con el objeto de interpretación (la norma como contenido expresado por el “acto de habla”), mayor será su poder explicativo. Las TI funcionan como metaexplicaciones (es decir, explicaciones de interpretaciones que, a su vez, son explicaciones de los contenidos de los actos de habla¹¹⁵). Un buena TI jurídica debería, de acuerdo con los principios de inferencia a la mejor explicación, ser exhaustiva y sencilla y demostrar un poder unificador.¹¹⁶

Se dirá, entonces, que la elección de la IT no es libre, en el sentido de que se puede optar por ser originalista, textualista, intencionalista, *etc.*, ni depende únicamente del sistema jurídico en cuestión. Esta elección *también* se ve necesariamente afectada por las invariantes de la expresión de las normas como acto de habla, a saber, las propiedades relevantes: (i) escrito; (ii) emitido por un hablante institucional; (iii) dirigido a lectores indeterminados; (iv) monológico; (v) continuo; y (vi) abierto.¹¹⁷ Ahora bien, el intencionalismo (al menos el originalismo) pretende explicar qué pretendía hacer el emisor con el acto de habla directivo a partir de su “intención”. La

¹¹³ Véase Wróblewski (1989, p. 3) considera que existen tres tipos de interpretación jurídica: descriptiva, prescriptiva y teórica.

¹¹⁴ Véase Greenberg (2011, p. 233).

¹¹⁵ Afirmando que la interpretación está estrechamente relacionada con la “explicación”, Raz (2009, p. 266). La interpretación *lato sensu* explica el significado y la función de un texto jurídico concreto, mientras que una TI pretende obtener (entre teorías en competencia) la “mejor explicación posible” para explicar el significado y la función de los textos jurídicos en general. Véase Duarte y Lopes (2022, p. 615).

¹¹⁶ Sobre los criterios de poder explicativo, Bird (2018, p. 59).

¹¹⁷ Con esta caracterización, Duarte y Lopes (2022, p. 617).

descripción de la intención y el vínculo entre ella y lo dicho sirven de *explanans*; por lo tanto, el poder explicativo del intencionalismo (cualquiera que sea) funciona como una prescripción para centrarse en la intención del legislador a la hora de interpretar los textos legales: no es una teoría descriptiva (Ferrer y Ratti, 2017, p. 333).¹¹⁸

En conclusión, si el compromiso de la TDP con el intencionalismo implica cuestionar, una vez más, el alcance de la limitación a la TFM que este intencionalismo implica, también es cierto que la TDP se somete, a un nivel más general, a todas las pruebas para calibrar el poder explicativo de la TI que presupone.¹¹⁹

Bibliografía

- Agüero San Juan, S. (2022). ¿Son las normas jurídicas entidades u objetos abstractos? Cuatro precisiones y sus alcances. *Isonomía*, 57, 69-101.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). La Concepción Expresiva de las Normas. En C. Alchourrón y E. Bulygin (Eds), *Análisis lógico y derecho* (pp. 161-190). Madrid, España: Editorial Trota. (Original publicado en 2021).
- Alexander, L. (2013). Originalism, the Why and the What. *Fordham Law Review*, 82(2), 539-544.
- Alexy, R. (2016). Scott J Shapiro between Positivism and Non-Positivism. *Jurisprudence*, 7(2), 299-306.
- Balaguer, M. (2021). *Metaphysics, Sophistry, and Illusion. Toward a Widespread Non-Factualism*. Oxford: Oxford University Press.
- Banas, P. (2022). Legal officials and artifact theory of law. En L. Burazin et al. (Eds.), *The Artifactual Nature of Law* (pp. 147-161). Cheltenham: Edward Elgar.
- Beltrán, J. F. y Ratti, G. B. (2017). Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. *Discusiones*, XX(2), 305-336.

¹¹⁸ Véase Alexander (2013, p. 539).

¹¹⁹ Apoyando el mayor poder explicativo del "textualismo", Duarte y Lopes (2022, pp. 624 y ss.).

- Bernal Pulido, C. (2014a). Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social. *Discusiones*, XIV, 21-72.
- Bernal Pulido, C. (2014b). Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho. Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale. *Discusiones*, XIV, 145-171.
- Berteia, S. y Sampaio, J. S. (2024), *Metaethical Issues in Contemporary Legal Philosophy: A Constitutivist Approach*. London: Routledge, forthcoming.
- Bird, A. (2018). Inference to the Best Explanation, Bayesianism, and Knowledge. En K. McCain y T. Poston (Eds.), *Best Explanations* (pp. 97-119). Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. H. (2018). Kelsen, Hart, and Legal Normativity. *Revus*, 34, 25-42.
- Bix, B. H. (2021). The Normativity of Law. En T. Spaak y P. Mindus (Eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (pp. 585-605). Inglaterra: Cambridge University Press.
- Bratman, M. (1987). *Intentions, Plans and Practical Reason*. Inglaterra: Harvard University Press.
- Bratman, M. (2011). Reflections on Law, Normativity and Plans. En S. Berteia y G. Pavlakos (Eds.), *New Essays on the Normativity of Law* (pp. 73-85). Inglaterra: Hart Publishing.
- Bratman, M. (2022). *Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organizations*. New York: Oxford University Press.
- Burazin, L. (2022) Legal systems as abstract artifacts. En L. Burazin et al. (Eds.), *The Artifactual Nature of Law* (pp. 112-135). Oxford: Oxford University Press.
- Canale, D. (2017). Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro. *Discusiones*, XX(2), 21-66.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2017). Introducción. Un análisis crítico de “La Teoría del derecho como plan”. *Discusiones*, XX(2), 9-19.
- Celano, B. (2017). ¿Hay algo que los planes puedan hacer por la teoría del derecho? *Discusiones*, XX(2), 223-266.
- Chiassoni, P. (2017). Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso. *Discusiones*, XX(2), 267-303.

- Choi, S. y Fara, M. (2016). Dispositions. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/dispositions/>.
- Duarte, D. y Lopes, P. M. (2022). The Expression of Norms as a Speech Act: Assessing the Explanatory Power of Theories of Interpretation. *Int J Semiot Law*, 36, 599-627.
- Ehrenberg, K. (2016). Law as Plan and Artifact. *Jurisprudence*, 7(2), 325-340.
- Ekins, R. (2014). Facts, Reasons and Joint Action: Thoughts on the Social Ontology of Law. *Rechtstheorie*, 45(3), 313-334.
- Epstein, B. (2016). Précis of The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of Social Sciences. *Journal of Social Ontology*, 2(1), 125-134.
- Epstein, B. (2019). What are Social Groups? Their Metaphysics and How to Classify Them. *Synthese*, 196(12), 4899-4932.
- Epstein, B. (2024). Social Ontology. En E. Zalta y Nodelman, U. (Eds.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/social-ontology/>.
- Ferrer, J. y Ratti, G. B. (2017). Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. *Discusiones*, XX(2), 305-336.
- García-Godínez, M. (2020). What are Institutional Groups. En M. Garcia-Godínez, R. Mellin, y R. Tuomela, (Eds.), *Social Ontology, Normativity and Law* (pp. 39-62). Berlin: De Gruyter.
- García-Godínez, M. (2023). Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organization – Book Review. *The Philosophical Quarterly*, 73(3), 837-840.
- García-Godínez, M. (2024). A deflationary approach to legal ontology. *Synthese*, 203(64), 1-20.
- Gawthorne, D. (2013). Fictionalising Jurisprudence: An Introduction to Strong Legal Fictionalism. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 38, 52-73.
- Green, M. S. (2014). On Hart's Category Mistake. *Legal Theory*, 19(2013), 347-369.
- Greenberg, M. (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. En A. Marmor y S. Soames (Eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 219-256). Oxford: Oxford University Press.
- Guastini, R. (2018). Two Conceptions of Norms. *Revus*, 35, 87-106.

- Hart, H. L. A. (1983). Problems of the Philosophy of Law. Pt. 1, essay 3. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 88-121). Oxford: Oxford University Press.
- Himma, K. E. (2020). *Coercion and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Inwagen, P., Sullivan, M. y Bernstein, S. (2023). Metaphysics. En E. N. Zalta y U. Nodelman (Eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/metaphysics/>.
- Khalidi, M. A. (2013). *Natural Categories and Human Kinds*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Korsgaard, C. (2008). The Normativity of Instrumental Rationality. En C. Korsgaard (Ed.), *The Constitution of Agency: Essays on Practical Reason and Moral Psychology* (pp. 27-68). Oxford: Oxford University Press.
- Korsgaard, C. (2009). *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. Oxford: Oxford University Press.
- Kramer, M. (2018). Hart and the Metaphysics and Semantics of Legal Normativity. *Ratio Juris*, 31(4), 396-420.
- Leiter, B. (2018). Legal Positivism and the Artifact Law: A Retrospective Assessment. En L. Burazin, K. E. Himma y C. Rovorsi (Eds.), *Law as an artifact* (pp. 3-28). Oxford: Oxford University Press.
- Leiter, B. (2020). Critical Remarks on Shapiro’s Legality and the “Grounding Turn” in Recent Jurisprudence. Recuperado de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3700513> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3700513>.
- Lindeman, K. (2019). Legal Metanormativity: Lessons for and From Constitutivist Accounts in the Philosophy of Law. En D. Plunkett y S. Shapiro y K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 87-104). Oxford: Oxford University Press.
- List, C. y Pettit, P. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford: Oxford University Press.
- Lopes, P. M. (2017). The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles. *Ratio Juris*, 30(4), 471-490.
- Loux, M. J. y Zimmerman, D. W. (2005). *The Oxford Handbook of Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. y Ota Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer.

- Mellin, R. (2023). *The Unplanned Nature of Law: A Critical Approach to Shapiro's Legal Theory* (tesis doctoral). University of Glasgow: United Kingdom.
- Navarro, P. (2022). *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2022). Concepciones de normas. En J. L. Rodríguez, J. Ferrer, J. J. Moreso y P. Navarro (Eds.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea* (pp. 185-204). Madrid, España: Marcial Pons.
- Panaccio, C. (2005). Nominalism and the Theory of Concepts. En H. Cohen y C. Lefebvre (Eds.), *Handbook of Categorization in Cognitive Science* (pp. 993-1010). Amsterdam: Elsevier.
- Papayannis, D. (2017). La planificación jurídica y sus funciones. *Discusiones*, XX(2), 179-221.
- Pino, G. (2017). “¿Cuál es el plan?” Sobre la interpretación y la metainterpretación en Legalidad de Scott Shapiro. *Discusiones*, XX(2), 337-365.
- Plebani, M. (2015). Non-factualism versus nominalism. *Pacific Philosophical Quarterly*, 98(3), 344-362.
- Plunket, D. y Shapiro, S. (2017). Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry. *Ethics*, 128(1), 37-68.
- Poggi, F. (2017). La paradoja de la autoridad: el positivismo jurídico y el fundamento del derecho. *Discusiones*, XX(2), 67-102.
- Postema, G. (1982). Coordination and Convention at the Foundation of Law. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 165-203.
- Preston, B. (2022). Artifacts. En E. N. Zalta, (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/artifact/>.
- Rapetti, P. A. (2021). Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate. *Discusiones*, 26(1), 255-287.
- Raz, J. (1999). *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press.

- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Ritchie, K. (2015). The metaphysics of social groups. *Philosophical Compass*, 10(5), 310-321.
- Rosati, C. (2016). Normativity and the Planning Theory of Law. *Jurisprudence*, 7(2), 307-324.
- Ross, A. (2019). *On Law and Justice* (U. Bindreiter, Trad.). Oxford: Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1953).
- Roth, A. (2023). Shared and Institutional Agency: Toward a Planning Theory of Human Practical Organization – Book Review. *Notre Dame Philosophical Reviews*. Recuperado de: <https://ndpr.nd.edu/reviews/shared-and-institutional-agencytoward-a-planning-theory-of-human-practical-organization/>
- Sampaio, J. S. (2023). *Ponderação e proporcionalidade — Uma teoria analítica do raciocínio constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina.
- Sánchez Brígido, R. (2010). *Groups, Rules and Legal Practices*. Dordrecht: Springer.
- Sardo, A. (2022). Bargaining in Philadelphia: Constitutional Games, Rational Law-Making, and Originalism. En F. Ferraro y S. Zorzetto (Eds.), *Exploring the Province of Legislation Theoretical and Practical Perspectives in Jurisprudence* (pp. 9-32). Cham: Springer.
- Sardo, A. y Esposito, F. (2020). Homo Ludicus: Expected Strategies and Jurisprudence. *Teoria e critica della regolazione sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, 2(19), 95-122.
- Scanlon, T. M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. (2010). The Best Laid Plans. *The Yale Law Journal*, 120(3), 586-621.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schauer, F. (2018) Law as a Malleable Artifact. En L. Burazin, K. E. Himma y C. Roversi (Eds.), *Law as an artifact* (pp. 29-43). Oxford: Oxford University Press.
- Schiavello, A. (2017). Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart. *Discusiones*, XX(2), 135-177.

- Schweikard, D. P. y Schmid, B. (2021). Collective Intentionality. En E. N. Zalta, (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/collective-intentionality/>.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press.
- Shapiro, S. J. (2011). *Legality*. Cambridge, Inglaterra: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shapiro, S. J. (2017). The Planning Theory of Law. *Yale Law School, Public Law Research Paper*, 600, 1-30.
- Smith, M. (2017). Constitutivism. En T. McPherson y D. Plunkett (Eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics* (pp. 371-384). New York, Estados Unidos: Routledge.
- Spector, H. (2008). Legal Fictionalism and the Economics of Normativity. En D. Mark White (Ed.), *Theoretical Foundations of Law and Economics* (pp. 55-76). Cambridge: Cambridge University Press.
- Thomasson, A. (2015), *Ontology made Easy*. Oxford: Oxford University Press.
- Thomasson, A. (2019). The ontology of social groups. *Synthese*, 196(2019), 4829-4845.
- Toh, K. (2005). Hart's Expressivism and his Benthamite Project. *Legal Theory*, 11, 75-123.
- Toh, K. (2018). Plan-Attitudes, Plan-Contents, and Bootstrapping: Some Thoughts on the Planning Theory of Law. En J. Gardner, L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law Volume* (pp. 1-48). Oxford: Oxford University Press.
- Tuzet, G. (2017). ¿En qué se equivoca el realismo jurídico? *Discusiones*, XX(2), 103-134.
- Wodak, D. (2018). What Does "Legal Obligation" Mean? *Pacific Philosophical Quarterly*, 99(4), 790-816.
- Wróblewski, J. (1989). Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto. *L'Analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, 2, 267-302.
- Zorzetto, S. (2013). Scott Shapiro's planning theory of law. Remarks about a critical reading. *Sociologia del Diritto*, 2(2013), 65-84.