

DISCUSIONES XX

NÚMERO ESPECIAL | 2/2017

El derecho como plan
compartido

Lecturas críticas de *Legalidad*
de Scott Shapiro



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección *Discusiones: Balance*

Responsable: Diego Dei Vecchi

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES XX

NÚMERO ESPECIAL

El derecho como plan compartido Lecturas críticas de *Legalidad* de Scott Shapiro

Damiano Canale y Giovanni Tuzet
(Editores)

ÍNDICE

SECCIÓN ÚNICA: **DISCUSIÓN**

Introducción: Un análisis crítico de “La teoría del derecho como plan”. <i>Introduction. A Critical Analysis of “The Planning Theory of Law”</i>	9
DAMIANO CANALE Y GIOVANNI TUZET (<i>Università Bocconi, Milán, Italia</i>)	
Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro. <i>Looking for the Nature of Law. On Shapiro’s Challenge</i>	21
DAMIANO CANALE (<i>Università Bocconi, Milán, Italia</i>)	
La paradoja de la autoridad: el positivismo jurídico y el fundamento del derecho. <i>The Possibility Puzzle: Legal Positivism and the Ground of Law</i>	67
FRANCESCA POGGI (<i>Università degli Studi di Milano, Italia</i>)	
¿En qué se equivoca el realismo jurídico? <i>What Is Wrong with Legal Realism?</i>	103
GIOVANNI TUZET (<i>Università Bocconi, Milán, Italia</i>)	

Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart. <i>Rule of Recognition, Convention and Obligation. What Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes</i>	135
ALDO SCHIAVELLO (<i>Università degli Studi di Palermo, Italia</i>)	
La planificación jurídica y sus funciones. <i>Legal Planning and Its Functions</i>	179
DIEGO M. PAPAYANNIS (<i>Universitat de Girona, España</i>)	
¿Hay algo que los planes puedan hacer por la teoría del derecho? <i>What Can Plans Do for Legal Theory?</i>	223
BRUNO CELANO (<i>Università degli studi di Palermo, Italia</i>)	
Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso. <i>A Look from the Point of View of Analytical Realism: Old Methaphysics, Ruling Platitudes, and Suspicious Legal Positivism</i>	267
PIERLUIGI CHIASSONI (<i>Università degli Studi Genova, Italia</i>)	
Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. <i>Theoretical Disagreements through Positivist Eyes</i>	305
JORDI FERRER BELTRAN (<i>Universitat de Girona, España</i>)	
GIOVANNI BATTISTA RATTI (<i>Università degli studi Genova, Italia</i>)	
¿Cuál es el plan? Sobre la interpretación y la metainterpretación en <i>Legalidad</i> de Scott Shapiro. <i>What's the Plan? On Interpretation and Meta-interpretation in Scott Shapiro's Legalidad</i>	337
GIORGIO PINO (<i>Università di Roma Tre, Italia</i>)	
Instrucciones para las/os autoras/es.....	367

NOTA EDITORIAL
SOBRE EL NÚMERO ESPECIAL

El presente número resulta especial en múltiples sentidos. En primer lugar, supone retomar –de manera excepcional y por esta vez– lo que fue el formato inicial de esta revista. En efecto, el número se centra solo en la discusión de un texto pero no incluye las secciones *Cortes*, *Balance* y *Libros*. Sin embargo, comenta de modo crítico todo un libro, como suele suceder en nuestra sección *Libros*. Se acerca a una mezcla entre nuestra clásica sección principal, pero esta vez sobre un libro completo. Por último, es el fruto de una discusión académica organizada en otras latitudes, con un espíritu idéntico al que inspira el tipo de discusiones que se dan en esta revista. El Comité Editorial consideró que dada la relevancia del libro, el tipo de discusión y las conexiones con el formato de nuestra revista, ese encuentro de pensadores merecía ser publicado en este número especial. Los números siguientes, actualmente en edición, regresarán a nuestro formato habitual. Esperamos que las lectoras y lectores puedan considerar este número no solo especial, sino también valioso.

Hernán G. Bouvier
Director

Sección I
Discusión

Introducción

Un análisis crítico de “La Teoría del derecho como plan”

Introduction
A Critical Analysis of “The Planning Theory of Law”

Damiano Canale y Giovanni Tuzet*

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: Se reúne una serie de consideraciones acerca de la discusión general. En especial se pretende contextualizar la discusión acerca de *Legality* como una discusión enmarcada en disensos más amplios sobre cultura jurídica, la definición de positivismo jurídico y el rol de la teoría del derecho.

Palabras clave: plan, acción colectiva, derecho.

Abstract: This introduction gathers general remarks on the main discussion here presented. It aims to contextualize the discussion on *Legality* in a broader frame which includes different perspectives on legal positivism, legal culture and the alleged aims of legal theory.

Keywords: plan, collective action, law.

* Università Bocconi, Milán, Italia.

E-mail: damiano.canale@unibocconi.it, giovanni.tuzet@unibocconi.it

El libro *Legality* de Scott Shapiro¹ constituye sin lugar a dudas uno de los acontecimientos editoriales más relevantes de los últimos años en el ámbito de la filosofía del derecho. Elaborado a lo largo de una década, parcialmente discutido en conferencias y seminarios antes de su publicación, y varias veces anunciado, el libro ha dado lugar a encendidas discusiones.

Algunos críticos ven en este libro un trabajo revolucionario que abrirá nuevos horizontes para las investigaciones actuales sobre la naturaleza del derecho. Otros, en cambio, critican el libro en cuanto consideran que contiene algunos errores teóricos y carece de originalidad. A pesar de estas afirmaciones, el trabajo de Shapiro constituye un poderoso y desafiante intento por reconfigurar las bases teóricas de la filosofía analítica del derecho y reconsiderar el conjunto de cuestiones teóricas de las que tradicionalmente se ha ocupado.

En su libro, Shapiro desarrolla dos estrategias fundamentales. En primer lugar, señala que la cuestión principal que una teoría del derecho debe explicar es cómo y por qué el derecho es capaz de imponer obligaciones, es decir, cómo es capaz de guiar el comportamiento humano en un sentido eminentemente normativo. ¿De dónde proviene esta capacidad y cómo se articula en grupos sociales y organizaciones masivas? Según Shapiro, las respuestas tradicionales a esta pregunta son insatisfactorias y la cuestión debe ser reformulada sobre bases teóricas nuevas. En segundo lugar, Shapiro explica por qué y cómo el derecho es capaz de guiar el comportamiento humano mediante el concepto de *plan*. Desde su punto de vista, los seres humanos son criaturas planificadoras, es decir, criaturas que organizan su comportamiento a lo largo del tiempo e interpersonalmente para lograr fines complejos. La actividad legal es, a su vez, una forma de planificación social institucionalizada, cuya función es compensar las deficiencias de otras formas de planificación para resolver dudas y desacuerdos acerca de cuestiones morales que afectan nuestra vida en común.

¹ Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Massachusetts - London, England, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Shapiro no solo apoya su propuesta en las herramientas de la teoría del derecho, sino que también hace uso de herramientas conceptuales pertenecientes a la teoría de la acción colectiva. En particular, intenta extender a la explicación de la práctica jurídica el progreso que los conceptos de intención y de plan parecen haber producido en otros campos teóricos. En palabras de Shapiro,

La idea central que subyace a la Teoría del derecho como plan es que el ejercicio de la autoridad jurídica, al que me referiré como 'actividad jurídica', es una actividad de planificación social. Las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden autoridad, tanto diciendo a sus miembros lo que pueden o no hacer como autorizando a algunos de ellos a planificar para los demás. [...] La afirmación de que la actividad jurídica es más que la mera actividad de formular, adoptar, rechazar, afectar y aplicar normas para los miembros de la comunidad es central en la Tesis de la planificación. Es la actividad de *planificar*².

Así, sobre la base de estas dos asunciones, Shapiro reformula y revisa en *Legality* la tradición analítica en filosofía del derecho, señalando sus puntos ciegos con relación al análisis de la naturaleza del derecho y de la obligación jurídica. Además, la teoría del derecho como plan de Shapiro pretende presentar bajo una nueva luz numerosos debates filosóficos, que todavía ocupan la agenda de los filósofos del derecho contemporáneos. Debates tales como los referidos a la interpretación jurídica, los casos difíciles, la normatividad del derecho, y los desacuerdos teóricos en teoría y filosofía del derecho. Esta formulación crítica se desarrolla siguiendo las líneas del positivismo jurídico, tradición a la cual Shapiro sostiene pertenecer. Al mismo tiempo esta tradición asume, en el libro de Shapiro, nuevas formas. Ello en cuanto, varias de las tesis y distinciones fundamentales con las cuales se ha tradicionalmente identificado el positivismo jurídico resultan ahora

² Shapiro, S., *op. cit.*, citado por la traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, p. 245.

presentadas en un modo completamente diferente, modificando en definitiva el escenario de la filosofía del derecho.

Los ensayos reunidos en este volumen pretenden contribuir al debate sobre el trabajo de Shapiro. En comparación con otras discusiones críticas, este volumen posee al menos dos características distintivas.

1. Los ensayos, en su primera versión, han sido presentados en un *workshop* llevado a cabo en la Universidad Bocconi de Milán, Italia, en diciembre de 2009, dos años antes de la publicación de *Legality*. Todo comenzó con seminarios, organizados también en Bocconi durante los años 2008 y 2009, en los que cada uno de los autores fue invitado a discutir, junto a los demás participantes, uno de los capítulos del texto de Shapiro. Esta discusión se concentró en una versión inicial de *Legality*, que Shapiro puso amablemente a disposición de los autores. Como resultado de ello, la estructura del presente volumen refleja la línea argumentativa presentada por Shapiro, ya que el orden de los ensayos corresponde a la articulación de los capítulos de *Legality*. El resultado de este trabajo colectivo fue luego discutido con el mismo Shapiro en el curso de un estimulante y animado *workshop* que duró dos días y que se desarrolló en Milán. Luego de la discusión, cada ensayo ha sido revisado por los autores teniendo en cuenta la última versión del trabajo de Shapiro. Una primera versión de estos ensayos fue publicada en Canale, D. y Tuzet, G., *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Springer, Dordrecht, 2013. Sin embargo, para esta publicación en español, todos ellos han sido revisados en mayor o menor medida por sus propios autores. En razón de ello, el trabajo de Shapiro será de ahora en más mencionado y citado en español, siguiendo la traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014³. En definitiva, los ensayos aquí reunidos pueden ser vistos como una etapa intermedia en la elaboración de *Legalidad*, pero constituyen también un desafío para el proyecto de Shapiro. Es por ello que estos ensayos no pretenden

³ En este sentido, también se sigue a la edición española respecto de la traducción de algunas expresiones del autor, por ejemplo, *truism*: verdad obvia; *possibility puzzle*: paradoja de la autoridad; *planning theory of law*: teoría del derecho como plan, entre otras.

celebrar ningún descubrimiento teórico; en cambio, persiguen evidenciar las debilidades de los argumentos ofrecidos, si es que las hay, para ayudar al autor a mejorarlos o corregirlos.

2. Los autores de los ensayos son profesores y académicos que trabajan en Italia, España y Sudamérica. Si bien tienen un contacto estrecho con el mundo filosófico-jurídico de habla inglesa, sus bases teóricas están enraizadas en la tradición continental de filosofía del derecho. Más precisamente, están enraizadas en la metodología filosófica que caracteriza al positivismo jurídico continental. Como consecuencia de ello, los ensayos aquí reunidos instauran, implícitamente, una comparación entre dos tradiciones diferentes de filosofía del derecho, tradiciones que, estrictamente hablando, no comparten las mismas herramientas teóricas ni abordan las mismas cuestiones prácticas o teóricas. Así, *Legalidad* de Shapiro, y el debate filosófico en el cual se inserta, son por lo tanto mirados desde un “punto de vista externo”. Ello quiere decir que las tesis principales defendidas por Shapiro no son simplemente analizadas desde una perspectiva distinta, sino que son consideradas como el punto inicial de un modo diferente de concebir la tarea de la filosofía del derecho y de fijar su agenda. Sin embargo, la pretensión de los editores de este volumen no es la de enfrentar una tradición con la otra. Nos interesa contribuir a tender puentes entre las dos, siempre y cuando ello sea posible e interesante. Se trata en realidad de una tarea bien difícil, y que parece imposible de ser llevada a cabo por varias razones. Estas razones están estrechamente relacionadas con las diferencias entre el mundo jurídico angloamericano y el continental, sus trasfondos políticos e históricos, las características del trabajo académico, el papel de la filosofía en la enseñanza del derecho, etc. Creemos, sin embargo, que ofrecer un ámbito donde la tradición angloamericana y la continental puedan dialogar fructíferamente debería ser un compromiso constante de los filósofos que trabajan en este campo.

Este es el propósito general del volumen. En particular, en cambio, cada uno de los autores que participaron dirige nuestra atención hacia algunas características de *Legalidad* y ofrece un análisis de las tesis de Shapiro. En lo que sigue intentaremos resumir los temas y tesis principales de cada una de las contribuciones.

El ensayo de Canale se concentra críticamente en los aspectos metodológicos de *Legalidad*. De hecho, el libro de Shapiro propone numerosas tesis originales acerca no solo de la naturaleza del derecho y de los principales problemas de la filosofía analítica del derecho, sino que ofrece también nuevos puntos de vista sobre cómo la naturaleza del derecho puede ser descubierta por la filosofía. En este sentido, el método de análisis adoptado por Shapiro puede ser considerado como uno de los resultados más desafiantes e interesantes de su investigación. El ensayo está dividido en dos partes. En la primera, se ofrece un análisis del método filosófico de Shapiro. En particular, se analiza con detenimiento el uso que Shapiro hace del vocabulario metafísico, del análisis conceptual, del razonamiento constructivo, y de la explicación institucional del derecho. La segunda parte se propone señalar algunos problemas que presenta este método. En particular, en el ensayo se argumenta que (1) la teoría del derecho como plan no es capaz de explicar la obligación jurídica; (2) el carácter recursivo de la estrategia constructivista de Shapiro tiende a oscurecer la variedad funcional de las entidades legales; (3) la versión del análisis conceptual propuesta en *Legalidad* se ve afectada de ceguera semántica y corre el riesgo de leer el mundo como si poseyera las propiedades del lenguaje; (4) las entidades legales son vistas por Shapiro como constituyendo un único universo de hechos legales, mientras que, en cambio, las normas, los contratos, las legislaturas y otras entidades legales reales no parecen poseer el mismo conjunto de propiedades básicas ni el mismo tipo de existencia. Para dar cuenta de esto, el ensayo esboza una perspectiva alternativa sobre la naturaleza del derecho basada en un enfoque pluralista de la ontología jurídica.

La finalidad del ensayo de Poggi es discutir una paradoja concerniente al derecho, que Shapiro identifica y examina con gran detalle en su libro. Según Shapiro, es difícil entender cómo pudo haberse inventado el derecho. Todos los intentos por explicar el origen del derecho enfrentan una paradoja, que Shapiro denomina la Paradoja de la Autoridad (PA). La PA es un típico problema del huevo y la gallina y puede ser resumida como sigue: (huevo) alguien tiene el poder de crear normas jurídicas solo si una norma preexistente le confiere ese

poder; (gallina) una norma que confiere el poder para crear normas jurídicas existe solo si alguien con el poder de crearla la ha creado. En pocas palabras, el problema es que para *obtener* poder normativo es necesario antes *tener* poder normativo. Según Shapiro, las soluciones que los positivistas jurídicos han ofrecido a la PA no son homogéneas. Shapiro analiza dos de esas propuestas, a saber, la solución de Austin y la de Hart, y sostiene que ambas son insatisfactorias. De hecho, Shapiro subraya que toda solución de la PA ha de ser compatible con una teoría que dé cuenta de cuestiones problemáticas subyacentes tales como el método de la teoría del derecho, el estatus lógico de los enunciados normativos, el deber judicial de aplicar el derecho, y la relación entre el deber moral y el deber jurídico. Pero, según Shapiro, ni la solución de Hart ni la de Austin resuelven satisfactoriamente todos estos problemas. Al respecto, Poggi sostiene, primero, que si adoptamos un punto de vista positivista, la PA desaparece o, mejor, se transforma en una cuestión no paradójica. Segundo, que todos los positivistas jurídicos (incluidos Hart y Austin) dan la misma respuesta a esa pregunta, y ello es así porque la respuesta proviene de (está implícita en) el concepto mismo de positivismo jurídico. Finalmente, que los problemas subyacentes han sido ya resueltos por la teoría del derecho positivista. Respecto de este último punto, Poggi procura reivindicar la teoría de Hart frente a las críticas de Shapiro, si bien reconoce que algunas correcciones son necesarias.

Para Tuzet, *Legalidad* se embarca en una tarea filosófica ardua y excitante destinada a ofrecer una explicación de qué es el derecho y por qué vale la pena tenerlo. La teoría de Shapiro aborda la primera cuestión en los términos de la tesis de los “hechos sociales” y la segunda en los términos de la tesis del “fin moral”, según las cuales el derecho está determinado únicamente por hechos sociales, pero posee un punto o finalidad moral; puesto que la finalidad de la actividad legal es remediar algunas deficiencias morales. Como es bien sabido, las escuelas filosóficas, en ámbito jurídico, se dividen respecto de esos temas. La teoría del derecho natural se ha preocupado principalmente por el valor del derecho y su dimensión moral, mientras que el positivismo jurídico y el realismo jurídico se han interesado principalmente por sus propie-

dades empíricas. Shapiro intenta ofrecer una perspectiva unificada al respecto y rechaza la explicación realista porque deja fuera del cuadro el *punto de vista interno*. Sobre esta cuestión Shapiro sigue la crítica que Hart dirigió contra los realistas, pero el ensayo de Tuzet intenta mostrar que la reconstrucción hartiana del realismo jurídico es demasiado simple, poco caritativa y equivocada bajo ciertos aspectos. Uno de estos aspectos es el siguiente: muchas de las tesis realistas fueron tesis acerca del *conocimiento jurídico*, pero Hart, y Shapiro con él, las leyó como tesis acerca de la normatividad del derecho. En particular, el personaje del hombre malo (*bad man*) no nos ayuda a comprender si debemos cumplir nuestras obligaciones jurídicas; nos ayuda en cambio a obtener conocimiento acerca del derecho.

Para Schiavello, la versión que Shapiro ofrece del positivismo jurídico se apoya en la teoría hartiana del derecho como práctica. Esta teoría hartiana posee serios límites respecto de la obligación legal y de la normatividad del derecho. El ensayo analiza los límites de la concepción hartiana de la normatividad del derecho, y se pregunta si la teoría del derecho como plan está orientada en la dirección correcta para superarlos. La finalidad de Schiavello es mostrar que Shapiro reproduce aquí los errores de Hart. El ensayo está dividido en tres secciones principales. Primero, comienza con una breve reconstrucción crítica de la concepción que Hart ofrece de la normatividad, una reconstrucción que es parcialmente diferente a la ofrecida por Shapiro en *Legalidad*. Schiavello analiza no solo la concepción original esbozada por Hart en *El concepto de derecho*, sino también la concepción (parcialmente) diferente que puede ser extraída a partir del *Postscript*. Luego el ensayo se ocupa de las concepciones de la obligación jurídica y de la autoridad legal asociadas con la teoría del derecho como plan, y por último critica las asunciones de Shapiro respecto del positivismo jurídico.

El ensayo de Papayannis pretende mostrar que la teoría del derecho como plan contiene en realidad dos teorías, una interna y otra externa. La teoría interna está basada en el análisis conceptual. Al respecto, Shapiro sostiene que el derecho puede ser mejor entendido como un plan social que resuelve los problemas morales de una comunidad bajo ciertas circunstancias. La lógica de la planificación social hace que el derecho

sea inteligible desde la perspectiva de los participantes. La teoría externa es en cambio un tipo de explicación funcional, y el punto de vista interno no desempeña en ella ningún papel. La idea es identificar cuáles son las necesidades sociales de la comunidad satisfechas por el derecho cuando existe un sistema jurídico. La conclusión del ensayo es que incluso si no nos convencen los argumentos de Shapiro contra algunas teorías positivistas, como la de Hart, existen de todos modos buenas razones teóricas para tener en cuenta la teoría del derecho como plan. Ello en cuanto esa teoría ofrece una comprensión compleja de las prácticas legales y captura al mismo tiempo dos aspectos de la realidad social. Por un lado, presenta una perspectiva del derecho que concuerda con la mayoría de las características fundamentales de los sistemas jurídicos. Por otro lado, ofrece una análisis funcional del derecho que arroja luz sobre los valiosos servicios que el derecho nos ofrece.

Según Celano, Shapiro propone lo que él mismo sostiene ser una respuesta “nueva que, con suerte, será mejor que las anteriores” (es decir, mejor de las que han sido ofrecidas hasta el momento) a “la pregunta fundamental ‘¿qué es el derecho?’”⁴. La tesis central de esa respuesta (la “tesis de los planes”) es que la “actividad legal es una forma de planificación social”. La noción relevante de plan es la noción elaborada, en sus trabajos sobre filosofía de la acción, por Michael Bratman. Es precisamente a través del concepto de plan, y del modo en que Bratman entiende la agencia humana como agencia planificadora, que, según Shapiro, es posible producir progresos sustanciales en la teoría del derecho. ¿Qué es entonces lo que pueden hacer por la teoría del derecho los planes (bratmanianos)? ¿El concepto de plan de Bratman ofrece efectivamente –tal como sostiene Shapiro– un análisis nuevo y especial de la naturaleza del derecho? Celano sostiene que la respuesta es negativa.

El ensayo de Chiassoni argumenta que *Legalidad* enfrenta serias dificultades: a) pasa por alto el punto central del positivismo jurídico clásico (a saber, el positivismo de Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Bobbio); b) defiende una forma espuria de positivismo; c) toma una posi-

⁴ Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, p. 28.

ción indulgente respecto del positivismo jurídico exclusivo; d) propone una solución sorprendente de la paradoja de la autoridad. Por esto, Chiassoni es bastante escéptico acerca de los supuestos avances que *Legalidad* ofrecería a la teoría del derecho contemporáneo.

Ferrer y Ratti analizan las partes de *Legalidad* que tratan el problema de los desacuerdos en el derecho y se concentran en la teoría de la interpretación (y de la metainterpretación) elaborada por Shapiro para enfrentar ese problema. La cuestión relativa a los desacuerdos en el derecho, junto a las principales asunciones del positivismo jurídico, hacen que sea indispensable prestar atención a las corrientes contemporáneas que pertenecen a esa concepción filosófica. La estructura del ensayo es la siguiente: en la primera sección, los autores se ocupan del positivismo jurídico tal como es comúnmente caracterizado por la filosofía del derecho angloamericana. En la segunda sección, los autores presentan su propia concepción del positivismo jurídico metodológico, que debe mucho a los trabajos de Bobbio y Ross. En la tercera sección se resume el argumento basado en los desacuerdos y se analizan detenidamente las dificultades que ese argumento impondría al positivismo jurídico. Esto conduce a la cuarta sección, donde se examina la concepción que Shapiro posee de la interpretación jurídica y la respuesta que sobre esa base da al problema de los desacuerdos. En la quinta y última sección, se extraen algunas conclusiones, la principal es que la sofisticada teoría de la interpretación de Shapiro es, por un lado, supererogatoria y, por el otro, no es fiel al genuino espíritu del positivismo metodológico tradicional, puesto que mezcla los aspectos descriptivos y los prescriptivos de la interpretación jurídica.

Por último, Pino ofrece una reconstrucción de la teoría de la interpretación de Shapiro y procura evaluar esa teoría en sus propios términos, verificando su coherencia interna y su persuasividad general. A continuación, Pino evalúa la compatibilidad del cuadro que Shapiro ofrece de la interpretación jurídica con el proyecto más general de la teoría del derecho como plan, y sostiene que el cuadro oscurece algunos aspectos importantes del razonamiento jurídico, en particular, los juicios de valor.

Por supuesto, hemos trazado aquí solo un esbozo de los argumentos que contiene este volumen y de los temas tratados por cada uno de los autores. Esperamos que la lectura de los ensayos permita una comprensión más detallada de estos argumentos y estimule su ulterior discusión.

Por último, pero no por ello menos importante, deseamos agradecer a Scott Shapiro por la posibilidad de discutir con él el manuscrito de *Legalidad*, a los autores por el esfuerzo que realizaron para dar vida a este volumen, a Federico Arena y Elena Marchese por su colaboración en esta edición, y al editor de *Discusiones* por su disponibilidad para incluir este volumen en su números.

Bibliografía

- Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Massachusetts - London, England, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.

Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro*

Looking for the Nature of Law: On Shapiro's Challenge

Damiano Canale**

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: Este ensayo se enfoca críticamente en los aspectos metodológicos del libro *Legalidad* de Scott Shapiro. De hecho, el libro de Shapiro presenta varias tesis originales 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. En este sentido, el método de investigación adoptado por Shapiro puede considerarse como uno de los resultados más interesantes y desafiantes de su investigación. El ensayo está dividido en dos partes. La primera proporciona un análisis del enfoque filosófico de Shapiro; en particular, se centra en el recurso de Shapiro al vocabulario metafísico, el análisis conceptual, el razonamiento constructivo y la explicación institucional del derecho. La segunda parte destaca algunos de los problemas que plantea este enfoque. En particular, el ensayo argumenta que (1) la teoría del derecho de la planificación no puede explicar la obligación legal; (2) la estrategia constructiva de Shapiro tiene un carácter recursivo que tiende a oscurecer la variedad de entidades legales; (3) la versión de análisis conceptual propuesta en *Legalidad* es semánticamente ciega y corre el riesgo de volver a leer en el mundo las características del lenguaje; (4) Shapiro supone que las entidades

* Traducción del inglés de Federico José Arena.

** Profesor de Filosofía del derecho, Università Bocconi, Milán.

E-mail: damiano.canale@unibocconi.it

legales equivalen a un solo universo de hechos legales, mientras que las normas, contratos, parlamentos, etc., reales no parecen tener el mismo conjunto básico de propiedades y existir de la misma manera. Para dar cuenta de esto, el ensayo describe una visión alternativa sobre la naturaleza del derecho basada en un enfoque pluralista de la ontología social. **Palabras clave:** filosofía del derecho, naturaleza del derecho, ontología social.

Abstract: This essay critically focuses on the methodological aspects of Scott Shapiro's book *Legalidad*. Indeed, Shapiro's book sets out several original theses about not only the nature of law and the main problems of jurisprudence, but also about how the nature of law can be discovered by jurisprudence. In this sense, the method of inquiry adopted by Shapiro can be considered as one of the most interesting' and challenging outcomes of his research. The essay is divided into two parts. The first one provides an analysis of Shapiro's jurisprudential approach; in particular, it focuses on Shapiro's resort to metaphysical vocabulary, conceptual analysis, constructive reasoning, and institutional explanation of law. The second part highlights some of the problems that this approach gives rise to. In particular, the essay argues that (1) the planning theory of law is not able to explain legal obligation; (2) Shapiro's constructive strategy has a recursive character which tends to obscure the variety of legal entities; (3) the version of conceptual analysis proposed in *Legality* is semantically blind and runs the risk of reading back into the world the features of language; (4) legal entities are supposed by Shapiro to amount to a single universe of legal facts, whereas actual norms, contracts, parliaments, etc. do not seem to have the same basic set of properties and to exist in the same way. To account for this, the essay outlines an alternative view on the nature of law based upon a pluralistic approach to social ontology.

Keywords: jurisprudence, nature of law, social ontology.

I. Pegar las figuras donde corresponda

Imagine un libro de juegos para niños diseñado de la siguiente manera. Del lado derecho de cada página hay dibujada una escena compleja como, por ejemplo, animales en una selva, Tomás conduciendo una bicicleta amarilla, mamá en el supermercado chino, etc. Del lado izquierdo de la página hay un conjunto de figuras autoadhesivas: el elefante, el sombrero de Tomás, la tetera, etc. El juego consiste en que la niña debe encontrar en la escena de la derecha el objeto que se corresponde con cada uno de los autoadhesivos. Imagine ahora un segundo libro de juegos para niños, con un diseño similar, pero en el que del lado derecho de cada página hay dibujado solo el fondo de una escena como, por ejemplo, un campo de hierba verde, unas montañas que recortan el cielo, una cocina vacía. La tarea de la niña en este segundo caso es diferente, puesto que ahora lo que tiene que hacer es componer su propia escena usando los autoadhesivos, de modo tal que la composición se corresponda con el fondo propuesto. La niña juega con éxito el primer tipo de juego cuando cada figura ha sido pegada en el lugar correcto. La niña juega con éxito el segundo juego cuando la composición que ha creado sobre el fondo propuesto es lo más significativa posible; en este caso, si la niña tiene éxito, las figuras también estarán en el lugar correcto, pero en un sentido diferente.

Ahora bien, piense el lado derecho de estos libros como si fuera el mundo del derecho, compuesto de leyes, precedentes, contratos, testamentos, jueces, parlamentos, etc., y piense en las figuras autoadhesivas como en un conjunto de enunciados que consideramos verdaderos acerca de ese mundo. Respecto de cada enunciado podemos preguntarnos “¿qué lo hace verdadero?”.Cuál sea el significado de la expresión entrecomillada dependerá, claramente, del juego. Si el objetivo del juego es dar cuenta del mundo del derecho sin alterarlo, entonces para poder jugar debemos saber qué hechos del mundo jurídico tienen la forma justa. Si el juego tiene por objetivo dar una nueva forma al mundo jurídico, entonces debemos decidir qué forma ha de asumir el mundo jurídico para que tenga sentido dado el trasfondo existente.

Los filósofos del derecho que van tras la naturaleza del derecho se parecen bastante a una niña que pega figuras en un libro de juegos. Algunos de ellos parecen jugar el primer tipo de juego, es decir, practican la filosofía del derecho descriptiva e intentan dar cuenta del derecho tal como es. Otros prefieren el segundo tipo de empresa, y en este caso practican la filosofía del derecho prescriptiva y nos dicen cómo debería ser el derecho. Sin embargo, como bien sabe cualquier niña, lograr pegar las figuras en el lugar correcto puede ser una tarea bien difícil, en cualquiera de los dos juegos. La dificultad del juego depende de las exigencias que se impongan a los jugadores, tales como la complejidad de la escena, la forma de los autoadhesivos y, obviamente, depende de la habilidad del jugador. La metodología filosófico-jurídica se concentra en determinar cómo llevar a cabo esta tarea, identificando las condiciones de éxito del juego filosófico-jurídico, como también cuáles son sus reglas, y de qué manera se cumple mejor con ellas.

En su libro *Legalidad*, Scott Shapiro propone una original estrategia para, en filosofía del derecho, pegar los autoadhesivos en el lugar correcto. La estrategia que propone es un tipo de filosofía del derecho descriptiva, que Shapiro usa como dispositivo metodológico para resolver los principales problemas de la filosofía del derecho. De hecho, como introducción al libro de Shapiro bien podrían recordarse las palabras que Lon Fuller usó en su famoso comentario sobre *El concepto de derecho* de Hart:

[Este libro] es seguramente una contribución a la literatura filosófico-jurídica de un tipo que no contábamos desde hacía mucho tiempo. No se trata de una colección improvisada de ensayos, reunidos en un libro. No es un manual, en el sentido usual de ese término. Se trata, en cambio, de un intento por presentar de modo breve las soluciones que el autor propone para los principales problemas de la filosofía del derecho¹.

¹ Fuller, L. L., *The Morality of Law*, revised edition, New Haven-London, Yale University Press, 1969, p. 133.

Al igual que el libro revolucionario de Hart, *Legalidad* no tiene la pretensión de aclarar una vieja historia, ni tampoco ha sido concebido como un capítulo ulterior de una novela escrita por otros. Su propósito es contar una historia que nadie ha contado antes, una historia que pretende cambiar el modo en que la filosofía del derecho ha comprendido la naturaleza del derecho. Comenzando por el problema del origen del derecho y de la autoridad jurídica, denominado “paradoja de la autoridad”, Shapiro analiza críticamente las soluciones que el positivismo jurídico tradicional ha propuesto y sostiene que son defectuosas². Bentham, Austin, Kelsen y Hart no han logrado explicar cómo el derecho puede generar obligaciones jurídicas sobre la mera base de hechos sociales. Continuando con la tradición positivista, pero también reformulando los problemas que han constituido el objeto principal de esa tradición hasta la actualidad, Shapiro propone su propia solución a la “paradoja de la autoridad”, a saber, el derecho es una actividad de planificación que coordina nuestro comportamiento con el objetivo de resolver dudas y desacuerdos acerca de cuestiones morales que afectan nuestra vida en comunidad. La conquista de ciertas metas morales, tales como el mantenimiento del orden social, la prevención de comportamientos desviados, la protección de derechos, la solución equitativa de las controversias, etc., se ve por lo general obstaculizada a causa de la complejidad y la conflictividad de la vida social, o al menos eso es lo que sostiene Shapiro. De acuerdo con la teoría del derecho como plan, “el principal cometido del derecho es precisamente resolver esas

² El modo en el que Shapiro diseña la paradoja de la autoridad –¿cómo y por qué el derecho puede imponer deberes sobre la sola base de hechos sociales?– resulta fuertemente influenciado por el análisis que Mark Greenberg hace del mismo problema. Según Greenberg los hechos no-normativos no pueden en sí mismos determinar de manera constitutiva el contenido de las leyes. Véase Greenberg, M., “How Facts Make Law”, en Hershovitz, S. (ed.), *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006. El diseño teórico de la paradoja de la autoridad repercute fuertemente en el resto del libro; específicamente, en la lectura que Shapiro hace de la tradición del positivismo jurídico, en el modo en que son concebidos los desacuerdos morales y en la idea según la cual la planificación social es una actividad institucional que posee una finalidad moral. En este artículo, sin embargo, no me concentraré en esta cuestión.

cuestiones”³. Las instituciones jurídicas resuelven dudas y desacuerdos morales mediante la planificación social. Así, las normas jurídicas son planes sociales que distribuyen derechos y asignan responsabilidades de modo tal que “el ejercicio de las facultades conferidas y la observancia de los deberes asignados alcanza los objetivos seleccionados y satisface los valores especificados”⁴. Esto es posible gracias a que los planes, vistos como hechos sociales, alientan intrínsecamente a quienes los comparten a conformarse a ellos. Quienes adoptan un plan están racionalmente obligados a llevarlo a cabo sin que esto se vea afectado por el contenido del plan o sin que se vea influenciado por cursos de acción conflictivos⁵.

Sobre la base de este esquema teórico, en la segunda parte del libro, Shapiro reconstruye críticamente, de un modo admirablemente claro, algunos de los debates filosóficos relativos a las tesis principales del positivismo jurídico. En particular, ofrece un interesante análisis de los rasgos de la interpretación jurídica y proporciona una explicación del modo en que la confianza y la desconfianza impactan en el diseño institucional de un sistema.

Por supuesto, una empresa filosófica de esta envergadura y espesor conlleva seguramente algunos riesgos. En primer lugar, probablemente provocará reacciones críticas de parte de quienes no reconozcan en la teoría de Shapiro ninguna de las tesis tradicionales o de parte de quienes no vean ninguna ventaja en el hecho de considerar las leyes como planes. En segundo lugar, Shapiro pone todos los huevos en una única canasta. Es decir, si luego de un examen riguroso las tesis centrales presentadas en el libro resultan ser equivocadas, o de poco interés para los juristas y filósofos, la empresa filosófica de Shapiro fracasará totalmente. Si, por el contrario, las soluciones de los principales problemas de la filosofía del derecho propuestas en *Legalidad* fueran plausibles e iluminadoras para nuestra comprensión general

³ Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, p. 375.

⁴ *Ídem*.

⁵ Véase la sección 6 más abajo.

del derecho, entonces la contribución de Shapiro produciría avances extremadamente relevantes.

En este trabajo no ofreceré una lectura crítica de *Legalidad*⁶. Me concentraré en cambio en los aspectos metodológicos de su trabajo, tal como son presentados principalmente en el primer capítulo del libro. En efecto, *Legalidad* contiene numerosas tesis originales referidas a la naturaleza del derecho, al modo en que la naturaleza del derecho puede ser conocida “pegando los autoadhesivos donde corresponde”. En este sentido, el método filosófico adoptado por Shapiro puede bien ser considerado uno de los resultados más interesantes y desafiantes de su investigación filosófica. El análisis que llevaré a cabo del enfoque de Shapiro mostrará, en particular, que la teoría del derecho como plan se caracteriza por un “sobrepromiso” que tiende a reducir su potencial explicativo. Shapiro intenta no solo descubrir la esencia del derecho, sino también explicar, a través de ella, todos y cada uno de los hechos e instituciones jurídicas, asumiendo que todos los aspectos de la realidad jurídica poseen las mismas condiciones de identidad e iguales propiedades necesarias. Intentaré demostrar que un compromiso de este tipo no es ni necesario ni útil para explicar la naturaleza del derecho. *Legalidad* podría ser una contribución valiosa para la filosofía del derecho incluso si Shapiro no hubiera asumido un determinado compromiso respecto de la naturaleza del derecho y, en cambio, hubiera hecho espacio a una perspectiva pluralista.

Este artículo se encuentra dividido en dos partes. En las primeras dos secciones describiré el método filosófico de Shapiro concentrándome en el uso de vocabulario metafísico, del análisis conceptual, del razonamiento constructivo y de la explicación institucional del derecho. En las secciones siguientes consideraré algunos de los problemas de este enfoque y sugeriré algunos caminos para evitarlos.

⁶ Una lectura esclarecedora del libro puede encontrarse en Schauer, F., “The Best Laid Plan”, *Yale Law Journal*, 120, 2011, pp. 586-621.

II. La naturaleza del derecho reconsiderada

Según Shapiro, la filosofía del derecho analítica se preocupa por los fundamentos metafísicos del derecho:

La teoría normativa del derecho se ocupa de los fundamentos *morales* del derecho, mientras que la teoría analítica del derecho examina sus fundamentos *metafísicos*. [...] [Ella] analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas, y su objeto de estudio abarca, entre otros, los sistemas jurídicos, las leyes, las reglas, los derechos; la autoridad, la validez, la obligación, la interpretación, la soberanía, los tribunales, la causa próxima, la propiedad, el delito, el ilícito extracontractual y la negligencia⁷.

Pero ¿qué es exactamente lo que buscamos cuando vamos tras los fundamentos metafísicos del derecho? Típicamente, una investigación metafísica no se concentra en las características contingentes de la realidad, sino que intenta revelar las propiedades *necesarias* del mundo, aquellas propiedades que no dependen de lo que, de manera contingente, conocemos, queremos o deseamos. En particular, para Shapiro, son dos las cuestiones metafísicas que están aquí en juego: qué es lo que hace que una entidad jurídica sea lo que es (la pregunta de la identidad) y qué consecuencias necesarias se siguen del hecho que esa entidad sea lo que es (la pregunta de la implicación). Una respuesta correcta a la pregunta de la identidad “debe exponer un conjunto de propiedades que hacen de las instancias (reales o posibles) de X el objeto que son”⁸. Además, para responder a la pregunta de la implicación, es necesario descubrir las propiedades de las que el derecho, cualquiera sea su contenido, no puede carecer⁹.

Esta concepción de la filosofía analítica del derecho es bastante similar al modo en que Joseph Raz la concibe y da cuenta de la mayor

⁷ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 26-27.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ *Ibidem*, p. 35.

parte de las investigaciones contemporáneas acerca de la naturaleza del derecho¹⁰. A pesar de ello, en el caso de Shapiro, la referencia explícita al vocabulario metafísico podría resultar un tanto sorprendente. Definitivamente ello es así para aquellos filósofos del derecho, particularmente en el mundo del *Civil Law*, que todavía conciben la tradición analítica en filosofía como, entre otras cosas, una batalla *contra* la metafísica que ha de ser llevada adelante mediante las herramientas del análisis conceptual. De hecho, esta batalla ha sido generalmente considerada, en el pasado, como el modo para establecer la distinción fundamental entre positivismo jurídico y teoría del derecho natural, respecto tanto de sus tesis sustanciales como metodológicas. ¿A qué se debía ello?

Según la antigua tradición del positivismo jurídico, la palabra “metafísica” denota aquellos lenguajes jurídicos oscuros, engañosos e incluso sin sentido. Este es típicamente el caso de aquellas tesis acerca de la naturaleza del derecho cuyas condiciones de verdad no son ni empíricas ni conceptuales. Si se afirma, tal como diría un defensor del derecho natural, que la verdadera fuente de la legalidad es la moral, no es fácil especificar cuáles son las condiciones bajo las cuáles esta afirmación metafísica es verdadera o falsa. Ello en cuanto tales condiciones no parecen depender ni de hechos empíricos ni del significado de los términos usados. Si esto es así, la afirmación en cuestión no se conecta con nada en la realidad y la metafísica se transforma entonces en un sofisticado truco que hace del derecho “una solemne omnipotencia en el cielo”¹¹. En consecuencia, la filosofía del derecho

¹⁰ Véase Raz, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 17-46, y Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays on the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 195-209. Véase también Dickson, J., *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland, Hart, 2001, p. 17.

¹¹ Justice Holmes discrepando en *Southern P. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917). Véase también Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, p. 433. Alguien podría señalar que Jeremy Bentham usaba frecuentemente la palabra “metafísica” en sentido positivo; pero en realidad Bentham en esos casos usaba el término para denotar un discurso que consiste en “explicar o investigar qué es lo que otra persona quiere decir” (Bentham, J., *Rationale of Judicial*

ha de encargarse de desmitificar, mediante el análisis conceptual, las explicaciones del derecho que recurran a un vocabulario metafísico.

Es necesario notar que este cuadro es erróneo. En primer lugar, los filósofos del derecho natural contemporáneos tales como Lon Fuller y John Finnis han intentado separar la investigación acerca de la naturaleza del derecho de consideraciones metafísicas. Han concentrado su investigación filosófico-jurídica en las propiedades de la razón práctica, preguntándose si estas propiedades poseen cierta continuidad con el derecho¹². Asimismo, el supuesto compromiso antimetafísico de la filosofía del derecho analítica se desmorona si se asume –tal como Quine sugiere que deberíamos hacer– que no existe una verdadera distinción entre verdades analíticas y verdades empíricas¹³. Si esto es así, entonces no existen las bases suficientes para oponer enunciados existenciales metafísicos a enunciados existenciales empíricos. La inteligibilidad de los enunciados metafísicos puede obtenerse si se los formula mediante oraciones observacionales¹⁴. Por ejemplo, la afirmación metafísica “la moral es la verdadera fuente de la legalidad” puede ser aclarada de la

Evidence, London, Hunt & Clarke, 1827, vol. III, p. 386), *i. e.*, una investigación acerca del significado de los enunciados metafísicos. Respecto de la metafísica tradicional, en cambio, Bentham era mucho más cauto: “‘Odio la metafísica’ exclama Eduard Burke en algún pasaje, no le faltaban causas para hacerlo” (*idem*).

¹² Véase Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, second edition, New York-Oxford, Oxford University Press, 2011; Fuller, *op. cit.*

¹³ Sobre esto, véase Canale, D., “Consequences of Pragmatic Conceptualism. On the Methodology Problem in Jurisprudence”, *Ratio Juris*, 22, 2009, pp. 171-186; Himma, K., “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, in Freeman, M. y Harrison, R. (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Oberdiek, J. y Patterson, D., “Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology”, en Freeman, M. y Harrison, R. (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 60-75; Coleman, J., “Naturalized Jurisprudence and Naturalized Epistemology”, *Philosophical Topics*, 29, 2001, pp. 113-128.

¹⁴ “Si no existe una distinción clara entre analítico y sintético [...], las cuestiones ontológicas terminan ubicándose junto a las cuestiones de la ciencia natural” (Quine, W. V. O., “On Carnap’s Views on Ontology”, en Id., *The Ways of Paradox and Other Essays*, New York, Random House, 1966, p. 134).

siguiente manera: “Para todo X si X es jurídico entonces X es moral y existe un Y tal que Y es la fuente de X e Y es moral”. Este enunciado metafísico es perfectamente inteligible, en el sentido de que puede ser verdadero, tal como lo sostiene la teoría del derecho natural, o falso, tal como la considera el positivismo jurídico. La asunción general de Quine, por lo tanto, parecería reivindicar la investigación metafísica *contra* el análisis conceptual en filosofía del derecho si bien, tal como será señalado en la próxima sección, este no es el punto de vista de Shapiro.

En realidad, de este modo se produce una modificación radical de la función filosófica del vocabulario metafísico, que no puede ser considerada una buena noticia para la filosofía del derecho que persiga un análisis metafísico de los fundamentos del derecho. Desde el punto de vista de Quine, la metafísica pierde su rol fundacional. Por un lado, los enunciados metafísicos son ahora puramente extensionales y la existencia puede ser atribuida exclusivamente a objetos físicos o a clases abstractas. Por el otro lado, dada ciertas condiciones, diferentes ontologías puede ser igualmente útiles para la teoría del derecho. Un compromiso con un marco metafísico, ya sea en filosofía del derecho como en cualquier otro tipo de discurso teórico, no es nunca absoluto, sino que depende de cuestiones pragmáticas relativas al poder explicativo de la teoría que incluye el marco metafísico en cuestión, y de sus criterios de revisión¹⁵.

Si esto es así, ¿qué queda para una investigación filosófico-jurídica acerca de la naturaleza del derecho? Desde un punto de vista metodológico, una investigación de ese tipo puede ser concebida como gobernada por una inferencia a la mejor explicación¹⁶. Los filósofos

¹⁵ Quine, W. V. O., *Word and Object*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1960, p. 271. Ciertamente, la crítica de Quine a la distinción analítico/sintético podría ser, a su vez, cuestionada reivindicando la autonomía del análisis conceptual, en este sentido véase Himma, *op. cit.* Alternativamente, la crítica de Quine puede ser incorporada dentro de una versión actualizada del análisis conceptual, tal como lo propone Franck Jackson, quien es la principal fuente de inspiración de Shapiro al respecto. Véase Jackson, F., *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 44-55.

¹⁶ La “inferencia a la mejor explicación” coincide aproximadamente con lo que suele denominarse “abducción” o “inferencia hipotética”: “Al hacer esta inferencia uno

del derecho no buscan explicar hechos contingentes acerca de una región espacio-temporal. No están interesados en determinar si *X* es una norma que pertenece al derecho del estado de Connecticut, o si *Y* es un contrato válido de acuerdo con el derecho contractual italiano. La filosofía del derecho pretende ofrecer una explicación de algunos hechos *necesarios* (aquellos hechos sin los cuales el derecho no tendría lugar), a partir de otros hechos *necesarios* más fundamentales, que instancian las condiciones de identidad y las propiedades necesarias de las entidades jurídicas. Estos hechos necesarios más fundamentales pueden ser vistos como los hechos acerca de la naturaleza del derecho.

Obviamente, el término “naturaleza” es en este contexto un término ambiguo. Puede ser usado para transmitir la idea de que los enunciados iusfilosóficos describen estados de cosas naturales. Desde este punto de vista, por ejemplo, el enunciado metafísico “la moral es la verdadera fuente de la legalidad” puede ser desambiguado como sigue: “para todo hecho legal *Y*, existe un hecho moral *X* tal que *X* determina *Y*”. Pero el término “naturaleza” puede también ser visto como comprometiendo a los filósofos del derecho con un tipo de explicación distinto, tal como implícitamente sostiene Shapiro. Los hechos que forman parte del fundamento del derecho se refieren a aquello que *debe* ser el caso, y la naturaleza normativa de tales hechos no puede ser parte de un marco explicativo meramente causal. Estos hechos valorativos se refieren a disposiciones humanas que supervienen sobre hechos físicos. La disposición a asumir ciertas actitudes y a realizar ciertas evaluaciones, la disposición a usar estas actitudes para formar intenciones y comportarse conforme a ellas, y la disposición a

infiere, a partir del hecho de que una determinada hipótesis explicaría la evidencia, que la hipótesis es verdadera. Por lo general, existirán numerosas hipótesis que lograrían explicar la evidencia, por lo que uno debería ser capaz de desechar todas esas hipótesis alternativas antes de considerar garantizada la inferencia. Así, se infiere, a partir de la premisa que una determinada hipótesis ofrece una ‘mejor’ explicación de la evidencia que la que ofrecería cualquier otra hipótesis, la conclusión de que la hipótesis en cuestión es verdadera” (Harman, G. H., “The Inference to the Best Explanation”, *The Philosophical Review*, 74, 1965, p. 89). Este tipo de inferencia describe perfectamente el “trabajo de detective” que, según Shapiro, caracteriza el tipo de análisis conceptual que adopta. Véase Shapiro, *op. cit.*, p. 39.

realizar evaluaciones para establecer si lo que hacemos es un comportamiento adecuado o inadecuado. Asimismo, los hechos evaluativos no poseen únicamente propiedades disposicionales sino que también poseen una naturaleza social. Son hechos acerca del modo en el que nuestras intenciones afectan nuestra vida social, condicionan nuestras relaciones con los demás, estructuran el comportamiento social y dan forma a las instituciones sociales¹⁷. Para Shapiro, estos son los hechos sociales realmente importantes para una investigación sobre la naturaleza del derecho. Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, una tesis de este tipo parece conducir la filosofía del derecho hacia uno de los cuernos del siguiente dilema: o bien los hechos señalados arriba han de ser explicados empíricamente, o bien su “explicación” ha de recurrir a un vocabulario normativo. En el primer caso, la filosofía del derecho no será otra cosa más que una ciencia social y un filósofo no tendrá nada para decir que no pueda ser dicho de modo más adecuado por un sociólogo, un psicólogo o un antropólogo. En el segundo caso, una explicación de la naturaleza del derecho expondrá cómo debe ser el derecho y por lo tanto se alejará del positivismo jurídico y de la filosofía del derecho descriptiva.

Shapiro toma un tercer camino, que lo lleva a reformular, al menos parcialmente, el modo tradicional de concebir el análisis conceptual dentro de la filosofía del derecho

¹⁷ La idea según la cual los hechos normativos existen y son necesarios para determinar el contenido del derecho ha dado lugar a profundas controversias. Véase Leiter, *op. cit.*, p. 121 y ss. y Greenberg, M., “Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law”, *Law & Philosophy*, 30, 2011, pp. 419-451. Esta cuestión es parte de la discusión filosófica acerca de la denominada “normatividad del derecho”, es decir, acerca de cómo es el caso que el derecho proporciona a los miembros de la comunidad razones para actuar. Para una reconstrucción crítica de este debate véase Enoch, D., “Reasons-Giving and the Law,” en Green, L. y Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.

III. Del análisis conceptual a la filosofía de la acción

Para Shapiro, las respuestas a la pregunta de la identidad y a la pregunta de la implicación han de ser obtenidas mediante el análisis conceptual. Esta tesis podría incluso parecer más problemática que el compromiso metafísico apenas analizado. De hecho, la filosofía del derecho analítica contemporánea ha recurrido al vocabulario metafísico debido a que su método tradicional (el análisis conceptual) parece haber fracasado. El fracaso del método tradicional se debe precisamente a los argumentos de Quine contra la distinción analítico-sintética. Como hemos visto en la sección precedente, estos argumentos justifican recurrir al vocabulario metafísico. Por lo tanto, ¿cómo es posible que el análisis conceptual pueda servir para descubrir la naturaleza de las entidades jurídicas? Recurrir al análisis conceptual, o bien impide el conocimiento de la naturaleza del derecho, o bien vacía de significado cualquier explicación de ella. La solución a este rompecabezas la provee el tipo de análisis conceptual que Shapiro practica en *Legalidad*. ¿Cómo lo concibe?

Según Shapiro, el objeto del análisis conceptual no es un concepto sino “la entidad a la que se aplica el concepto”¹⁸. En otras palabras, el análisis de conceptos como DERECHO, AUTORIDAD, OBLIGACIÓN, etc., no involucra el significado de las palabras “derecho”, “autoridad”, “obligación”, etc., sino las entidades que instancian ese contenido en la realidad, y por lo tanto pueden ser identificadas como derecho, autoridades, obligaciones, etc. Para hacer esto, el análisis conceptual ha de parecerse al trabajo de un detective.

En el análisis conceptual, el filósofo también recaba pistas y emplea el proceso de eliminación con un propósito específico, concretamente, elucidar la identidad del objeto al que se aplica el concepto en cuestión. La diferencia más importante entre el filósofo y el detective de policía es que las pruebas que recolecta y analiza este último se relacionan con hechos *verdaderos*, mientras que al primero básicamente le intere-

san las *verdades obvias*. En otras palabras, las pistas filosóficas no son meramente verdaderas, sino además *autoevidentes*¹⁹.

En otras palabras, quien se comprometa con el análisis conceptual en la filosofía del derecho tiene, en primer lugar, la tarea de recolectar la mayor cantidad posible de verdades obvias acerca del derecho. A continuación tiene que preguntarse, desde un punto de vista teórico, cómo ha de ser el derecho si es que ha de poseer las propiedades especificadas en la lista de verdades obvias. En los términos del ejemplo usado al inicio de este artículo, la filósofa del derecho ha de “pegar los autoadhesivos en el lugar que corresponda” construyendo una teoría que mejor dé cuenta del conjunto de verdades obvias acerca del derecho.

Claramente esta presentación del análisis conceptual se aleja bastante del modo tradicional, estilo Oxford, de buscar condiciones analíticamente necesarias y suficientes. Se encuentra en cambio mucho más cerca del enfoque metafísico estilo Camberra ofrecido por Frank Jackson²⁰. Según este enfoque, el análisis conceptual comienza a partir de nuestras intuiciones acerca de una cosa o evento, formuladas típicamente mediante afirmaciones consideradas obvias. Luego, se esfuerza por identificar las circunstancias cubiertas por esas afirmaciones e intenta demostrar cómo estas afirmaciones se siguen de una descripción o explicación más fundamental. De este modo, el análisis conceptual muestra la concepción implícita asociada a un término conceptual que, a su vez, determina la condición de identidad de aquello a lo que el término se refiere. Obviamente, las intuiciones desempeñan simplemente un “papel provisorio” en la determinación de cómo es el mundo. Es decir, podemos equivocarnos acerca de aquello que es autoevidentemente verdadero. De todos modos, es fuertemente implausible que el conjunto completo de nuestras intuiciones sobre el mundo sean erróneas. Asimismo, es posible que desacordemos acerca de si un enunciado es una afirmación obvia o no. En la mayoría de los casos, sin embargo, el desacuerdo conceptual puede ser resuelto si se compara el poder explicativo de cada una de las teorías en las que

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ Jackson, *op. cit.*

las verdades obvias en cuestión están incluidas²¹. Finalmente, puede suceder que pasemos por alto alguna verdad obvia acerca del derecho y las propiedades necesarias a ella conectadas. Para identificar las propiedades esenciales del derecho que permanecen ocultas, el análisis conceptual necesita el apoyo de “estrategias compensatorias” (*compensatory strategies*). Shapiro menciona cuatro estrategias de este tipo: 1) La comparación de las instituciones jurídicas con otras prácticas sociales similares (*comparative strategy*). 2) La solución de las paradojas y los rompecabezas filosóficos (*puzzle-solving*). 3) El examen de la evidencia histórica y antropológica acerca del derecho (*anecdotal strategy*). 4) La construcción de un sistema jurídico hipotético a partir de una situación no jurídica, con la finalidad de poder determinar lo que resulta necesario para transformar esta situación en derecho (*constructivism strategy*). Todo esto muestra que el análisis conceptual es un método de investigación imperfecto y falible²². Pero ello no lo vuelve inválido

²¹ “Para decidirse entre las intuiciones sería necesario analizar las teorías de las que forman parte, a fin de observar cuál se acomoda de manera más adecuada al conjunto *completo* de juicios razonados acerca del derecho” (Shapiro, *op. cit.*, p. 43).

²² Podría preguntarse si este proceso intelectual puede ser denominado “análisis conceptual”. Yo sostengo que no. De hecho, cuando Jackson y Shapiro usan la palabra “concepto” se refieren a usos del lenguaje. En efecto, Jackson admite que “nuestro objeto es realmente la identificación de las posibles situaciones cubiertas por las *palabras* que usamos para formular nuestras preguntas [...]. Yo uso el término ‘concepto’ en parte por deferencia hacia la terminología tradicional que habla de análisis *conceptual*, y en parte para enfatizar que si bien nuestro objeto es la identificación de las diferentes situaciones cubiertas por porciones del lenguaje según los usuarios del lenguaje, o por la comunidad (*folk*) en general, está divorciado de consideraciones locales respecto de un lenguaje en particular” (Jackson, *op. cit.*, p. 33). Respecto del término “análisis”, me parece que este tipo de proceso intelectual podría ser descripto más apropiadamente como un tipo de *explicación*. De hecho, Shapiro se concentra no tanto en la pregunta “¿qué es el derecho?”, sino más bien en la pregunta “¿por qué los usuarios del lenguaje poseen esta noción del derecho?”. Solo una respuesta a la segunda pregunta proporciona acceso a la primera cuestión. Si ello es así, Shapiro podría haber denominado su método como “explicación de los usos del lenguaje ordinario” en lugar de “análisis conceptual”, si bien claramente la primera etiqueta es mucho menos atractiva para los filósofos del derecho.

como método para la filosofía del derecho si se lo integra con otras formas de razonamiento²³.

En definitiva, la concepción que Shapiro tiene de la metodología de la filosofía del derecho puede ser resumida como sigue. Primero, una investigación acerca de la naturaleza del derecho ha de recoger la mayor cantidad posible de verdades obvias. Por ejemplo, supóngase que $F(T)$ es el conjunto de verdades acerca del derecho consideradas obvias por la mayor parte de los hablantes competentes. Siguiendo a Moore, podríamos denominar estos elementos como el conjunto de “las asunciones de sentido común acerca del derecho”. T puede incluir, como afirma Shapiro, “Todos los sistemas jurídicos tienen jueces”, “Todo sistema jurídico cuenta con instituciones para cambiar el derecho”, “La autoridad jurídica es conferida por reglas jurídicas”, “Es posible obedecer el derecho aunque uno no crea que está moralmente obligado a hacerlo”, etcétera²⁴. Segundo, $F(T)$ ha de ser coherentizado eliminando errores y resolviendo desacuerdos conceptuales; además ha de ser integrado mediante los truismos ocultos hT que pueden ser descubiertos usando estrategias compensatorias. Tercero, el conjunto de tesis resultante $F(T+hT)$ se identifica mediante un enunciado existencial R que corresponde a $F(T+hT)$ tal como: “Existe un X que de manera característica posee instituciones para ser modificado, impone obligaciones, cuya autoridad es otorgada mediante leyes, es obedecido incluso si uno no cree estar moralmente obligado a hacerlo, etc.”²⁵. Una vez hecho esto, el análisis conceptual explica bajo qué condiciones

²³ Para Shapiro, “no deberíamos tener una confianza excesiva” respecto de las afirmaciones que señalan una propiedad como formando parte de la naturaleza del derecho y deberíamos estar dispuestos a modificar nuestros puntos de vista. Shapiro, *op. cit.*, p. 46.

²⁴ Shapiro, *op. cit.*, p. 41.

²⁵ Bajo este esquema, el enunciado existencial R usado para explicar nuestras asunciones de sentido común acerca del derecho debería tener la estructura de un enunciado a la Ramsey, *i. e.* una fórmula cuantificada existencialmente en la que todos los términos teóricos secundarios de la teoría del derecho deben ser reemplazados por variables vinculadas (véase Ramsey, F., *Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 112 y ss.). Efectivamente, Shapiro parece hacer referencia aquí a la versión modificada de los enunciados de Ramsey que Jackson usa para identificar las propiedades éticas. Cfr. Jackson, *op. cit.*, pp. 140-141.

la descripción del derecho en *R* es verdadera. Con relación a nuestro ejemplo el resultado del análisis sería el siguiente:

(1) Si las cosas son de tal y cual modo según la explicación *E* de *R*, entonces *R* es verdadero.

De este modo, el relato acerca de la naturaleza del derecho, usando el vocabulario de sentido común de un hablante competente, se “hace verdadero” gracias al relato que usa un vocabulario más fundamental²⁶. Este resultado conceptual es falible y revisable pero, desde el punto de vista de Shapiro, el método apenas delineado es la mejor estrategia que los teóricos del derecho tienen a disposición para descubrir los criterios de identidad y las propiedades necesarias del derecho.

El proceso intelectual apenas descrito posee dos aspectos cruciales, estrictamente relacionados entre sí y sobre los que vale la pena concentrarse. En primer lugar, al igual que en todo “trabajo de detective”, debe proponerse una hipótesis que pueda ofrecer la mejor explicación *E* de las asunciones de sentido común acerca del derecho. En segundo lugar, debe identificarse cuál es el vocabulario que encaja mejor con esa explicación. Respecto de la primera cuestión, la hipótesis más básica de Shapiro en *Legalidad* es que “somos seres que planifican”²⁷. ¿Qué significa esto? Las palabras “plan” y “planificar” se refieren aquí a una propiedad básica de las acciones humanas que ha sido analizada por primera vez en el trabajo filosófico de Michael Bratman. Según Bratman, uno de los aspectos distintivos de la psicología humana es que los seres humanos desean numerosos fines pero se enfrentan a

²⁶ Véase Jackson, *op. cit.*, p. 28.

²⁷ Shapiro, *op. cit.*, p. 161. Nótese que la afirmación “somos seres que planifican” es hipotética no en el sentido que el análisis conceptual podría mostrar que se trata de una afirmación equivocada. Según Shapiro, esta afirmación se refiere a un hecho psicológico que no requiere ser puesto en cuestión por el análisis. Es la hipótesis a partir de la cual se infiere la explicación de nuestras asunciones de sentido común acerca del derecho.

una seria escasez de recursos y a la necesidad de coordinación²⁸. Los planes estructuran el razonamiento práctico y la deliberación guiando nuestros cursos de acción. En particular, los planes reducen los costos de la deliberación e imponen exigencias de coherencia entre nuestras creencias y nuestros deseos. De hecho, sobre la base del principio de racionalidad instrumental, una vez que un plan de acción ha sido adoptado se impone la exigencia racional de llevarlo a cabo, sin deliberación ulterior. Esto permite a los individuos tomar decisiones racionales en situaciones en las que no tienen tiempo para deliberar, les permite también involucrarse en proyectos complejos y extendidos en el tiempo, les permite coordinar sus actividades y trabajar conjuntamente para alcanzar la misma meta. De este modo, los individuos pueden “lograr bienes y realizar valores que de otra forma serían inalcanzables”²⁹. Si bien la idea de que somos criaturas planificadoras se apoya en un conjunto de asunciones psicológicas acerca de cuáles son las propiedades básicas de los seres humanos, la idea en sí no es, en el análisis de Shapiro, una tesis psicológica. Se trata, en cambio, de una tesis conceptual (en el sentido metafísicamente orientado que hemos previamente señalado). Una tesis a partir de la cual puede construirse una explicación plausible de la naturaleza del derecho. Ello es así puesto que la noción de plan nos ofrece la clave para resolver la paradoja de la autoridad, en cuanto, desde el punto de vista de Shapiro, esta noción explica por qué un cierto tipo de hechos sociales genera genuinas obligaciones.

Respecto de la segunda cuestión, Shapiro asume que el vocabulario de la filosofía de la acción es el que mejor encaja con una explicación de la naturaleza del derecho. Shapiro señala aquí que las preguntas “¿qué es el derecho?” y “¿qué son los sistemas jurídicos?” son ambiguas, en el sentido de que pueden referirse tanto a una investigación sobre la naturaleza de las normas jurídicas como a una investigación acerca de la naturaleza de las organizaciones jurídicas. Ahora bien, la teoría del derecho analítica tradicionalmente ha estudiado el fenó-

²⁸ Bratman, M., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 2 y ss.

²⁹ Shapiro, *op. cit.*, p. 160.

meno jurídico “analizando las normas producidas por las organizaciones jurídicas en vez de las organizaciones que las producen”³⁰. Sin embargo, el análisis organizacional se ha vuelto una característica predominante en las ciencias sociales y se ha demostrado fructífero para la explicación de los fenómenos sociales. Dado que los sistemas jurídicos “tienen estructuras institucionales distintivas destinadas a conseguir ciertos objetivos políticos”, la falta de interés por el análisis organizacional causa sorpresa. De hecho, para Shapiro, preguntarse “por qué los agentes económicos se organizan en empresas en lugar de realizar transacciones independientes en el mercado en forma continua”³¹ es un prerrequisito de toda investigación acerca de la naturaleza de las normas jurídicas. Una respuesta a esta pregunta puede ser ofrecida por los filósofos de la acción, quienes en los últimos años han proveído el vocabulario necesario para el análisis de la naturaleza de los grupos y de la acción colectiva. Por lo tanto, esta rama de la filosofía parece poseer los recursos explicativos que hacen falta para dar cuenta de nuestras asunciones de sentido común acerca del derecho.

Sin embargo, el aspecto más original del uso que en *Legalidad* Shapiro hace del esquema de Jackson es el modo en que se obtiene la mejor explicación de la naturaleza del derecho. Como hemos visto, Shapiro afirma que existen numerosas “estrategias compensatorias” que pueden ayudarnos en el análisis conceptual. Entre ellas, la más importante es la “estrategia constructivista”. Cuando usa esta estrategia, el filósofo del derecho “comienza con una situación no-jurídica muy simple y fácil de comprender. Después utiliza este escenario para realizar una comparación con el derecho e intenta imaginar qué sería necesario para transformarlo en un sistema jurídico”³². En particular, mediante esta estrategia, y a partir del hecho que los seres humanos son criaturas planificadoras, Shapiro *deduce* el modo en el que este hecho afecta la acción individual, el comportamiento de grupos pequeños, la organización de actividades a gran escala, e incluso actividades

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

³¹ *Ibidem*, p. 31.

³² *Ibidem*, p. 48.

jerárquicamente estructuradas, masivas e institucionalizadas como el derecho. Esta construcción intelectual pretende justificar la afirmación metafísica según la cual “la actividad jurídica es una forma de planificación social [...]. Siguiendo esta idea, las reglas jurídicas son ellas mismas planes generalizados, o normas similares a los planes, emitidas por quienes están autorizados a planificar para otros”³³. Sobre la base de una comparación con otras formas de explicación, la teoría de los planes es, de hecho, considerada la mejor explicación de las asunciones de sentido común acerca del derecho. El resultado final del análisis conceptual es por lo tanto el siguiente:

(2) Si el derecho es una actividad de planificación que posee las propiedades *a*, *b*, *c*, y *d*, entonces *R* es verdadero, y el derecho necesariamente posee las propiedades *a*, *b*, *c* y *d*.

En efecto, esta afirmación aclara la respuesta que Shapiro da a la pregunta de la identidad: “la existencia del derecho [...] refleja el hecho de que los seres humanos somos seres que planifican, dotados de capacidades cognitivas y volitivas para organizar el comportamiento a lo largo del tiempo y entre las personas a fin de alcanzar metas muy complejas”³⁴. En otras palabras, aquello que hace de las leyes *el derecho* es que son planes, o normas similares a planes, y nada más.

Sobre la base de la reconstrucción precedente, los compromisos metodológicos que asume la teoría del derecho de Shapiro pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- (a) *El compromiso metafísico*: la teoría del derecho lleva adelante una investigación metafísica acerca de la naturaleza del derecho, dirigida a descubrir los criterios de identidad y las propiedades necesarias de las entidades jurídicas.
- (b) *El compromiso con el análisis conceptual*: la investigación metafísica en teoría del derecho se apoya en el análisis conceptual, es decir,

³³ *Ibidem*, pp. 200-201.

³⁴ *Ibidem*, p. 202.

busca explicar los hechos jurídicos necesarios mediante hechos necesarios más fundamentales.

- (c) *El compromiso con el constructivismo*: los hechos necesarios más fundamentales, relativos a la naturaleza del derecho, pueden ser descubiertos mediante una teoría que ofrezca la mejor explicación de las asunciones de sentido común acerca del derecho.
- (d) *El compromiso con una explicación institucional del derecho*: la teoría que mejor da cuenta de la naturaleza del derecho es la teoría de la planificación social acerca de las actividades compartidas institucionalizadas.

Los compromisos metodológicos de Shapiro son especialmente atractivos y cautivadores. Asumen que la pregunta metafísica acerca de la naturaleza del derecho puede ser objeto de análisis conceptual y, de este modo, ofrecen una nueva perspectiva para la filosofía del derecho. Esta perspectiva se diferencia tanto de la teoría del derecho naturalizada como del enfoque estilo Oxford para el estudio de conceptos jurídicos. Pero, al mismo tiempo, este método da lugar a algunas dificultades teóricas que serán señaladas y discutidas en la sección siguiente. Comenzaré concentrándome en el compromiso con una explicación institucional del derecho, y luego retrocederé al resto de los compromisos.

IV. Planes y obligaciones jurídicas

La teoría del derecho como plan es el resultado teórico más importante de *Legalidad*. Según esta teoría, las normas jurídicas son planes, o normas similares a planes. Más precisamente, las propiedades que poseen las normas jurídicas, según el cuadro delineado por el vocabulario de sentido común, son idénticas a las propiedades que los planes poseen, de acuerdo con el vocabulario explicativo de segundo orden de la teoría de la planificación social.

Vale la pena notar, sin embargo, que la noción de plan fue originalmente introducida por Michael Bratman en respuesta a un problema teórico particular, que no se relacionaba con las instituciones sociales

ni con las actividades masivamente compartidas, como el derecho. La noción de plan se vincula al problema que ponen los cursos de acción cuya explicación no queda cubierta por el modelo básico de la intencionalidad, constituido por la combinación creencia-deseo. Se trata de situaciones en las que la consecución de nuestras metas requiere, típicamente, un tipo de guía y coordinación a lo largo de un espacio prolongado de tiempo, que nuestras creencias y nuestros deseos ordinarios no parecen ofrecer. Los planes, en cambio, permiten explicar este tipo de intencionalidad que implica un particular compromiso con acciones futuras. Es decir, un tipo de intencionalidad-estabilidad cuyo contenido *deriva de*, y subsecuentemente *condiciona* temporalmente, las actitudes humanas hacia uno mismo y los demás.

En consecuencia, la noción de plan es particularmente robusta y se revela más exigente desde el punto de vista metafísico, cuando es usada para identificar las propiedades necesarias de las entidades sociales. De hecho, una entidad legal es un plan si, y solo si, (1) es el resultado de un proceso orientado a un propósito, (2) su estructura es parcial y anidada, (3) tiene la pretensión de resolver la pregunta acerca de cómo actuar y (4) hace que sus destinatarios tengan la disposición a cumplir con ella³⁵. Ahora bien, la pregunta es: ¿tienen *todas* las normas jurídicas estas propiedades específicas? Shapiro sabe bien cuáles son las implicaciones de esta pregunta y diseña la noción de plan con el objetivo de evitar problemas categoriales. Manteniendo la orientación metodológica de este trabajo, quisiera señalar una cuestión no categorial, sino condicional. Mi pregunta es: ¿si las normas jurídicas fueran planes, harían el mismo trabajo que las normas jurídicas actualmente hacen en nuestra vida de todos los días?

Para responder a esta pregunta, vale la pena concentrarse en la supuesta propiedad disposicional de los planes. Según Shapiro, los planes crean una disposición al cumplimiento en el sentido que, quienes han adoptado el plan se ven racionalmente *obligados* a ejecutarlo³⁶.

³⁵ Shapiro, *op. cit.*, p. 279.

³⁶ Según Shapiro, los planes “no solo son entidades positivas que tienen una estructura anidada, sino que se forman en un proceso que dispone a sus sujetos a obrar en con-

Por ejemplo, si adopto el plan de escribir este artículo, todas las demás cosas constantes, constituiría un autoboicot no usar todos los medios disponibles para ejecutar el plan, tal como usar mi ordenador portátil, si se acepta que mi ordenador portátil es uno de los mejores medios para tal fin³⁷. Para decirlo con otras palabras, si la racionalidad instrumental exige que use mi ordenador portátil, entonces debo usarlo para alcanzar el fin que he planificado.

Bueno, uno podría argumentar que esta conclusión carece de justificación, puesto que no existe una razón evidente para afirmar que los planes *implican una obligación* de adoptar un determinado medio, para obtener un cierto fin. Según John Broome, por ejemplo, si yo no creo que debo usar mi ordenador portátil para escribir este artículo, aun cuando esto sea lo que debo hacer para alcanzar el fin que he planificado, no estoy racionalmente obligado a usar mi ordenador portátil para escribir este artículo. En efecto, los deseos y la intención que la racionalidad instrumental exige que yo posea, no son aquellos que debo poseer, a menos que ciertas condiciones relativas a mis creencias se vean satisfechas. Al mismo tiempo, es bastante común que la satisfacción de una condición impuesta por la racionalidad instrumental no contribuya a permitirme alcanzar lo que he planificado. E incluso, algunas veces ello impedirá que logre alcanzar el fin que había planificado. Supongamos, por ejemplo, que creo que no debo escribir este trabajo usando mi ordenador portátil porque no funciona muy bien, pero mi creencia es falsa; mi ordenador portátil funciona perfectamente y es el único medio eficaz para el fin que he planeado. Si he de satisfacer las exigencias de la racionalidad instrumental, mi intención será la de no usar el ordenador portátil, y probablemente no lo usaré. Si esto es así, entonces para satisfacer las exigencias de la racionalidad instrumental, no he de hacer lo que debo hacer. En general, cuando la racionalidad exige que haga *M*, donde *M* es un medio eficaz para un

formidad. En consecuencia, salvo que exista una disposición a observarlas, las normas creadas para guiar la conducta de los miembros de la comunidad no serán planes” (*ibidem*, p. 227).

³⁷ Shapiro sostiene que la racionalidad instrumental exige a los agentes que adoptan los medios para sus fines sin deliberación ulterior: véase *ibidem*, p. 165.

fin planificado, puede que no sea el caso que yo deba hacer M y puede que sea el caso que yo no deba hacer M ³⁸. De este modo, si la racionalidad instrumental exige que yo haga M , ello no es claramente una razón *suficiente* ni *necesaria* para que yo haga M . Ello es así puesto que la racionalidad instrumental es normativa, no en el sentido de obligar al agente a adoptar un medio para un cierto fin, sino meramente en el sentido que exige que entre las actitudes proposicionales de los agentes (creencias, deseos, intenciones, etc.) se dé una particular relación de coherencia.

La falta de fuerza motivacional, que caracteriza a la racionalidad instrumental, se vuelve más evidente en el caso de las actividades sociales institucionalizadas, es decir, cuando los planes individuales se ven determinados por una planificadora anónima, como podría ser el caso de un parlamento o de una autoridad administrativa. Incluso si admitimos, en beneficio de la discusión, que los planes instancian genuinas obligaciones cuando funcionan como “normas internas” y guían la deliberación del agente³⁹, es todavía un misterio cómo los planes pueden producir en los agentes la disposición al cumplimiento cuando funcionan como “normas externas”, es decir, como normas que no intervienen en la deliberación y el razonamiento práctico de sus destinatarios. En esta situación, los planes no son *suficientes* para motivar el comportamiento individual, puesto que no implican ningún compromiso por parte de los destinatarios de adoptar un determinado medio para alcanzar el fin planificado⁴⁰.

³⁸ Broome, J., “Does Rationality Give Us Reasons?”, *Philosophical Issues*, 15, 2005, pp. 321-337. Véase también Wallace, R. J., “Normativity, Commitment, and Instrumental Reason”, *Philosophers’ Inprint*, 1, 2001, pp. 1-26; Smith, M., “Instrumental Desires, Instrumental Rationality”, *The Aristotelian Society Supplementary Volume*, 78, 2004, p. 97 y ss.

³⁹ Bratman, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰ Christine Korsgaard y Joseph Raz han propuesto una línea de razonamiento diferente, pero que conduce a conclusiones similares. Desde su punto de vista, no existen razones para perseguir un fin en cuanto tal. De hecho, “una situación en la que no seguimos los medios para nuestros fines puede ser una situación mejor que aquella en la que sí lo hacemos” (Raz, J., “The Myth of Instrumental Rationality”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 1, 2005, p. 17). El enunciado según el cual debemos hacer M , donde M es un medio efectivo para P , depende del *contenido* de P . Véase Korsgaard, C. M.,

En definitiva, lo que quiero señalar aquí es que la racionalidad instrumental no parece ser normativa, en el mismo sentido en el que el derecho lo es. Así, los planes no instancian obligaciones de ningún tipo; los planes, en cambio, instancian un compromiso hacia la coherencia medio-fin que permite evaluar el comportamiento humano. En consecuencia, si las normas jurídicas fueran planes, ellas no harían el trabajo que actualmente hacen en la vida de todos los días, es decir, no instanciarían genuinas obligaciones ni serían autoritativas⁴¹. Para dar cuenta de la normatividad del derecho y para resolver la Paradoja de la autoridad, Shapiro debería *agregar* algo a los planes, o admitir que los planes supervienen sobre otras entidades normativas más fundamentales.

De hecho, Michael Bratman excluye este tipo de explicación. Según Bratman, la razón instrumental posee una “base más profunda”, a saber, “las estructuras de planificación intertemporal e interpersonal son, en parte, constitutivas de [...] formas de *integridad* intertemporal y de formas de *autogobierno* y *sociabilidad* intertemporales que consideramos altamente valiosos”⁴². Pero si los planes descansaran sobre valores morales tales como la integridad, el autogobierno y la sociabilidad intertemporal, entonces algunas de las tesis centrales de *Legalidad* deberían ser modificadas. Según la versión que Shapiro ofrece de la *Social Fact Thesis*, la existencia de un plan compartido no depende de la existencia de ningún hecho moral⁴³. Por ejemplo, los planes fundamentales de un sistema jurídico pueden ser injustos o abyectos y no contar con el apoyo de la población; sin embargo, “si la mayoría de los funcionarios

“The Normativity of Instrumental Reason”, en Cullity, G. y Gaut, B. (eds.), *Ethics and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 215-254. En particular, una meta adquiere relevancia normativa solo si (a) vale la pena, y (b) es efectivamente una meta contingente del agente. De ello se sigue que tener un plan de obtener un fin no es suficiente para seguir los medios necesarios para obtener ese fin.

⁴¹ *Contra*, sin embargo, Bratman, M., *Structures of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 195 y ss.

⁴² Bratman, M., “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason. New Essays in the Philosophy of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 56, las cursivas son mías.

⁴³ Shapiro, *op. cit.*, p. 224.

acepta un plan públicamente accesible y diseñado para ellos, entonces existirá el plan compartido”⁴⁴. Pero si la tesis de Bratman acerca de la existencia de una “base más profunda” es correcta, entonces esta afirmación de Shapiro debería ser modificada del siguiente modo: no es suficiente que la mayoría de los funcionarios acepte el plan maestro de un sistema jurídico para que ese plan exista. Es necesario que el plan aceptado satisfaga los valores de la integridad, del autogobierno y de la sociabilidad intertemporales. Esto no significa que un sistema jurídico no pueda ser injusto o abyecto. Pero la existencia de planes jurídicos dependerá simplemente de su capacidad para realizar, al menos, aquellos valores humanos que hacen que los planes impongan obligaciones y que aseguran su función de coordinación, incluso si el contenido de la planificación social es injusto o siniestro.

Esta condición ulterior, para la existencia de la planificación jurídica, modificaría significativamente el cuadro de la relación entre derecho y moral ofrecido por Shapiro. Desde el punto de vista de Shapiro, el derecho está necesariamente conectado con la moral, en el sentido de que los planes jurídicos son un tipo de tecnología social, que permite a los seres humanos resolver problemas morales que no podrían resolver de otra manera, aun cuando no sea necesario que los funcionarios se aboquen a consideraciones morales para determinar el contenido del derecho. Sin embargo, si se asume que la tesis de Bratman acerca de las bases más profundas es correcta, se sigue que los planes jurídicos inmorales existen si, y solo si, desempeñan al menos las funciones morales impuestas por los valores de la integridad, el autogobierno y la sociabilidad. En el caso de los planes jurídicos inmorales, los funcionarios tampoco deben abocarse a consideraciones morales para determinar el contenido del derecho, pero si no desempeñan las funciones morales básicas, entonces los planes no son ya aptos para crear obligaciones y por lo tanto no son ni siquiera planes. Si esto es así, el cuadro de Shapiro acerca de la relación entre derecho y moral se acerca sorpresivamente a la idea de “la moral interna del derecho” defendida por Fuller, con la diferencia que, en *Legalidad*, el carácter orientado a propósitos

⁴⁴ *Ídem*.

del sistema jurídico se ve garantizado por el principio de racionalidad instrumental. Sobre la base de este análisis la teoría del derecho como plan no puede, tal como en cambio pretendería Shapiro, ser vista como una mera versión actualizada del positivismo jurídico. Shapiro intenta, de hecho, superar la distinción tradicional entre positivismo jurídico y teoría del derecho natural⁴⁵ construyendo un cuadro de la naturaleza del derecho en el que la legalidad y la moral están necesariamente relacionadas, el derecho inmoral es posible, y el contenido del derecho no puede ser concebido independientemente de algunos fines morales.

El punto que he intentado señalar aquí puede ser resumido como sigue. Un primer desafío para el proyecto de Shapiro consiste en especificar cuáles son las bases más profundas de los planes y cómo estos poseen aptitud para generar obligaciones. Este desafío podría conducir a Shapiro a precisar (o incluso modificar) algunas de las tesis centrales presentadas en *Legalidad*. De acuerdo con el propósito de este trabajo, sin embargo no será necesario intentar establecer con mayores detalles cómo esta tarea podría ser realizada. Debemos en cambio analizar las razones que han llevado a Shapiro a proponer un cuadro de la naturaleza del derecho que posee este problema. ¿Cuál es el recorrido metodológico que subyace a la idea según la cual las normas jurídicas son planes o normas similares a planes? Una respuesta parcial a esta pregunta puede encontrarse en el segundo compromiso del método teórico-jurídico usado por Shapiro, a saber, el compromiso con una explicación constructivista del derecho.

⁴⁵ Según la distinción tradicional entre positivismo jurídico y derecho natural, este último afirma que el contenido de las leyes depende necesariamente de lo que exige la moral, mientras que el primero no. De acuerdo con esta imagen tradicional, se sigue que para el derecho natural la ley inmoral es imposible, mientras que ello no es así para el positivismo jurídico. Véase sobre esto Coleman, J., "The Architecture of Jurisprudence", *The Yale Law Journal*, 121, 2011, pp. 2-80. Shapiro efectivamente supera esta distinción al sostener que la ley inmoral es posible y que el contenido de las leyes necesariamente depende de lo que exige la moral.

V. Constructivismo

Como hemos visto, Shapiro sostiene que una de las técnicas más útiles para el análisis conceptual es la “estrategia constructivista”. Para descubrir la naturaleza del derecho, se puede construir un sistema jurídico hipotético a partir de una situación no jurídica, y especificar aquello que es necesario agregar a esa situación no jurídica para transformarla en un sistema jurídico. Las ventajas de esta estrategia son tres, afirma Shapiro. Primero, “permite a los filósofos descartar aquellas propiedades que son características meramente contingentes de la legalidad”. De este modo, la estrategia permite a los filósofos descubrir las propiedades necesarias del derecho y desarrollar un análisis no circular de ellas⁴⁶. Shapiro observa que esta es la estrategia usada por el mismo Hart en *El concepto de derecho*. La situación del asaltante es el punto de partida no jurídico de una explicación de la naturaleza del derecho que avanza marcando la distinción entre estar obligado y tener una obligación, y concluye analizando la estructura del sistema jurídico y la naturaleza de la regla de reconocimiento. Shapiro parece abrazar la misma estrategia en *Legalidad*. Su punto de partida es la situación no jurídica del plan de cocinar junto a un amigo, avanza mediante el análisis de los dispositivos organizativos que han de ser agregados para que la planificación sea posible, con relación a grupos cada vez más grandes, hasta llegar a la planificación de actividades compartidas de carácter masivo y altamente institucionalizadas como el derecho.

Si bien las estrategias constructivistas de Hart y Shapiro son parecidas, no son idénticas. Existe una importante diferencia entre ellas. En el relato de Hart, la situación del asaltante es aquello que el derecho no puede ser. En el relato de Shapiro, planear cocinar en conjunto con un amigo es aquello que todavía no es derecho. Esta última forma de actividad social posee el genotipo funcional de toda forma de actividad compartida (incluidas las actividades jurídicas), mientras que el cuadro del asaltante de Hart no las posee. Al mismo tiempo, las condiciones agregadas por Hart a la situación de partida ayudan a resaltar, de un

⁴⁶ Shapiro, *op. cit.*, pp. 48-49.

modo crítico, por qué el derecho no puede ser reducido a la amenaza de un asaltante. Por el contrario, las condiciones que Shapiro agrega buscan demostrar que el derecho puede ser visto como reflejando *in crescendo* la actividad de cocinar en conjunto con un amigo.

Desde un punto de vista metodológico, esto es posible gracias al hecho que los planes son usados para identificar una regularidad, recursiva, en el modo en que funciona la guía del comportamiento humano. Esto permite al análisis conceptual explicar la naturaleza de un fenómeno social masivo, reconstruyéndolo como un conjunto de regularidades funcionales cada vez más complejas, pero que poseen idénticas propiedades funcionales⁴⁷. Para lograr esto, el análisis conceptual procede de la siguiente manera: cada uno de los conceptos jurídicos relevantes –tales como OBLIGACIÓN, CONTRATO, PROPIEDAD, LEGISLATURA, SISTEMA JURÍDICO, AUTORIDAD, etc.– es explicado mediante la identificación de las condiciones bajo las cuales la planificación social produce las mismas situaciones que ordinariamente cubre el concepto a explicar. Por ejemplo, para explicar el concepto SISTEMA JURÍDICO es necesario determinar, en primer lugar, cuáles son los problemas que la planificación social enfrenta en aquellas situaciones que ordinariamente cubre el concepto SISTEMA JURÍDICO. Y luego, en segundo lugar, es necesario especificar bajo qué condiciones la planificación social resuelve esos mismos problemas y, de ese modo, vuelve verdadero el concepto ordinario. Así, la noción de plan funciona como un mecanismo recursivo que calcula, tal como lo hace la máquina de Turing, qué es necesario para que una determinada función sea satisfecha en un dominio diferente e incrementalmente mayor.

Las ventajas de este tipo de explicación son obvias. Evita la circularidad y el regreso al infinito, dos dificultades que tradicionalmente ha tenido que sortear el análisis conceptual. Asimismo, el problema del fundamento del derecho, un problema que por lo general se considera ha de resolver una investigación sobre la naturaleza del derecho, resulta

⁴⁷ Por Shapiro, “las tecnologías de la planificación, incluso las más complejas que son activadas por el derecho, pueden ser construidas mediante la agencia humana exclusivamente” (*Ibidem*, p. 202).

excluido de la agenda filosófica, puesto que la esencia del derecho puede ser explicada ahora en términos meramente funcionales. Este tipo de explicación genera, sin embargo, algunos inconvenientes. De hecho, el análisis teórico-jurídico se limita ahora al estudio de aquellos aspectos del fenómeno jurídico, o aquellas propiedades de una entidad jurídica determinada, que satisfacen la relación funcional que está en la base del derecho. ¿Asegura esta estrategia la mejor explicación de la naturaleza del derecho? Parecería que ello no es el caso, al menos sobre la base de las siguientes dos razones.

En primer lugar, el método usado por Shapiro para construir su teoría consiste en proyectar las propiedades de un microfenómeno, como la planificación individual, sobre un macrofenómeno masivo, como el derecho, lo que acarrea el riesgo de una generalización apresurada. Los macrofenómenos sociales no poseen necesariamente las mismas propiedades constitutivas que los microfenómenos sociales. Considérese, por ejemplo, nuestra concepción estándar de legislatura. Según la teoría del derecho como plan, la legislatura es una institución jurídica en la que un grupo de criaturas planificadoras planifican para otros, lo que permite la coordinación y el control social. Ahora bien, ¿la planificación legislativa, posee las mismas propiedades constitutivas que la planificación individual? Como hemos visto, la planificación individual involucra actitudes de intención caracterizadas por la consistencia y la coherencia medio-fin. Un ser humano es un agente planificador solo si asume el compromiso de cumplir con esas reglas de racionalidad. Por el contrario, legislar no involucra necesariamente tales actitudes. Las leyes suelen ser el resultado irracional de coaliciones efímeras y de agendas políticas arbitrarias. Aún más, el contenido del derecho no puede ser reconducido a las intenciones de las personas que lo crearon, puede ser solo en el sentido débil de que los legisladores tenían la intención de crear derecho, pero no en el sentido fuerte de que todos los legisladores tenían la intención de crear la misma ley⁴⁸. En este sentido, lo que comúnmente denominados “intención del legislador” no posee las mismas propiedades constitutivas que posee la intención individual.

⁴⁸ Véase Raz, J., *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 265 y ss.

En segundo lugar, el método que Shapiro usa para la construcción teórica tiende a proyectar las propiedades necesarias y relevantes de los macrofenómenos apenas mencionados sobre *todos* los subfenómenos que equivalen a este. De este modo, es posible que la teoría del derecho como plan no capture las propiedades relevantes de una *determinada* entidad o de un *determinado* fenómeno jurídicos, *i. e.*, qué es lo que hace que esa entidad o fenómeno sea lo que es y qué lo distingue de otras entidades o fenómenos. Si ello es correcto, entonces los conceptos jurídicos así diseñados no darían cuenta de ciertas afirmaciones sobre la entidad conceptualizada enraizadas en nuestras asunciones ordinarias acerca del derecho. Algo así sucede si consideramos, por ejemplo, los conceptos de PROPIEDAD y CONTRATO. Para Shapiro, las reglas de la propiedad y los contratos son planes institucionalizados que permiten la planificación privada. Así, afirma que “las reglas sobre propiedad [...] pueden comprenderse como planes generales cuya función es crear las condiciones favorables para que emerja un orden espontáneamente”⁴⁹. Pero esta descripción no captura algunas propiedades relevantes de las entidades legales. El propietario de una porción de terreno no está obligado a cumplir con un determinado propósito funcional. La concepción estándar de la propiedad inmueble incluye, entre otras cosas el *jus abutendi*, *i. e.*, “el derecho de destruir o dañar [lo que nos pertenece], si así lo deseamos”⁵⁰. Igualmente, el contratante tiene la facultad de asumir una obligación aun si no maximiza sus intereses desde el punto de vista de la racionalidad instrumental. En este sentido, la propiedad inmueble y los contratos parecen ser expresión de un modelo normativo de acción que no puede ser reducido a la planificación, o que no son planes *en el mismo sentido funcional* en el que, por ejemplo, el derecho *antitrust* lo es.

⁴⁹ Shapiro, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁰ Pound, R., “The Law of Property and Recent Justice”, *American Bar Association Journal*, 25, 1939, p. 997. Una discusión crítica del “derecho a extinguir” en el derecho angloamericano puede verse en McCaffery, E. J., “Must We Have the Right to Waste?”, in Munzer, S. R. (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 76-105; Penner, J. E., “‘The Bundle of Rights’ Picture of Property”, *UCLA Law Review*, 43, 1996, pp. 711-820.

Brevemente, me parece que la estrategia constructivista de Shapiro posee un carácter recursivo que tiende a confundir entidades legales heterogéneas, *i. e.*, que tiende a reducirlas a un único genotipo funcional que oscurece sus diferencias. La estrategia constructivista de Hart, por el contrario, es sobre todo disyuntiva. Se concentra en aquello que distingue fenómenos tales como estar obligado y tener una obligación, las regularidades sociales y las reglas sociales, la obligación jurídica y la obligación moral, las reglas primarias y las reglas secundarias, etc. De este modo, Hart implícitamente propone un cuadro ontológico más rico y mejor articulado, sobre el que regresaré en la última sección de este artículo.

Obviamente, podría alegarse que esta objeción no da en el blanco. La teoría del derecho consiste en una investigación sobre las propiedades esenciales de las entidades jurídicas que han de ser descubiertas a través del análisis conceptual. No se preocupa por las propiedades contingentes de las legislaturas, los contratos o los derechos de propiedad. Esta respuesta es sin embargo errónea. Si se concibe el análisis conceptual como un tipo de inferencia a la mejor explicación, las propiedades en cuestión han de ser no solo necesarias, sino también *interesantes*. Para dar un ejemplo de esto, uno podría explicar la explosión de un auto-bomba en el centro de Kabul en términos de las propiedades físicas necesarias de las moléculas individuales que determinaron la explosión, pero esto no sería una explicación interesante del evento en *todo* ámbito de discurso. Shapiro incluso admite que la relevancia de una propiedad depende del contexto⁵¹. Pero, desde su punto de vista, que esos criterios dependan del contexto no implica que la naturaleza del derecho dependa del contexto. De acuerdo con el esquema metafísico de *Legalidad*, existe un, y solo un, conjunto de propiedades relevantes que identifican a las entidades legales en todo mundo posible. La

⁵¹ “Que los filósofos consideren interesante una determinada propiedad necesaria dependerá, en alguna medida, del contexto específico: dependerá de qué cuestiones y fenómenos parecen más desconcertantes en un momento dado. Cada generación identifica nuevos problemas, y estos nuevos desafíos centrales inciden en las propiedades que los filósofos del derecho intentarán catalogar y estudiar” (Shapiro, *op. cit.*, p. 35).

teoría del derecho podría fracasar en descubrirlas, pero esto no afecta el modo en que el mundo realmente es.

Numerosas preguntas pueden ser formuladas respecto de esta reconstrucción crítica de la estrategia que Shapiro propone para construir una teoría del derecho. En cuanto concierne a nuestro propósito aquí, vale la pena concentrarse nuevamente en la fuente de los problemas metodológicos previamente señalados. De hecho, si se mira más atentamente, se advierte que las inconsistencias entre la explicación micro y la macro, que pueden surgir durante la construcción de una teoría, dependen del modo en el que se analizan los fenómenos sociales. Esto dirige nuestra atención hacia el análisis conceptual y el original modo en el que es concebido en *Legalidad*.

VI. ¿Qué semántica para el análisis conceptual?

Shapiro sostiene que el análisis conceptual constituye una empresa metafísica. El análisis conceptual permite a la teoría del derecho identificar las condiciones de identidad y las propiedades necesarias de las entidades jurídicas. ¿De qué modo?

Hemos visto que el análisis conceptual se desarrolla en dos etapas. Primero, se reconstruye nuestra concepción ordinaria de los hechos centrales del derecho, lo que permite aislar los casos en los que es *posible* que el derecho exista. Segundo, estos casos posibles son divididos entre aquellos en los que los hechos específicos acerca del derecho tienen lugar y aquellos en los que no. Esto se lleva a cabo mediante la construcción teórica. Según Shapiro, la teoría del derecho como plan identifica las condiciones necesarias para la producción de los casos posibles y ofrece la mejor explicación de este hecho básico.

Los teóricos del derecho familiarizados con el análisis conceptual seguramente poseerán una preocupación preliminar respecto de esta asunción. De acuerdo con el modelo estándar de análisis, la necesidad conceptual desborda la necesidad metafísica, puesto que una determinada afirmación puede ser conceptualmente verdadera y, al mismo tiempo y bajo la misma descripción, ser metafísicamente falsa.

Es conceptualmente verdadero que las brujas están poseídas por el demonio pero esto no es metafísicamente verdadero, puesto que esto no es así en todo mundo posible, y deberíamos estar agradecidos por ello. Pero, ¿bajo qué condiciones, entonces, la necesidad conceptual se corresponde con la necesidad metafísica?

Para resolver esta cuestión pueden ser usadas dos estrategias que, a su vez, se corresponden con dos enfoques diferentes de la ontología social. De acuerdo con la primera estrategia, la estructura de la realidad refleja, en algún modo, la estructura de nuestros conceptos. Este es el caso, por ejemplo, del cuadro que John Searle presenta de las instituciones sociales y de las entidades jurídicas. Un cuadro basado en las reglas constitutivas y en la intencionalidad colectiva⁵². Desde esta perspectiva, una afirmación acerca de la naturaleza del derecho es verdadera o falsa, pero no es metafísicamente objetiva. El tipo de necesidad que este enfoque ofrece es epistémico y asume, además, que existe una discontinuidad ontológica entre los hechos empíricos o brutos y los hechos institucionales, algo que no encaja bien con el proyecto de Shapiro.

De acuerdo con la segunda estrategia, por el contrario, nuestros conceptos reflejan, de algún modo, la estructura de la realidad. En otras palabras, una verdad conceptual acerca de los contratos identifica una propiedad necesaria de los contratos solo si el concepto CONTRATO, y aquellos contratos con los que nos topamos en la vida diaria, poseen esa misma estructura profunda. La idea general que subyace a esta estrategia es que tanto los conceptos jurídicos como los hechos jurídicos son entidades complejas, y que los constituyentes últimos de los conceptos se *corresponden* con los constituyentes últimos de los hechos, en el sentido que estos últimos determinan la verdad de los primeros. Si, de hecho, esto no fuera así, entonces sería un misterio cómo es que logramos salir adelante en nuestra vida diaria, *i. e.*, cómo es que logramos responder exitosamente a los estímulos externos, transmitir información verdadera a los demás, satisfacer nuestras necesidades contrayendo matrimonio o comprando una casa, etc. La interacción entre seres humanos, la comunicación lingüística, las prácticas socia-

⁵² Véase Searle, J., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.

les y las instituciones jurídicas funcionarían por arte de magia. Por lo tanto, a menos que existan algunas razones específicas en contra, podemos asumir que la estructura de nuestro pensamiento y de nuestro lenguaje refleja categorías ontológicas genuinas, o sea, que en cierto grado esa estructura es la que es *en virtud de* la estructura del mundo.

Si todo esto es cierto, entonces hay buenas noticias para los filósofos del derecho que aún tienen estima por el análisis conceptual. Desde este punto de vista, las condiciones de referencia de nuestros conceptos son analíticas. Así, la teoría del derecho es capaz todavía de descubrir la naturaleza del derecho mediante, casi únicamente, una reflexión cuidadosa y no tanto mediante la observación. Y puede hacer esto dado que las asunciones de sentido común expresadas en las verdades obvias sobre el derecho revelan la estructura profunda de lo que hay ahí afuera.

Para construir este tipo de explicación no alcanza, sin embargo, con enumerar todas nuestras intuiciones acerca del derecho y ofrecer una teoría que explique las condiciones que determinan qué concepto se corresponde con cuáles hechos. Es necesario además afrontar el problema relativo a cómo los conceptos jurídicos pueden ser *acerca* de cosas, propiedades y relaciones. Esto es, el análisis conceptual ha de afrontar el problema semántico, *i. e.*, ha de mostrar cómo son posibles las relaciones de correspondencia. Ahora bien, con relación a este aspecto, el enfoque semántico asumido por la metodología de Shapiro me parece insatisfactorio en virtud de las dos razones siguientes:

(1) *Semántica superficial e indeterminación*. Nuestras asunciones de sentido común acerca de los casos posibles de derecho no son necesariamente verdaderas⁵³. Shapiro correctamente observa que, hasta cierto punto, podemos equivocarnos acerca de cuáles son las verdades autoevidentes respecto de una entidad jurídica. Asimismo, las personas pueden razonar de modo falaz, ignorar evidencia relevante, carecer de imaginación, hacerse ilusiones, y todo esto da lugar a desacuerdos entre ellas respecto de las propiedades necesarias del derecho⁵⁴. Pero existe un problema más serio, un problema que puede llevar a los filósofos del derecho a cometer un error sistemático. Las verdades obvias acerca del derecho podrían expresar sim-

⁵³ Véase Jackson, *op. cit.*, p. 38 y ss.

⁵⁴ Shapiro, *op. cit.*, p. 42 y ss.

ples similitudes superficiales entre juegos de lenguaje. Palabras tales como “juez”, “parlamento”, “regla”, “derecho”, etc., son ambiguas y vagas; se usan en sentidos bastante diferentes en ámbitos espacio-temporales diferentes, y admiten casos fronterizos que a veces no es fácil resolver. Por lo tanto, no es obvio cómo el análisis de enunciados que contienen estos términos-conceptos vagos y ambiguos, y cuyos sentido y referencia cambian radicalmente en el espacio y en el tiempo, puedan ser de ayuda para construir una lista de las propiedades esenciales de las entidades jurídicas.

(2) *Relevancia*. El método constructivista de Shapiro persigue aislar las propiedades *necesarias* y *relevantes* (o interesantes) de las entidades jurídicas mediante el análisis conceptual. Sin embargo, no resulta muy claro cómo se satisface la condición de relevancia. Si la relevancia es determinada de manera holística, *i. e.*, observando los aspectos sociales y culturales de un fenómeno jurídico sin recurrir a hipótesis analíticas, Shapiro se dirige hacia el relativismo ontológico⁵⁵, que no encaja bien con su concepción de la pregunta de la identidad (volveré sobre esto en la última sección de este artículo). Si la condición de relevancia se satisface sobre la base de cómo es el mundo, el método de Shapiro para la investigación jurídico-filosófica parece descansar en una forma de conocimiento que no depende de la experiencia. Desde este punto de vista, las verdades relevantes y necesarias acerca de la naturaleza del derecho pueden ser derivadas *a priori*, mediante el análisis conceptual, a partir de verdades que son *a posteriori* y *contingentes*, como las verdades obvias acerca del derecho. Está bien lejos de ser obvio, sin embargo, cómo ello puede ser llevado a cabo.

(3) *Redundancia del análisis*. El enfoque de Shapiro respecto de la teoría del derecho corre el riesgo de cometer el “el error de leer el mundo como si poseyera las propiedades del lenguaje”⁵⁶. Si asumimos que una tesis acerca de la naturaleza del derecho se correlaciona con una entidad jurídica a través de convenciones lingüísticas, entonces esa tesis no refleja *necesariamente* la estructura interna de la realidad social. Por lo tanto, es *posible* que una imagen de la naturaleza del derecho que se corresponde

⁵⁵ Véase Quine, *Word and Object*, *op. cit.*, pp. 58 y 77.

⁵⁶ Austin, J., “Truth”, *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 24, 1950, p. 129.

con la teoría del derecho de sentido común no sea una imagen fiable, y que dé una imagen del derecho que meramente refleja nuestros prejuicios, deseos, valores, en lugar de reflejar lo que el derecho realmente es. Ahora bien, en esta discusión, el hecho de que el metafísico no tenga a disposición un punto de vista ontológico independiente del lenguaje es relevante por razones metodológicas. Una vez que un esquema lingüístico es convencionalmente aceptado como ontología, y una vez que se acepta también que no existe una correlación necesaria entre la estructura del lenguaje y la estructura de la realidad, entonces las cuestiones ontológicas pueden ser respondidas simplemente mediante la investigación empírica. Si las premisas apenas mencionadas son verdaderas, el análisis conceptual no tiene nada para decir a la metafísica y a la filosofía en general.

(4) *Ceguera semántica*. Que exista una correspondencia entre la teoría del derecho de sentido común y la realidad social, tal como asume Shapiro, no es algo que pueda ser constatado, y ello no es algo bueno para la filosofía. Vale la pena advertir, a este respecto, que el enfoque metafísico de Shapiro con relación a la naturaleza del derecho es condicional, no categorial. Nos dice cuál es la naturaleza del derecho *si* la correspondencia señalada existe. Pero *Legalidad* no ofrece ninguna evidencia de que esta condición se vea satisfecha, puesto que esto no es una tarea para el análisis conceptual. Desde un punto de vista semántico, esto me parece una posición teórica bastante similar al punto alcanzado por Wittgenstein al final del *Tractatus*, donde propone una concepción de la relación entre el lenguaje y el mundo que es inaccesible para nosotros. Al igual que el primer Wittgenstein, Shapiro parece sostener la idea de que las estructuras lingüísticas reflejan estructuras ontológicas a través de una cartografía semántico-conceptual, pero cómo es que esto sucede es algo que no puede ser explicado y ha de ser asumido como cierto. Tal como sugiere Wittgenstein en el *Tractatus*, Shapiro no se preocupa acerca de esta cuestión y “arroja la escalera, una vez que ha subido por ella”⁵⁷. Todo lo que necesitamos saber es que la teoría del derecho como plan parece funcionar bastante bien. Desde un punto de vista filosófico,

⁵⁷ Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, London-New York, Routledge & Kegan Paul, 1961, 6.54.

sin embargo, la solución de la escalera no es satisfactoria, tal como el mismo Wittgenstein ha argumentado. E incluso, esquivar este problema nos lleva a una metodología completamente diferente para la metafísica, el análisis conceptual y la teoría del derecho.

VII. La pregunta de la identidad y el pluralismo ontológico

La tesis que intentaré defender en este artículo es que los problemas metodológicos que hemos considerado hasta aquí dependen del modo en que Scott Shapiro ha diseñado la pregunta de la identidad. La exagerada extensión de la teoría de los planes, el reduccionismo en la construcción teórica y la ceguera semántica poseen todos la misma fuente. Descansan en el modo de concebir la pregunta “¿qué es el derecho?”. En esta última sección intentaré mostrar por qué ello es así y ofreceré una posible vía de salida. Al hacer esto, no ofreceré una mirada diferente de la pregunta de la identidad, sino que simplemente esbozaré al respecto una línea de razonamiento diferente, también estimulada por el modo en que Shapiro diseña esa pregunta. Como se verá, lo que sigue será también parte de la discusión filosófica del trabajo de Shapiro y no constituye, ni pretende hacerlo, una perspectiva filosófica autónoma.

Como hemos visto en la sección previa, desde el punto de vista de Shapiro la pregunta de la identidad es la pregunta central que ha de responder una investigación acerca de la naturaleza del derecho. Esto es perfectamente consistente con la metafísica contemporánea, en la que se considera que los predicados de existencia expresan típicamente relaciones de identidad, siguiendo las ideas de Quine al respecto. Por ejemplo, cuando una abogada afirma que “el contrato existe” está en realidad afirmando que “es el caso que existe una cosa y esta cosa es idéntica a un contrato”⁵⁸. El problema es que las condiciones bajo las

⁵⁸ Es famoso el argumento de Quine según el cual “tenemos una noción bastante aceptable de clase, o de objeto o atributo físico, o de cualquier otro tipo, sólo en tanto y en cuanto tenemos un principio aceptable de identificación de esa clase de objetos. No hay entidades sin identidad”. Quine, W.V.O., *Theories and Things*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981, p. 102.

cuales las relaciones de identidad se verifican no son obvias. Existen numerosas sendas filosóficas para abordar esta cuestión. Las identidades *à la* Locke típicamente dependen de la ubicación espacio-temporal de los objetos. Así, si x e y se encuentran en el mismo lugar en el mismo momento, entonces $x=y$. Las identidades mereológicas dependen de cómo las partes se relacionan con el todo. Así, si x e y se componen de las mismas partes, entonces $x=y$. A su vez, las identidades *à la* Leibniz dependen de las características cualitativas de los objetos. Así, si x e y poseen las mismas propiedades, entonces $x=y$. Shapiro hace suya la última, es decir, la concepción racionalista de las relaciones de identidad. Tal como hemos visto, para “exponer un conjunto de propiedades que hacen de las instancias (reales o posibles) de X el objeto que son” es necesario dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de la identidad (véase la sección 2).

¿Cuáles son las consecuencias que se siguen de concebir de este modo la pregunta de la identidad? Brevemente, se asume que las entidades jurídicas consisten en un único universo de hechos. Estos hechos poseen el mismo conjunto de propiedades básicas y el mismo modo de existencia, por lo que resultan cubiertas por un único cuantificador. Este conjunto de propiedades unifica las normas, las prácticas y las instituciones jurídicas, como también nuestras actitudes y nuestro discurso acerca del derecho. Esta asunción básica justifica, a su vez, la idea de que existe una correspondencia entre las asunciones del sentido común acerca del derecho y la realidad jurídica, justifica la explicación de los hechos jurídicos mediante una función recursiva que se ve satisfecha en todos los ámbitos jurídicos, y justifica la tesis según la cual el derecho es una actividad que genera genuinas obligaciones.

Ahora bien, ¿es esta la mejor manera de dar cuenta del problema relativo a la identidad de las entidades jurídicas? Seguramente no es el único. Quisiera explorar una línea alternativa de razonamiento, que sigue las pistas ofrecidas por el modo en que Geach ha abordado el problema de la identidad⁵⁹. Para Geach, los enunciados de identidad que poseen la forma “ $x=y$ ” son incompletos. Si digo que x es mejor que y , esto no tiene

ningún sentido si no agrego que x es mejor que y en términos de fuerza, color, velocidad, gusto, etc. Igualmente, cuando digo que “ x es idéntica a y ”, se trata de una expresión incompleta que abrevia “ x es lo mismo que y ”. Y en este caso es necesario agregar a la expresión inicial que x e y son el mismo contrato, la misma ley, el mismo ministro, el mismo Estado, etc. Más precisamente, las relaciones de identidad dependen del dominio de valores sobre el que se extiende el alcance del cuantificador existencial. Esta tesis ha sido comúnmente interpretada como un tipo de relativismo ontológico. En el discurso filosófico-jurídico, esta tesis implicaría que *el* derecho como tal no existe; lo que *cuenta como* derecho depende del dominio metafísico seleccionado por el observador no comprometido, y en consecuencia depende de los hechos e intereses no jurídicos involucrados en la investigación teórico-jurídica. Pero la tesis de Geach podría ser reconstruida de un modo distinto. Una entidad legal está constituida por conjuntos diferentes de propiedades pertenecientes a diferentes dominios de discurso⁶⁰. Si esto es así, entonces términos tales como “ley”, “contrato”, “propiedad”, etc., sufren de una múltiple ambigüedad, a saber, se refieren a *conjuntos diferentes de propiedades* cuando son aplicados a discursos pertenecientes a dominios diferentes. De esto se sigue que, por ejemplo, las normas poseen un determinado conjunto de propiedades en el dominio de la moral, pero poseen un conjunto diferente en el dominio de la religión, en el dominio del derecho, como también, hasta cierto punto, en el dominio de la ley de contratos, de propiedad, de responsabilidad penal, etc., según cuál sea el uso del término “norma” en cada uno de esos dominios. Desde esta perspectiva, por lo tanto, los criterios de identidad de una entidad jurídica reflejan una irreducible pluralidad de *tipos* de discursos, *i. e.*, de múltiples juegos de lenguaje en los cuáles se considera que tal entidad posee determinadas propiedades.

Según este tipo de “pluralismo ontológico”, por lo tanto, una entidad social como una norma jurídica existe en más de un modo y

⁶⁰ Un dominio del discurso (o esquema lingüístico) está constituido por el conjunto de términos de un lenguaje y el conjunto de reglas que gobiernan su uso. La posición deflacionista de la ontología defendida aquí fue inicialmente formulada en Carnap, R., “Empiricism, Semantics and Ontology”, *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1950, pp. 20-40.

(probablemente) no se encuentra disponible un principio general que unifique los distintos modos de ser de las entidades jurídicas. Además, el pluralismo ontológico considera que la pregunta de la identidad es una pregunta acerca de los usos del lenguaje que instancian un determinado esquema lingüístico, y no como una doctrina metafísica. El monismo de Shapiro afirma que cada uno de estos dominios autónomos de hechos sociales es en realidad parte, junto a los demás, de un único universo o de una única totalidad *metafísica*, que puede ser discutida analizando el lenguaje ordinario. Por el contrario, el pluralismo ontológico niega, antes que nada, la unidad del *lenguaje*. El pluralismo ontológico sostiene que los diferentes usos del lenguaje comparten solo sus propiedades superficiales –que pueden ser capturadas, por ejemplo, observando las verdades obvias acerca del derecho– pero que son fundamentalmente distintos. Al mismo tiempo, todas las afirmaciones ordinarias de existencia referidas a entidades jurídicas están circunscriptas a un dominio del discurso, que constituye el alcance del cuantificador existencial⁶¹.

Por supuesto, el pluralismo ontológico ha de enfrentar sus propios problemas metodológicos. Entre otras cosas, y sobre la base del “principio de economía”, ha de determinar cuáles son los límites de “tolerancia pluralista” para evitar que el número de entidades jurídicas aumente más allá de lo necesario⁶². Asimismo, ha de proporcionar los criterios para identificar cuáles son los dominios de discurso relevantes, junto con una explicación de cómo se superponen y encajan entre ellos. El pluralismo de discurso posee, sin embargo, sus propias ventajas metodológicas. A diferencia del monismo metafísico, implícitamente suscripto por Shapiro, no padece de ceguera semántica. Ello en cuanto la base, de toda explicación ontológica de la realidad, es proveída por un

⁶¹ Véase McDaniel, K., “Ways of Being”, en Chalmers, D., Manley, D. y Wasserman, R. (eds.), *Metametaphysics: New Essays of the Foundation of Ontology*, Oxford, Clarendon Press, 2009, pp. 1290-319; Hirsh, E., “Quantifier Variance and Realism”, *Philosophical Issues*, 12, 2002, pp. 51-73; Price, H., “Metaphysical Pluralism”, *The Journal of Philosophy*, 89, 1992, pp. 387-409.

⁶² Para una solución del problema, véase Turner, J., “Ontological Pluralism”, *The Journal of Philosophy*, 107, 2010, pp. 28 y ss.

esquema lingüístico que fija las propiedades necesarias y relevantes de una entidad jurídica. Asimismo, una versión pluralista de la pregunta de la identidad no incurre en el reduccionismo del constructivismo teórico. Un conjunto de propiedades necesarias es descripto como una función de múltiples dominios del discurso que dan cuenta del contexto en el que se considera existe una entidad jurídica. Las leyes, los testamentos, los contratos, los tribunales, los parlamentos, todos poseen propiedades necesarias *diferentes* bajo diferentes descripciones en diferentes dominios del discurso. Finalmente, el pluralismo ontológico no necesita recurrir a un mecanismo recursivo unificador, como los planes, para dar cuenta de todos los aspectos de la realidad jurídica. Sobre la base de este enfoque, el sobrecompromiso explicativo que afecta a la teoría del derecho como plan puede ser evitado. La planificación social identifica las propiedades necesarias de las normas jurídicas en *determinados* dominios del discurso. En particular, se trata de los dominios en los que la racionalidad instrumental gobierna las prácticas lingüísticas que involucran normas jurídicas, según ciertas necesidades y propósitos sociales. Pero la planificación social no da cuenta de las propiedades necesarias de las normas jurídicas en *todos* los dominios. Da cuenta de algunos aspectos relevantes de la realidad social e institucional desde un punto de vista no privilegiado. Sobre la base de esto, el pluralismo ontológico podría producir un esquema prometedor para investigar la naturaleza del derecho. Aceptar este esquema llevaría a la teoría del derecho a abandonar algunas de sus tesis universalistas, pero esto debería ser una ventaja en tanto en cuanto permitiera a los filósofos del derecho alcanzar un análisis más fino de la naturaleza de las entidades jurídicas. Para terminar, estoy de acuerdo con Shapiro en que el mundo social es “sumamente plural”⁶³. Pero esta circunstancia admite diferentes explicaciones. El mundo social podría ser altamente pluralista debido a que existe un *único* universo de hechos sociales si bien altamente diferenciado y articulado, tal como sostiene Shapiro. O, en cambio, podría ser el caso que el mundo social sea altamente pluralista debido a que existen *múltiples* universos de hechos, propiedades y discursos sociales, que son consistentes y están

⁶³ Shapiro, *op. cit.*, p. 36.

ontológicamente determinados, y de los cuales depende la naturaleza del derecho.

Bibliografía

- Austin, J., "Truth", *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 24, 1950, pp. 111-128.
- Canale, D., "Consequences of Pragmatic Conceptualism. On the Methodology Problem in Jurisprudence", *Ratio Juris*, 22, 2009, pp. 171-186.
- Carnap, R., "Empiricism, Semantics and Ontology", *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1950, pp. 20-40.
- Coleman, J. L., "Naturalized Jurisprudence and Naturalized Epistemology", *Philosophical Topics*, 29, 2001, pp. 113-128.
- Coleman, J.L., "The Architecture of Jurisprudence", *The Yale Law Journal*, 121, 2011, pp. 2-80.
- Bentham, J., *Rationale of Judicial Evidence*, Vol. 3, London, Hunt & Clarke, 1827.
- Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.
- Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Bratman, M. E., "Intention, Belief, Practical, Theoretical", en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason. New Essays in the Philosophy of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 29-61.
- Broome, J., "Does Rationality Give Us Reasons?", *Philosophical Issues*, 15, 2005, pp. 321-337.
- Dickson, J., *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland, Hart, 2001.
- Enoch, D., "Reasons-Giving and the Law", en Green, L. y Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights. Second edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Fuller, L. L., *The Morality of Law. Revised edition*, New Haven-London,

- Yale University Press, 1969.
- Geach, P. T., "Identity", *Journal of Metaphysics*, 21, 1967, pp. 3-12.
- Greenberg, M., "How Facts Make Law," en Hershovitz, S. (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Greenberg, M., "Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law", *Law & Philosophy*, 30, 2011, pp. 419-451.
- Harman, G. H., "The Inference to the Best Explanation", *The Philosophical Review*, 74, 1965, pp. 88-95.
- Himma, K. E., "Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy", en Freeman, M. y Harrison, R. (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Hirsch, E., "Quantifier Variance and Realism", *Philosophical Issues*, 12, 2002, pp. 51-73.
- Jackson, F., *From Metaphysics to Ethics. A Defense of Conceptual Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945.
- Korsgaard, C. M., "The Normativity of Instrumental Reason", en Cullity, G. y Gaut, B. (eds.), *Ethics and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 215-254.
- Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- McCaffery, E. J., "Must We Have the Right to Waste?", en Munzer, S. R. (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 76-105.
- McDaniel, K., "Ways of Being", en Chalmers, D., Manley, D. y Wasserman, R. (eds.), *Metametaphysics: New Essays of the Foundation of Ontology*, Oxford, Clarendon Press, 2009, pp. 1290-319.
- Oberdiek, J. y Patterson, D., "Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology", en Freeman, M. y Harrison, R. (eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 60-75.

- Penner, J. E., “The Bundle of Rights’ Picture of Property”, *UCLA Law Review*, 43, 1996, pp. 711-820.
- Pound, R., “The Law of Property and Recent Justice”, *American Bar Association Journal*, 25, 1939, pp. 993-998.
- Price, H., “Metaphysical Pluralism”, *The Journal of Philosophy*, 89, 1992, pp. 387-409.
- Quine, W. V. O., *Word and Object*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1960.
- Quine, W. V. O., “On Carnap’s Views on Ontology”, en Id., *The Ways of Paradox and Other Essays*, New York, Random House, 1966.
- Quine, W. V. O., *Theories and Things*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981.
- Ramsey, F., *Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays on the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Raz, J., “The Myth of Instrumental Rationality”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 1, 2005, pp. 1-28.
- Raz, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Schauer, F., “The Best Laid Plan”, *Yale Law Journal*, 120, 2011, pp. 586-621.
- Searle, J., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Smith, M., “Instrumental Desires, Instrumental Rationality”, *The Aristotelian Society Supplementary Volume*, 78, 2004, pp. 93-109.
- Turner, J., “Ontological Pluralism”, *The Journal of Philosophy*, 107, 2010, pp. 5-34.
- Wallace, R. J., “Normativity, Commitment, and Instrumental Reason”, *Philosophers’ Inprint*, 1, 2001, pp. 1-26.
- Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, London-New York, Routledge & Kegan Paul, 1961.

La paradoja de la autoridad: el positivismo jurídico y el fundamento del derecho

*The Possibility Puzzle: Legal Positivism
and the Ground of Law*

Francesca Poggi*

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: El objetivo de este ensayo es discutir una paradoja sobre los orígenes del derecho, que Shapiro analiza ampliamente en su libro, señalándola como una prueba clave para toda la teoría jurídica: la Paradoja de la Autoridad (PA). En resumen, por un lado, alguien tiene el poder de crear normas jurídicas solo si una norma existente le confiere ese poder, pero, por otro lado, una norma que confiere el poder de crear normas jurídicas solo existe si alguien que tiene el poder de crearla la crea. En este trabajo voy a tratar de mostrar (i) que una vez que adoptamos algunas distinciones, la paradoja de Shapiro se desvanece; (ii) que todos los positivistas jurídicos solucionan de la misma manera la paradoja en cuestión, y que esto se sigue directamente de la definición de derecho ofrecida por el positivismo jurídico; (iii) que todos los problemas, conectados con la paradoja y antes mencionados, han sido ya resueltos por la teoría iuspositivista del derecho.

* Profesora, Dipartimento Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano, Italia. E-mail: francesca.poggi@unimi.it. Quiero agradecer a todos los participantes y organizadores del seminario sobre el libro de Scott Shapiro, *Legality*, por sus observaciones y sugerencias. Quiero agradecer también a Diego dei Vecchi y Federico José Arena tanto por la ayuda prestada en la traducción de este texto al español, como por sus agudos comentarios.

Palabras clave: paradoja de la autoridad, positivismo jurídico, regla de reconocimiento, poder.

Abstract: The aim of this essay is to discuss a puzzle concerning the law, which Shapiro analyses in his book. Briefly, the problem is that in order to *get* legal power, one must already *have* legal power. In this essay I will sustain, firstly, that once we adopt a legal positivist point of view, the puzzle vanishes or, better, it turns into a not puzzling question; secondly, that all the legal positivists (including Hart and Austin) give the same answer to that question, and this because that answer stems from (is implicit in) the very concept of legal positivism; finally, that the underlying problems (previously mentioned) had already been solved by a legal positivist theory. With regard to the last point, I will try to vindicate Hart's theory against Shapiro's criticisms, although I will acknowledge that some corrections must be made.

Keywords: possibility puzzle, legal positivism, rule of recognition, power.

I. La paradoja de la autoridad

El objetivo de este ensayo es discutir una paradoja sobre los orígenes del derecho, que Shapiro señala y analiza ampliamente en su libro. Mi tarea no es simple, ya que la paradoja de Shapiro está íntimamente relacionada con problemas muy complejos y muy controvertidos en la filosofía del derecho, como la metodología de la teoría jurídica, el estatus lógico de los enunciados normativos, el deber judicial de aplicar el derecho, y la relación entre deberes morales y deberes jurídicos. El libro de Shapiro tiene sin dudas el mérito de haber señalado la importancia de esta paradoja como una prueba clave para toda la teoría jurídica. Sin embargo, en este trabajo voy a tratar de mostrar (i) que una vez que adoptamos algunas distinciones analíticas, la paradoja de Shapiro se desvanece o, mejor dicho, resulta no ser paradójica en absoluto; (ii) que todos los positivistas jurídicos solucionan de la misma manera la paradoja en cuestión, y que esto no podría ser de otro modo en tanto que tal solución se sigue directamente de la definición de derecho ofrecida por el positivismo jurídico; (iii) que todos los problemas, conectados con la paradoja y antes mencionados, han sido ya resueltos por la teoría

iuspositivista del derecho. Con respecto al último punto, voy a tratar de reivindicar la teoría de Hart frente a las críticas de Shapiro, aunque reconozco que son necesarias algunas correcciones.

Según Shapiro, cualquier intento de explicar cómo el derecho ha sido inventado se enfrenta a una paradoja, que denomina Paradoja de la Autoridad (PA). Esta paradoja puede resumirse de la siguiente manera:

Huevo: Un sujeto está facultado para crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere esa potestad.

Gallina: Una norma que faculta a crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con la potestad para hacerlo la ha creado¹.

En suma, el problema es que “a fin de adquirir potestad jurídica, uno debe ya tener potestad jurídica”². En otras palabras: ¿qué fue primero, el huevo o la gallina?

Shapiro señala que los iusnaturalistas y los positivistas jurídicos proponen soluciones diferentes a la PA.

Los teóricos (contemporáneos) del derecho natural piensan que el derecho no está determinado solo por hechos sociales, sino que la autoridad jurídica debe fundarse, en última instancia, en normas morales. En suma, los iusnaturalistas (contemporáneos) eligen la gallina y rechazan el huevo: creen que hay normas (normas morales, que pertenecen a la ley natural) que confieren el poder de crear normas jurídicas y que, sin embargo, no fueron ellas mismas creadas por alguien autorizado por otras normas, o, mejor dicho, que no fueron creadas en absoluto.

Por el contrario, los positivistas jurídicos afirman que el derecho es, en última instancia, determinado solo por hechos sociales. Según Shapiro, las soluciones iuspositivistas a la PA no son homogéneas.

¹ Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, p. 70.

² *Ibidem*, p. 67.

Shapiro analiza dos de estas soluciones: la solución de Austin y la de Hart. En el apartado siguiente voy a examinar cómo Shapiro reconstruye las soluciones ofrecidas por estos dos autores y cuáles son las críticas que les dirige.

I.2. Las soluciones de Austin y Hart (según Shapiro)

Según Shapiro, Austin rechaza el huevo (y elige la gallina) en cuanto sostiene que el poder de crear normas jurídicas no (siempre) tiene que ser otorgado por otras normas. Según Austin, la soberanía se basa en los hábitos de obediencia (el soberano es una persona, o un conjunto determinado de personas, que es habitualmente obedecido y que no obedece a nadie), de modo que no hay necesidad de postular una norma que confiera el poder soberano.

Shapiro, de acuerdo con Hart, sostiene que la solución de Austin no puede explicar tres características esenciales de todo sistema jurídico: la continuidad, la persistencia y la limitación³. Por otra parte, Shapiro cree que el intento de Austin de cumplir con la Ley de Hume no fue exitoso. Austin trató de evitar la deducción de un ‘deber ser’ de un ‘ser’ configurando los conceptos jurídicos, y los enunciados y los juicios de valor en que ocurren, como descriptivos. Así, siendo descriptivos, y no normativos, los juicios sobre deberes y derechos podrían derivarse de enunciados sobre hábitos de obediencia y probabilidades, que tienen a su vez un carácter meramente descriptivo. En otras palabras, Shapiro sostiene que, de acuerdo con Austin, el siguiente razonamiento es meramente descriptivo (en términos de Shapiro, es un patrón DEDS):

- (i) Si el soberano ha promulgado la norma primaria ‘Todos deben hacer *p*’ y la norma secundaria ‘Quién no hace *p* debe ser castigado con la sanción *S*’, entonces,
- (ii) Todos deben (tienen la obligación de) hacer *p*

³ Véase *Ibidem*, pp. 108-11.

La premisa (i) y la conclusión (ii) son descriptivas y, según Austin, son idénticas a:

(i) Si el que es habitualmente obedecido y que no obedece a ninguna otra persona expresa su voluntad de que todos deben hacer p y expresa también su voluntad de que quien no hace p sea castigado con la sanción S , entonces

(ii) Es probable que, si alguien no hace p , sea castigado con la sanción S

Sin embargo, según Shapiro,

[es] difícil de ver cómo los enunciados que emplean conceptos puramente descriptivos podrían ser utilizados en su forma normal, a saber, para justificar y evaluar. Cuando decimos a otros que están obligados a realizar alguna acción, intentamos expresar una razón para que lo hagan. De igual forma, cuando criticamos a otros por violar sus obligaciones, estamos presuponiendo que debían haber actuado de manera diferente. Decimos que han actuado “de manera incorrecta” y que son “culpables” de una “infracción”. Si algunos conceptos son normativos, estos lo son⁴.

En realidad, me parece que la teoría de Austin puede explicar perfectamente cómo los enunciados sobre obligaciones y deberes, a pesar de ser puramente descriptivos, pueden ser empleados en justificaciones y evaluaciones. Si el soberano ha promulgado la norma primaria ‘Todos deben hacer p ’ y la norma secundaria ‘Quién no hace p debe ser castigado con la sanción S ’, esta es una buena razón para hacer p . En otras palabras, la proposición descriptiva ‘Si no hace p , es probable que sea castigado’ funda la norma técnica (la directiva, en términos de von Wright) ‘Si desea evitar la probabilidad de ser castigado, usted debe hacer p ’. La razón para hacer p es que no se desea ser (probablemente) castigado. El deseo de no ser castigados es una muy buena razón para hacer varias cosas. De la misma manera, los enunciados descriptivos de Austin se pueden

⁴ *Ibid.*, p. 112-113.

emplear para evaluar: se puede criticar a alguien porque ha hecho algo por lo cual será castigado. Sin embargo, es evidente que, según Shapiro, estos enunciados y estos conceptos a veces tienen un significado diferente. A veces, según Shapiro, al afirmar que alguien debe hacer p , o que no hacer p está mal, queremos expresar normas, juicios prescriptivos. Pero esto no significa que la teoría de Austin no cumpla con la ley de Hume; solo significa que no se corresponde con nuestras intuiciones acerca de la función de los enunciados sobre deberes y derechos.

Según Shapiro, la estrategia de Hart para resolver la PA consiste, en cambio, en rechazar la gallina: Hart afirma que, mientras que los poderes deben ser otorgados por normas, las normas pueden ser creadas por alguien que no tenía la autoridad para hacerlo. De hecho, de acuerdo con Hart,

[l]a afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho⁵.

Las críticas de Shapiro contra Hart consisten en sostener que las normas sociales no pueden reducirse a prácticas sociales ni son necesariamente generadas por prácticas sociales. De hecho, Shapiro sostiene que, de acuerdo con Hart,

Para crear una regla social, los individuos no tienen que tener autoridad; en lugar de ello, solo se requiere que participen en

⁵ Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 110 (137). [N. E.: citado en la traducción de la primera edición de Genaro Carrió: Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

una práctica social. Ello en tanto la teoría de las practicas sociales entiende que las reglas sociales son solo prácticas sociales⁶.

Shapiro objeta que las normas sociales no pueden reducirse a las prácticas sociales ya que normas y prácticas pertenecen a diferentes categorías metafísicas. Por otra parte, Shapiro afirma que incluso la tesis más débil, según la cual las normas sociales son generadas por prácticas sociales, no funciona: muchas de nuestras prácticas sociales no generan regla social alguna. Shapiro muestra este punto a través del siguiente ejemplo:

Entre los miembros de la clase profesional en Estados Unidos, se acepta en general que no se debe fumar incluso cuando nadie más resulte afectado. Los fumadores son cotidianamente criticados por los no-fumadores. Fumar, dicen, es “una tontería”, un “hábito desagradable” y da un “mal ejemplo”. Además, estos no-fumadores no son criticados por otros no-fumadores por realizar tales críticas. Sin embargo, no hay regla social en contra de fumar solo o con otros fumadores⁷.

Creo que estas críticas a Hart no son convincentes.

En primer lugar, no estoy segura de que Hart identifique normas sociales con prácticas sociales. Como escribe Shapiro: “las reglas sociales son creadas simplemente en virtud de que son aceptadas y practicadas por los miembros del grupo”⁸. La aceptación es importante, así como la práctica y, si existe una diferencia metafísica fundamental entre prácticas y normas, no estoy tan segura de que tal diferencia fundamental exista también entre normas y actitudes de aceptación.

De todos modos, el punto fundamental es que, como se puede deducir también de la cita de Shapiro, la práctica y la actitud de aceptación no son ellas mismas normas sociales, sino condiciones de existencia de normas sociales. Para citar a Hart, “para que *exista* una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una

⁶ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 133.

⁷ *Ibid.*, p. 143.

⁸ *Ibid.*, p. 133.

pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo”⁹, y “en la *existencia* de reglas sociales está de por medio una combinación de conducta regular con una actitud distintiva hacia esa conducta en cuanto pauta o modelo de comportamiento”¹⁰. Por lo tanto, me parece que Hart adopta la tesis débil: la que afirma que las normas sociales son generadas por las prácticas sociales. Como hemos visto, Shapiro objeta que no todas las prácticas sociales, aceptadas como estándares generales, generan normas sociales. ¿Es esta tesis correcta? ¿No existe realmente una regla social contra el tabaquismo dentro de la clase profesional en los Estados Unidos? Por supuesto que no existe una prohibición jurídica de fumar (en una casa particular o al aire libre), pero ¿qué pasa con otros tipos de normas sociales? Ciertamente no decimos que, entre la clase profesional en los Estados Unidos, existe una obligación de no fumar, pero de acuerdo con Hart,

no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación [...] Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande¹¹.

Podemos pensar que dentro de la clase profesional en Estados Unidos existe una regla social contra el tabaquismo (una regla que pertenece a la moral de ese grupo social), pero que la presión social y la demanda de conformidad no son (aún) lo suficientemente generales y fuertes como para que esta regla sea concebida en términos de obligación. Se trata de una cuestión de grado: una respuesta clara no es posible. En otras palabras, aquí nos preguntamos si existe una norma consuetudinaria contra el tabaquismo. La existencia de normas consuetudinarias es una cuestión muy compleja. Tan compleja que, para

⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 56 (71), énfasis agregado.

¹⁰ *Ibid.*, p. 85 (106), énfasis agregado.

¹¹ *Ibidem*, pp. 85-86 (107).

resolverla, en la comunidad primitiva imaginada por Hart fue necesario introducir la regla de reconocimiento.

Por último, me parece que para refutar la solución de Hart a la PA, no es ni necesario ni suficiente demostrar que algunas prácticas sociales no producen reglas sociales. Lo que hay que demostrar es, en cambio, que la práctica concordante de los tribunales, los funcionarios y las personas privadas en la identificación del derecho no puede producir una norma social. Es decir, hay que demostrar que la regla de reconocimiento no puede considerarse existente por el simple hecho de ser aceptada y practicada por los miembros de un grupo.

Shapiro dirige otra objeción a Hart. Según Shapiro, la solución de Hart al desafío de Hume queda seriamente indeterminada.

Prima facie, el concepto de punto de vista interno permite derivar un juicio normativo a partir de un mero hecho, en este caso, del hecho que existe la regla de reconocimiento. Como Shapiro señala:

Puede adoptarse el punto de vista interno hacia la práctica y tratar el patrón de comportamiento como estándar para la guía y la evaluación de la conducta. Y una vez se forma un juicio normativo respecto de la corrección de obedecer la regla de reconocimiento, pueden derivarse otros juicios normativos sobre la validez jurídica, los derechos y las obligaciones¹².

Hart llama a estos juicios 'internos'. Consideremos los dos silogismos siguientes, HS1 (silogismo de Hart 1) y HS2 (silogismo de Hart 2)

HS1

Si la regla de reconocimiento establece que los jueces deben aplicar las normas que cumplen los criterios de validez C_1 , C_2 , C_3 , etc.

Si la regla "Todos deben hacer p " cumple los criterios de validez C_1 , C_2 , C_3 , etc.

Si los jueces aceptan la regla de reconocimiento, entonces

¹² Shapiro, S., *op. cit.*, p. 138.

Los jueces deben aplicar la regla ‘Todos deben hacer *p*’

HS2

Si la regla ‘Todos deben hacer *p*’ existe
Si acepto la regla ‘Todos deben hacer *p*’, entonces
Todos (incluido yo) deben hacer *p*

HS1 es un silogismo judicial: su conclusión, que deriva de la aceptación de la regla de reconocimiento, no es que ‘Todos deben hacer *p*’, sino que los jueces (incluido yo, si soy un juez) deben aplicar la regla ‘Todos deben hacer *p*’. HS2, en cambio, es un silogismo del hombre común: su conclusión se deriva de aceptar no la regla de reconocimiento, sino la norma primaria ‘Todos deben hacer *p*’. Estos dos silogismos son válidos: por lo tanto parece que, si bien la existencia de una norma es un mero hecho, Hart no infringe la ley de Hume.

Sin embargo, según Shapiro, los juicios normativos se pueden emitir sin asumir el punto de vista interno: incluso cuando las personas no aceptan el derecho, es posible para ellas describir las normas jurídicas empleando una terminología normativa.

El hombre malo no acepta estas normas [las reglas secundarias del sistema], pero de todos modos puede redesccribir adecuadamente el derecho en términos de obligaciones, derechos y validez jurídica¹³.

Esta objeción es problemática: no queda claro por qué la redescrición del derecho (como la etiqueta Shapiro) –el hecho de que un hombre malo, que toma el punto de vista externo, pueda redesccribir la ley utilizando la terminología normativa– comprometa seriamente el cumplimiento de la ley de Hume por parte de Hart.

En primer lugar, de acuerdo con Hart, el punto de vista interno se manifiesta con típicas expresiones lingüísticas en el sentido de que si se acepta una norma como estándar general de conducta, entonces se pueden expresar juicios normativos empleando una terminología

típicamente normativa ('debería', 'debe', etc.)¹⁴. Sin embargo, esto no implica (desde el punto de vista lógico) que quien, mediante el uso de una terminología típicamente normativa, exprese juicios normativos, necesariamente acepte las normas. Afirmar lo contrario constituiría una instancia de la falacia lógica de la afirmación del consecuente. Se puede decir públicamente que todos deben pagar los impuestos, aun si no se los paga e incluso si se considera que nadie debería pagarlos. La hipocresía es siempre posible.

En segundo lugar, se puede dudar de que el hombre malo realmente emplee términos normativos de un modo genuinamente normativo, es decir, para expresar normas. Enunciados como 'Todos deben hacer *p*', 'Tengo la obligación de hacer *x*', 'Tengo el derecho a *q*', etc., son ambiguos y pueden expresar tanto normas como proposiciones que describen el hecho de que, en un cierto sistema jurídico, existen o son válidas normas según la cuales 'Todos deben hacer *p*', 'Tengo la obligación de hacer *x*', 'Tengo el derecho a *q*', etc. Así, Shapiro mismo sostiene que los juicios normativos del hombre malo expresan, no normas, sino más bien proposiciones acerca de normas de un sistema jurídico dado. Sin embargo, nada en la teoría de Hart impide adoptar la misma solución.

En tercer lugar, incluso si un hombre malo pudiese expresar juicios normativos de un modo genuinamente normativo, esto no demostraría tampoco que la solución de Hart sea incorrecta, que los silogismos HS1 y HS2 no sean válidos. Solo demostraría que las mismas conclusiones se pueden derivar de premisas diferentes, que la conexión entre las premisas y la conclusión no es un bicondicional material.

En resumen, las críticas de Shapiro contra Austin y Hart no me parecen correctas. A pesar de esto, sin embargo, hay un punto más que quisiera subrayar: creo que las soluciones que Austin y Hart dan a la PA no son tan diferentes como reputa Shapiro. Más aún, creo que las soluciones de Austin y de Hart no podrían ser diferentes, puesto que ambos son iuspositivistas. En otras palabras, creo que la aceptación del positivismo jurídico obliga a resolver la PA de un mismo modo. El verdadero problema es que la PA de Shapiro no está bien formulada.

¹⁴ Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 57 (72).

En la próxima sección intentaré mostrar cómo, al introducir algunas distinciones, la paradoja se desvanece o, mejor dicho, se convierte en una cuestión no paradójica.

II. La solución de la paradoja

Como hemos visto, la PA se puede formular de la siguiente manera:

Huevo: Un sujeto está facultado para crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere esa potestad.

Gallina: Una norma que faculta a crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con la potestad para hacerlo la ha creado.

Como dice el refrán, cuando veas una paradoja, busca una ambigüedad. De hecho, creo que si aplicamos algunas distinciones analíticas la PA desaparece, pero sigue siendo un problema, hay todavía algo que explicar.

Podemos distinguir al menos tres sentidos de ‘norma existente’, dos sentidos de ‘norma jurídica’ y dos significados principales de ‘potestad de crear normas’.

En un primer sentido, una regla existe [1] en un ordenamiento jurídico, OJ, si es creada de acuerdo con todas las normas jurídicas de competencia de OJ. Llamo a este sentido de ‘existencia’, validez. Las normas de competencia son las normas de OJ que regulan la creación de nuevas normas. Esta clase también incluye las normas que atribuyen poder, pero no se agota en ellas¹⁵.

En un segundo sentido, una regla existe [2] en un ordenamiento jurídico, OJ, si pertenece a OJ, si se considera en general una norma jurídica de OJ, aun si no fue creada de acuerdo con todas las normas

¹⁵ Así, Guastini distingue cinco subclases de normas de competencia: cf. Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993; Guastini, R., “Invalidity”, *Ratio Juris*, 7, 1994, pp. 212-226; Guastini, R., “Analysing Legislation (And Some Related Concepts)”, en *Annali Giurisprudenza Genova*, 25, 1993-94, pp. 205-229; Guastini, R., *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001.

jurídicas de competencia de OJ. Llamo este sentido de ‘existencia’, pertenencia¹⁶.

En consecuencia, en un primer sentido, una regla es una norma jurídica [1], es decir, es una regla de un ordenamiento jurídico, OJ, si es válida en OJ, si fue creada de acuerdo con todas las normas de OJ que gobiernan su producción y su contenido normativo. En un segundo sentido, una norma es una norma jurídica [2], esto es, es una regla de un ordenamiento jurídico, OJ, si pertenece a OJ, es decir, si existe [2] en OJ¹⁷.

En un tercer sentido, una regla existe [3] cuando fue formulada. Así, en la literatura jurídico-filosófica, la creación o producción de normas jurídicas se identifica a veces con un acto de habla (*speech-act*), es decir, con la formulación de un enunciado normativo¹⁸. Dicho acto, a su vez, suele denominarse ‘promulgación’¹⁹. Sin embargo, la formulación (la mera existencia de hechos, como la llama Guastini²⁰) de una regla no es una condición suficiente para la existencia de una norma jurídica. Así, por ejemplo, podemos escribir la Constitución del Estado del Banano, y establecer que será obligatoria en el territorio comprendido entre la Universidad Bocconi y la calle *Festa del Perdono*. Pero nuestra Constitución del Estado del Banano no será una constitución jurídica, no será un conjunto de normas jurídicas. Por lo tanto, podemos omitir considerar este tercer sentido de ‘existencia de normas’ y analizar solo los primeros dos, a saber, la existencia como validez y la existencia como pertenencia. La distinción entre estos dos sentidos es importante porque todos los sistemas jurídicos contienen normas que no son válidas en ellos²¹.

¹⁶ Véase Guastini, R., “Analysing Legislation (And Some Related Concepts)”, *op. cit.*

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Véase, por ejemplo, von Wright, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Bulygin, E., “Time and Validity”, en Martino, A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1982, pp. 65-81.

²⁰ Véase Guastini, R., “Analysing Legislation (And Some Related Concepts)”, *op. cit.*

²¹ *Ídem* y Guastini, R., *Il diritto come linguaggio*, *op. cit.*

En primer lugar, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, gobernados por constituciones rígidas, las leyes contrarias a la Constitución se consideran existentes, a pesar de su invalidez, hasta que su incompatibilidad con la Constitución sea declarada por el Tribunal Constitucional. De hecho, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, una regla se considera existente (es decir, perteneciente) –aunque posiblemente no válida– a condición de que haya sido emanada respetando, al menos, algunas normas de competencia, aunque no necesariamente todas ellas²². La simple pertenencia no carece de efecto jurídico: las leyes que pertenecen a un ordenamiento jurídico (aunque no sean válidas), deben ser aplicadas por los tribunales (hasta que el Tribunal Constitucional las declare derogadas, de tal manera que las normas derogadas pierden su ‘pertenencia’, es decir, dejan de pertenecer al ordenamiento jurídico).

En segundo lugar, las normas fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico, como la Constitución de Italia o la Constitución de los EE. UU., no son válidas. Ello en cuanto, no fueron creadas de acuerdo con todas las normas jurídicas de competencia o, más exactamente, no fueron creadas de acuerdo con ninguna norma jurídica de competencia, pero pertenecen a los ordenamientos jurídicos que fundan.

Una reformulación del PA puede consistir en preguntarse cómo es posible que las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico pertenezcan a (existan [2] en) este ordenamiento, a pesar de no ser válidas. Esta pregunta es la misma que ‘¿Cómo es posible que la Asamblea Constituyente pueda crear normas que pertenezcan al ordenamiento jurídico, OJ, sin haber sido autorizada por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?’, a saber, ‘¿Cómo es posible que los autores de las normas fundamentales hayan tenido la potestad de crear normas

²² Como Guastini ha observado en varias oportunidades, es difícil identificar todas las condiciones necesarias y suficientes de existencia de las normas jurídicas. En principio, el cumplimiento de las normas que confieren poder parece ser una condición necesaria: pero, respecto de las normas que regulan el procedimiento de aprobación, emanación, y promulgación, la existencia parece un concepto con textura abierta (véase Guastini, R., “Analysing Legislation (And Some Related Concepts)”, *op. cit.*; Guastini, R., *Il diritto come linguaggio*, *op. cit.*

pertenecientes a OJ, sin haber sido autorizados por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?'. Con respecto a este problema, es útil distinguir entre dos significados fundamentales de 'potestad de crear normas', o, lo que es lo mismo, 'poder normativo'.

En un primer sentido, alguien tiene la potestad de crear normas si, de hecho, crea normas o normas jurídicas. Llamo este significado de 'potestad de crear normas', poder normativo de facto. El poder normativo de facto es normativo en el sentido de que produce normas, pero no es normativo en el sentido de que es conferido por normas. Es un poder de facto, porque su existencia es una cuestión de hecho. La existencia de un poder normativo de facto solo puede ser determinada *a posteriori* examinando si, como cuestión de hecho, algunas normas han sido creadas.

En un segundo sentido, alguien tiene la potestad de crear normas si es autorizado por otras normas a crear normas. Llamo, a este significado de 'potestad de crear normas', poder normativo autorizado. Obviamente, podemos determinar si alguien tiene un poder normativo autorizado a través de un análisis *a priori*. Sin embargo, se necesitan algunas distinciones más.

Alguien tiene un poder normativo autorizado [1] en un ordenamiento jurídico, OJ, si ese poder es conferido por una norma que pertenece a (existe [2] en) OJ. Así, el legislador tiene un poder normativo autorizado [1] de crear normas jurídicas, porque las normas constitucionales le otorgan este poder.

Alguien tiene un poder normativo autorizado [2] en un ordenamiento jurídico, OJ, si ese poder es conferido por una norma válida en OJ. Así, en el ordenamiento jurídico italiano, los sujetos privados tienen un poder normativo autorizado [2] para crear normas contractuales porque algunas leyes (válidas) les confieren ese poder.

Por otro lado, alguien tiene un poder normativo de facto [1] en un ordenamiento jurídico, OJ, si crea normas que pertenecen a (existen [2] en) OJ.

Por último, alguien tiene un poder normativo de facto [2] en un ordenamiento jurídico, OJ, si crea normas que son válidas en OJ. Dado que una norma es válida en OJ si se crea de acuerdo con todas las nor-

mas jurídicas de competencia de OJ, alguien tiene un poder normativo de facto [2] solo si tiene un poder normativo autorizado [1] o [2].

Ahora podemos especificar la PA de acuerdo con nuestras distinciones anteriores. Podemos ver, por ejemplo, que las siguientes especificaciones de la PA son correctas pero no paradójicas:

Huevo: Un sujeto tiene el poder normativo autorizado [1] de crear normas jurídicas (es decir, normas que pertenezcan o sean válidas en OJ) únicamente si una norma existente le confiere esa potestad.

Gallina: Una norma que confiere poder normativo autorizado [1] de crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con poder normativo de facto [1] la ha creado

Huevo: Un sujeto tiene el poder normativo autorizado [2] de crear normas jurídicas (es decir, normas que pertenezcan o sean válidas en OJ) solo si una norma válida le confiere ese poder.

Gallina: Una norma válida que confiere el poder normativo autorizado [2] de crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con poder normativo autorizado [1] o poder normativo autorizado [2] la ha creado.

En su lugar, las siguientes versiones de la PA son paradójicas, pero falsas:

Huevo: Un sujeto tiene un poder normativo de facto [1] de crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere ese poder.

Gallina: Una norma que confiere un poder normativo de facto [1] de crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con un poder normativo de facto [1] la ha creado

(es decir, alguien tiene un poder normativo de facto [1] solo si tiene un poder normativo autorizado [1]).

Huevo: Un sujeto tiene un poder normativo de facto [2] de crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere ese poder

Gallina: Una norma que confiere un poder normativo de facto [2] de crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con un poder normativo de facto [2] la ha creado

(es decir, alguien tiene un poder normativo de facto [2] solo si tiene un poder normativo autorizado [2])²³.

Las distinciones efectuadas permiten solucionar la paradoja, pero todavía subsiste un problema. En efecto, tenemos que responder a la pregunta '¿Cómo es posible que los autores de las normas fundamentales hayan tenido el poder de crear normas que pertenecen a OJ, sin haber sido autorizados por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?'

La respuesta positivista es simplemente que los autores de las normas fundamentales (por ejemplo, la Asamblea Constituyente) tenían un poder normativo de facto [1], y que tener un poder normativo de facto [1] es una cuestión de hecho. Alguien tiene un poder normativo de facto [1] si, como cuestión de hecho, crea normas que se consideran generalmente derecho (en un territorio dado) y, por tanto, resultan generalmente seguidas. En otras palabras, alguien tiene un poder normativo de facto [1] si, como cuestión de hecho, sus normas son efectivas porque son consideradas derecho en vigor (en un territorio determinado). Creo que esta sería la respuesta de todos los positivistas jurídicos, de Hart, de Austin, de Bentham e, incluso, de Kelsen. Más aún, creo que un positivista jurídico no podría responder de manera diferente ya que esta respuesta se sigue del concepto mismo de positivismo jurídico. Para aclarar este punto, es necesario decir algunas palabras sobre el positivismo jurídico (y sobre el modo en que lo entiende Shapiro).

²³ Esta versión afirma que alguien tiene el poder de crear normas que son válidas en OJ si, y solo si, este poder es conferido por una norma válida. Esta versión es falsa si admitimos que la Constitución confiere al legislador el poder de crear normas válidas y, simultáneamente, asumimos que la Constitución misma no es un conjunto de normas válidas.

III. El positivismo jurídico

Shapiro define el positivismo jurídico como la tesis según la cual “los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por hechos sociales”²⁴. Esta definición, aunque ampliamente difundida en la filosofía inglesa del derecho, no es en realidad del todo clara, ya que ni el significado de ‘determinados’ (o, como Shapiro a veces escribe, ‘fundados’), ni el significado de ‘hechos sociales’ son claros. Por razones similares, la definición de iusnaturalismo ofrecida por Shapiro, como la teoría según la cual el derecho es también determinado por hechos morales, es bastante borrosa. En la filosofía continental del derecho, y en Italia en particular, podemos encontrar definiciones más perspicuas. Estoy pensando, por ejemplo, en la famosa distinción de Bobbio entre tres significados de ‘positivismo jurídico’: el positivismo jurídico metodológico, que consiste en asumir un enfoque neutral frente al derecho, es decir, en estudiar el derecho como es, sin valorarlo; el positivismo jurídico ideológico (o legalismo ético) que sostiene que el derecho es justo (bueno, valioso) solo porque es derecho (que una norma legal es moralmente buena solo porque es jurídicamente válida); y, por último, el positivismo jurídico teórico, que es una suma de ideologías tales como la teoría imperativa del derecho, la teoría según la cual todo sistema jurídico es coherente y completo, la tesis que sostiene que la interpretación jurídica es una actividad mecánica que consiste en conocer y declarar significados preexistentes, etc.²⁵

De acuerdo con Bobbio, y con muchos otros autores, el núcleo del positivismo jurídico está representado por el positivismo jurídico metodológico, mientras las otras concepciones están comprometidas ideológicamente o son simplemente falsas. El positivismo jurídico metodológico no es una tesis acerca del (concepto de) derecho, es una tesis sobre la teoría del derecho. Pero, claramente, el positivismo jurídico metodológico supone un cierto concepto de derecho. Es decir,

²⁴ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 55-56.

²⁵ Véase Bobbio, N., *Giusnaturalismo e giuspositivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1965; Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.

supone que es posible distinguir el derecho como es en realidad del derecho como debe ser. Un corolario del positivismo jurídico metodológico es precisamente la idea según la cual las normas jurídicas son jurídicamente existentes solo porque son formuladas (creadas) por seres humanos²⁶.

Recientemente Villa²⁷ ha propuesto una reformulación del positivismo jurídico metodológico y de su corolario, que me parece muy convincente. Villa sostiene que el concepto (y no las concepciones) del positivismo jurídico se refiere tanto a una tesis ontológica acerca del derecho cuanto a una tesis metodológica sobre el conocimiento del derecho. La tesis metodológica afirmarí que se puede hacer referencia a lo que prescribe el derecho positivo sin tener que adoptar una posición al respecto (sin tener que aceptarlo o rechazarlo). La tesis ontológica, por su parte, afirmarí que el derecho es el producto convencional de decisiones humanas y/o de comportamientos humanos históricamente contingentes. Me parece que, o bien la definición de positivismo jurídico formulada por Shapiro equivale (aun siendo menos precisa) a la tesis ontológica, o bien no se llega a comprender qué entiende por ‘hechos sociales’.

Del mismo modo, siguiendo las distinciones precedentes, el concepto de iusnaturalismo se refiere también a una tesis metodológica y a una tesis ontológica. La tesis metodológica afirma que no es posible hacer referencia a lo que prescribe el derecho positivo sin adoptar una posición al respecto (sin aceptarlo o rechazarlo). La tesis ontológica afirma que existe un derecho natural objetivo al cual el derecho positivo debe o debería conformarse.

La tesis metodológica positivista es claramente incompatible con la tesis metodológica iusnaturalista. Pero ¿es la tesis ontológica iuspositivista también incompatible con la tesis ontológica iusnaturalista? Creo que la respuesta depende de cómo se especifique la tesis iusnatu-

²⁶ Véase, por ejemplo, Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 35; Barberis, M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 176.

²⁷ Véase Villa, V., 2000, “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, in *Analisi e diritto 2000*, p. 260-261; Villa, V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 29 y ss.

ralista. ¿Qué pasa, según los iusnaturalistas, cuando la ley positiva es incompatible con la ley natural? A menudo, los teóricos del derecho natural responden que el derecho positivo deja de ser vinculante. El punto es: ¿‘vinculante’ en qué sentido? Si por ‘vinculante’ entendemos solo moralmente vinculante, entonces la tesis ontológica iuspositivista no es necesariamente inconsistente con la tesis ontológica iusnaturalista. La tesis ontológica iuspositivista afirma que el derecho positivo es un producto humano contingente, la tesis ontológica iusnaturalista afirma que el derecho positivo (este producto humano contingente) no es moralmente vinculante si es incompatible con la ley natural. Solo habría una inconsistencia si pensásemos que, cuando el derecho positivo viola la ley natural, el primero deja también de ser jurídicamente vinculante, es decir, deja de ser derecho.

En ambas versiones, la tesis ontológica iusnaturalista es una tesis sobre la justificación del derecho, sobre la legitimidad de la autoridad. Desde el punto de vista iusnaturalista, la pregunta ‘¿Cuál es el fundamento de la autoridad jurídica?’ significa ‘¿Qué justifica la autoridad jurídica? ¿Qué la legitima?’. La primera versión afirma que es la coherencia (o, mejor dicho, la no-contradicción) con la ley natural lo que justifica a la autoridad jurídica. La segunda versión añade que, cuando esta justificación está ausente, la obligatoriedad jurídica también cesa. En definitiva, la existencia del derecho positivo depende de su justificación moral²⁸. La tesis ontológica positivista se opone a esta última versión afirmando que la existencia del derecho es independiente de su justificación moral, pero la tesis ontológica iuspositivista no responde a la pregunta sobre lo que justifica la autoridad jurídica²⁹. Desde el punto de vista iuspositivista, la pregunta ‘¿Cuál es el fundamento de

²⁸ Se podría argumentar que, de acuerdo con la segunda versión, no solo el derecho en su conjunto, sino también cada norma es jurídica si es conforme a la ley natural. Es decir, una norma es válida en, o pertenece a, un ordenamiento jurídico si, y solo si, además de satisfacer las condiciones previamente identificadas (cf. sección 2), es consistente con la ley natural. Sin embargo, muchos iusnaturalistas no comparten ese punto de vista, ya que opinan que para que las normas individuales no sean jurídicas es necesario que el derecho en su conjunto tiene un alto grado de injusticia.

²⁹ Destacan este punto también Chiassoni y Schiavello en este mismo volumen.

la autoridad jurídica?’ significa más bien ‘¿Qué determina la existencia de las normas jurídicas?’. La respuesta iuspositivista es que el derecho es el producto convencional de decisiones humanas y/o de comportamientos humanos históricamente contingentes. El derecho no puede más que fundarse en hechos humanos. El poder de crear normas jurídicas no puede sino derivar de un poder de facto [1], es decir, de un poder que no haya sido otorgado por ninguna otra norma jurídica. En la sección 4, veremos que esta es exactamente la solución ofrecida por Austin y Hart. Antes, sin embargo, es útil decir algo más sobre la manera en la que Shapiro concibe las tareas del iuspositivismo.

III.1. Las tareas del positivismo jurídico (según Shapiro)

Shapiro concibe al positivismo jurídico como una tesis sobre:

(a) el fundamento de la autoridad jurídica, es decir, como una respuesta a la pregunta: ‘¿Cuál es, en última instancia, el fundamento de la autoridad jurídica?’³⁰;

(b) la identificación de las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico determinado, es decir, como una respuesta a la pregunta: ‘¿Cuáles son las reglas fundamentales del ordenamiento jurídico OJ?’³¹;

(c) la determinación del contenido del derecho, es decir, como una respuesta a la pregunta: ‘¿Qué prescribe el derecho de OJ en el caso C?’³².

Creo que es difícil entender cómo el concepto iuspositivista de derecho pueda llegar a resolver todas las cuestiones planteadas por Shapiro. Claramente la tesis ontológica no puede hacerlo.

En primer lugar, como hemos visto, la tesis ontológica no responde a la pregunta ‘¿Cuál es el fundamento de la autoridad jurídica?’ si esta es entendida como una pregunta acerca de la justificación del derecho, de la legitimidad de la autoridad.

³⁰ Véase Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 58-59, *passim*.

³¹ Véase *ibidem*, p. 60, *passim*.

³² Véase *ibidem*, pp. 56-58 y 61, *passim*.

En segundo lugar, me parece que ningún concepto de derecho puede responder a la pregunta sobre la individuación de las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico particular, por una razón muy trivial, a saber, el concepto de derecho tiene que distinguirse del concepto de ‘derecho en vigor’. El concepto de derecho también debe abarcar el antiguo derecho romano, el derecho imaginario, en suma, todos los sistemas jurídicos que ya no están en vigor o que nunca estuvieron en vigor. El concepto de derecho nos puede ayudar a identificar las normas fundamentales, pero no va a determinar si esas son las reglas fundamentales actualmente en vigor en un ordenamiento jurídico dado³³.

Por último, creo que ningún concepto de derecho puede ofrecer una solución al problema de la determinación del contenido del derecho (en un caso dado). Sobre este punto Shapiro examina la Octava Enmienda de la Constitución de los EE. UU. la cual establece que: “No se exigirá una fianza excesiva, ni se infligirán castigos crueles e inusuales”. El problema es: ¿esta disposición constitucional prohíbe la pena de muerte? Shapiro señala que la interpretación de esta disposición “ha generado interminables discusiones respecto de si debe entenderse que prohíbe los castigos que realmente sean crueles o solo aquellos que quienes la redactaron y ratificaron pensaban que eran crueles”³⁴. Según Shapiro:

La pregunta decisiva aquí es la siguiente: ¿cómo debe resolverse este desacuerdo? ¿Qué determina el contenido de la Octava Enmienda: el significado literal o la intención del constituyente (o tal vez otra cosa)? Es aquí donde el debate entre positivistas

³³ Sin embargo, pienso que el papel del concepto de derecho en vigor no debe ser sobrestimado, especialmente en la teoría de la adjudicación. Nunca he visto a un juez que, antes de aplicar el código civil italiano, se involucre en una investigación sociológica sobre la eficacia de la Constitución italiana. El juez simplemente asume su eficacia y es fácil para él hacerlo porque, en el país donde vive, la Constitución italiana es de hecho efectiva. Es el único conjunto de normas fundamentales eficaz. El juez emplea un concepto muy simple, no teóricamente sofisticado, de eficacia (exactamente el mismo que es empleado por todas las personas comunes). Sobre esta idea, así como sobre la distinción entre el concepto de derecho y el concepto de derecho en vigor, véase Jori, M., *Il diritto inesistente*, Pisa, ETS, 2010.

³⁴ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 57.

y iusnaturalista se torna relevante. La única manera de resolver si el significado literal o la intención del constituyente determinan el derecho constitucional de Estados Unidos es saber qué hechos determinan en última instancia el contenido de todo el derecho. Entonces, por ejemplo, si los positivistas tienen razón, la única manera de demostrar que una determinada metodología interpretativa es correcta consiste en señalar el hecho o los hechos sociales que hacen que ese sea el caso, tal vez mostrando que los tribunales habitualmente aplican una metodología y no otra. Por otra parte, si el iusnaturalista es quien está en lo correcto, entonces, la única forma de presentar la propia postura es mediante un ejercicio de filosofía moral y política. Así, por ejemplo, uno podría defender una metodología sobre otra mostrando que existen razones vinculadas con la teoría democrática que recomiendan interpretar la Constitución de cierto modo³⁵.

Como parece evidente, a partir de esta cita de Shapiro, ni el positivismo jurídico ni la teoría del derecho natural pueden determinar cuál es el argumento interpretativo correcto; solo pueden justificar (de manera diferente) el argumento elegido. En otras palabras, la adhesión al positivismo jurídico o a la teoría del derecho natural no impone un criterio de interpretación; solo requiere que el criterio seleccionado sea justificado de una manera determinada. Así, por un lado, no hay razón para que un positivista jurídico deba preferir el significado original y, por el otro, un teórico del derecho natural puede preferir el significado literal solo si piensa que los autores de la Constitución no estaban moralmente legitimados o bien que se equivocaron en la positivización de la ley natural. Además, la adopción del argumento interpretativo del significado literal no responde a la cuestión de si la pena de muerte está prohibida por la Constitución de los EE. UU. La pregunta sigue en pie: ¿es la pena de muerte en realidad cruel? En este caso, el argumento interpretativo subvalora la individuación del contenido de la disposi-

³⁵ *Ibid.*, p. 58.

ción jurídica. No es un caso inusual, creo que esto ocurre a menudo³⁶. Así, aunque el concepto de derecho podría llevarnos a elegir entre los diferentes criterios de interpretación, no puede determinar el contenido de la ley en cada caso.

IV. El fundamento del derecho

En la sección II he sostenido que, frente a la pregunta ‘¿Cómo es posible que los autores de las normas fundamentales hayan tenido el poder de crear normas que pertenecen a OJ sin haber sido autorizados por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?’, el positivista jurídico tiene que responder que los autores de las normas fundamentales (por ejemplo, la Asamblea Constituyente) tenían un poder normativo de facto [1], y que tener un poder normativo de facto [1] es una cuestión de hecho. En la sección III, he tratado de mostrar cómo esta solución se sigue directamente de la tesis ontológica positivista. Para los positivistas jurídicos el derecho es el producto convencional de decisiones humanas y/o de comportamientos humanos históricamente contingentes. La existencia de las normas jurídicas no puede más que fundarse sobre hechos humanos. El poder de crear normas jurídicas no puede sino derivar de un poder de facto [1], es decir, de un poder que no fue otorgado por ninguna otra norma jurídica. Ahora es tiempo de ver que, como he adelantado, las soluciones ofrecidas por Austin y Hart a la PA se colocan bajo este enfoque y, por lo tanto, se asemejan entre ellas más de lo que Shapiro considera. No obstante, estas soluciones, tal como veremos, no quedan exentas de problemas (aunque creo que los problemas que suscitan difieren respecto a los subrayados por Shapiro).

³⁶ Podemos estar de acuerdo en que una determinada disposición debe interpretarse de acuerdo con su significado literal y todavía no estar de acuerdo acerca de cuál es su significado literal, o podemos estar de acuerdo sobre el uso del argumento teleológico y todavía no estar de acuerdo acerca de cuál es el propósito de la ley, o podemos estar de acuerdo también en la utilización de argumentos morales, pero estar en desacuerdo sobre lo que exige la moral.

La respuesta de Austin a la pregunta ‘¿Cómo es posible que los autores de las normas fundamentales hayan tenido el poder de crear normas que pertenecen a OJ, sin haber sido autorizados por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?’, es la típica respuesta iuspositivista, es decir, se trata de una cuestión de hecho. El soberano tenía el poder de crear las normas que pertenecen a OJ, ya que como cuestión de hecho, las ha formulado y los ciudadanos las han obedecido. Los hábitos de obediencia son hechos. El problema de la solución de Austin, consiste no tan solo en la incapacidad de explicar la continuidad, la persistencia y la limitación del derecho, sino, además, en que él parece pensar que solo el temor a las sanciones motiva la obediencia, y esta tesis corre el riesgo de caer en un regreso *ad infinitum* de las normas sancionatorias. Según Austin, los ciudadanos cumplen con las normas primarias porque piensan que es probable que si no lo hacen los jueces aplicarán las normas secundarias y los castiguen –pero ¿por qué los jueces cumplen con las normas secundarias? Sería necesario contar con otras normas (normas de tercer grado) que prescriban una sanción por la violación de las normas secundarias, otras normas (normas de cuarto grado) que establezcan una sanción para la violación de las normas de tercer grado, y así sucesivamente, *ad infinitum*.

Este punto merece una clarificación. Se puede opinar (como opinaba Kelsen) que la teoría del derecho no debe indagar los motivos de la eficacia del derecho, o, lo que es lo mismo, los motivos por los cuales las normas fundamentales son obedecidas, sino que debe limitarse a asumir esta eficacia, esta obediencia, como hechos dados. Esta es una posición teórica muy plausible. Pero si, por el contrario, se investigan los motivos de la eficacia y obediencia, entonces no puede sostenerse que estos se identifican simplemente con el temor a las sanciones, bajo el riesgo de un regreso *ad infinitum*.

También en la teoría de Hart la existencia del poder de crear normas fundamentales es una cuestión de hecho, a saber, es un poder normativo de facto [1]. La regla de reconocimiento no confiere el poder de crear las normas fundamentales: la existencia [2] de la regla de reconocimiento supone que las normas fundamentales son ya eficaces

y aceptadas³⁷. La regla de reconocimiento es una norma consuetudinaria, que, como cualquier norma consuetudinaria, requiere, para existir, un comportamiento general, regular, repetido a lo largo del tiempo, más la, denominada, *opinio juris ac necessitatis*. Así, por ejemplo, en los modernos estados de derecho la regla de reconocimiento ordena a los jueces aplicar los criterios de validez establecidos por la Constitución, pero la regla de reconocimiento en sí misma no confiere a la Asamblea Constituyente un poder autorizado para crear normas constitucionales. La existencia de la regla de reconocimiento implica que las normas constitucionales son ya eficaces (que existe ya un comportamiento regular y general conforme con ellas) y que son ya consideradas como obligatorias (ya aceptadas como estándares jurídicos de conducta). La eficacia del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el hecho de que en Italia los jueces siguen la Constitución italiana promulgada en el 1948, es, según la teoría de Hart, tanto un hecho como el objeto de un deber jurídico. El hecho de que exista un comportamiento regular y general junto con la creencia de que este comportamiento es jurídicamente obligatorio, genera la obligación jurídica de comportarse de esa manera. Este dispositivo puede parecer oscuro, pero tiene el mismo fundamento que cualquier norma consuetudinaria: un comportamiento general y regular, junto con la creencia general de que este comportamiento es obligatorio (o, como escribe Hart, “una combinación de conducta regular con una actitud distintiva hacia esa conducta en cuanto pauta o modelo de comportamiento”³⁸) genera la regla según la cual esa conducta debe ser realizada.

La solución de Hart es claramente más compleja que aquellas otras que fundan las normas fundamentales solo sobre la eficacia (como la solución de Austin), pero tiene al menos dos ventajas.

En primer lugar, imaginemos escribir la Constitución del Estado del Banano e imaginemos también que nuestra Constitución es idéntica

³⁷ Sin embargo, es controvertido y, en muchos aspectos, problemático sostener que la regla de reconocimiento es una regla jurídica (una regla que pertenece al ordenamiento jurídico que funda). Este problema es muy complicado y no voy a tratarlo en este texto.

³⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 85 (106).

a la Constitución italiana: en ese caso, la Constitución del Estado del Banano sería eficaz. Pero, a pesar de su eficacia (entendida como mera correspondencia de hecho), no podríamos decir que la Constitución del Estado del Banano es una Constitución en vigor, un conjunto de normas fundamentales que pertenecen a (y que fundan) un ordenamiento jurídico. No lo podríamos decir porque las normas de la Constitución del Estado del Banano no serían seguidas; nadie haría lo que disponen solo porque es mandado por ellas. En términos de Hart: las normas de la Constitución del Estado del Banano no serían aceptadas. A pesar de la opinión contraria de Kelsen, la eficacia como mera correspondencia entre el comportamiento mandado por una norma y el comportamiento efectivo de los ciudadanos no es una condición suficiente para la existencia de un ordenamiento jurídico (a saber, para definir el concepto de derecho en vigor).

Una segunda ventaja de la teoría de Hart es que ella puede explicar (sin violar la ley de Hume) el hecho de que los jueces deben aplicar las normas fundamentales. Como hemos visto, en la teoría de Austin, el deber de los jueces de aplicar las normas no se puede explicar a menos que existan otras normas que castiguen a los jueces por no aplicar las normas secundarias, otras normas adicionales que castiguen a quien no aplique estas últimas normas y así sucesivamente. En la teoría de Hart, en cambio, los jueces deben aplicar los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento, porque esta es exactamente una regla, una norma que se deriva de la conducta de los jueces y de su aceptación (hay un círculo, pero no vicioso).

Sin embargo, también la teoría de Hart presenta algunos problemas. Antes (I.2) hemos criticado la idea de Shapiro según la cual la teoría de Hart sería incapaz de explicar cómo un hombre malo podría expresar juicios normativos. Hemos visto que nada en la teoría de Hart impide, ni adoptar la misma solución que Shapiro (es decir, afirmar que los juicios del hombre malo expresan proposiciones acerca de normas), ni sostener, en contra de ella, que esos juicios son verdaderamente normativos, es decir, sostener que se pueden expresar juicios normativos sin aceptar las normas. Por el contrario, lo que podría parecer inverosímil en el enfoque de Hart es que el hombre malo pueda expresar juicios

normativos y también aceptar las normas. Pero aquí hay un problema que tiene que ver con los conceptos, correlacionados, de punto de vista interno y punto de vista externo.

Por una parte, Hart caracteriza el concepto de punto de vista externo, tanto como el punto de vista de un hombre malo que “rechaz[a] sus reglas y únicamente se interés[a] en ellas porque piens[a] que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables”³⁹, cuanto como el punto de vista de un observador externo que registra regularidades de conducta o describe un ordenamiento jurídico dado. Pero está claro que al hombre malo no le hace falta adoptar un punto de vista externo en este último sentido. El hombre malo no es un observador, sino un jugador, aunque uno que engaña (o trata de engañar).

Por otra parte, de acuerdo con Hart, las razones para la aceptación de una regla pueden ser muy diferentes. Los participantes pueden aceptar las normas jurídicas “simplemente por deferencia a la tradición o por el deseo de identificarse con los otros o en la creencia de que la sociedad conoce mejor qué es lo que conviene a los individuos”⁴⁰ o bien porque creen que se encuentran justificados ya sobre la base de una norma moral o cualquier otra razón prudencial. Pero si se puede aceptar una regla también sobre la base de una razón prudencial, tal como el miedo a la sanción, entonces la distinción entre la aceptación y la obediencia se desvanece y tenemos que reconocer que incluso el hombre malo puede adoptar un punto de vista interno⁴¹. Sin embargo, esta conclusión parecería insostenible, puesto que parecería que asumir un punto de vista interno respecto de una norma jurídica, como

³⁹ *Ibidem*, p. 90 (112).

⁴⁰ Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law* (1961), Second Edition. Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 257 (35) [N. E.: no se ha consolidado aún una traducción canónica de las notas manuscritas de Hart, que Joseph Raz y Penelope Bulloch incluyeron como “Postscript” en la segunda edición de *The Concept of Law* (pp. 238-276). A los fines de lograr uniformidad se cita en la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

⁴¹ Para un análisis de los diferentes conceptos cubiertos por los términos ‘aceptación’ y ‘punto de vista interno’, véase, por ejemplo, Martin, M., *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart*, Philadelphia, Temple University Press, 1987, p. 20 y ss.

“Todos deben hacer *p*”, implica la norma “Yo, tú, todo el mundo debe hacer *p all things considered*”. Si esto es correcto, entonces se siguen dos consecuencias desagradables.

En primer lugar, como Shapiro señala, sería inexplicable cómo el hombre malo puede redescubrir la ley utilizando la terminología normativa (de una manera normativa, es decir, para expresar normas y no proposiciones acerca de las normas).

En segundo lugar, como señala Schiavello⁴², sería difícil (por no decir imposible) fundar la autonomía del deber jurídico y distinguirlo de la obligación moral. De hecho, nuestro concepto de moral es tal que no podemos decir “Yo, tú, todo el mundo debe hacer *p all things considered*, aunque hacer *p* es moralmente incorrecto”.

Me parece que, para resolver estos problemas, tenemos que repensar los conceptos correlacionados de punto de vista interno y punto de vista externo. Más precisamente, tenemos que admitir que incluso el hombre malo puede asumir un punto de vista interno, porque asumir un punto de vista interno no significa nada más que usar una norma como norma de conducta, evaluación y justificación (por cualquier razón, incluso por miedo a la sanción). Asumir un punto de vista interno a una norma jurídica, como “Todos deben hacer *p*”, ni implica ni justifica la norma “Yo, tú, todo el mundo debe hacer *p all things considered*”. Solo implica y solo puede justificar la norma “Yo, tú, todo el mundo debe jurídicamente hacer *p*”. Así, por ejemplo, como abogado, puedo decir a mi cliente que debe soportar una detención preventiva y mi juicio puede ser verdaderamente normativo, aun cuando yo crea que la detención preventiva es moralmente incorrecta. En otras palabras, asumir un punto de vista interno (o, lo que es lo mismo, aceptar una norma) solo significa usar una norma como premisa mayor de un silogismo normativo (no importa por qué). Paralelamente, también el punto de vista externo tiene que ser redefinido. Al respecto, recurrir a Chiassoni me parece muy útil⁴³. Según Chiassoni, frente a la ley es posible optar entre dos juegos básicos, a saber, el del jugador y el del

⁴² Véase el artículo de Schiavello en este volumen.

⁴³ Véase el artículo de Chiassoni en este volumen.

observador. El punto de vista externo es el punto de vista del observador. Asumir un punto de vista externo significa describir la existencia de normas, sistemas jurídicos, obligaciones, etc. El hombre malo, como todo el mundo, no asume necesariamente ni un punto de vista externo, ni un punto de vista interno; puede tomar tanto el uno como el otro, en diferentes ocasiones.

Sin embargo, algunos autores piensan que al menos algunos funcionarios tienen que aceptar la regla de reconocimiento por razones morales. No acabo de ver por qué esto es así. Me parece que, para evitar el regreso *ad infinitum* antes mencionado, es necesario que los jueces (o algunos de ellos) no apliquen el derecho por miedo a las sanciones, pero no es necesario que lo apliquen por razones morales.

En primer lugar, algunos autores piensan que si nadie aceptase el derecho por razones morales, entonces no habría ninguna diferencia entre el derecho y las órdenes de un bandido. Pero me parece que el experimento mental del bandido está viciado por un supuesto tácito. Este supuesto consiste en pensar que las órdenes de un bandido son siempre órdenes inmorales, y, después, se argumenta que nuestros derechos (constitucionales y democráticos) son algo diferente. ¿Por qué no tratamos de pensar las órdenes del bandido como órdenes moralmente correctas, o de preguntarnos cuál es la diferencia, por ejemplo, entre las órdenes de Jesucristo y la ley del Tercer Reich?

En segundo lugar, es necesario aclarar algunas observaciones contenidas en este ensayo que parecerían sugerir la necesidad de una aceptación moral. Dijimos que la regla de reconocimiento es una norma consuetudinaria, que existe [2] si, y solo si, hay un comportamiento regular y general conforme con ella junto con la creencia de que este comportamiento es jurídicamente obligatorio. Sobre esta base suele afirmarse que, si ningún funcionario aceptase la regla de reconocimiento por razones morales, resultaría inexplicable que no dejaran tanto de aplicarla como de creer que tienen el deber jurídico de hacerlo. Si lo hicieran, el derecho dejaría de ser tal⁴⁴. Ello en cuanto las normas jurídicas solo existen si

⁴⁴ En realidad, creo que si solo los funcionarios dejaran de aplicar el derecho, este no dejaría de ser tal, pero comenzaría una guerra civil.

creemos en su existencia, o, mejor, las normas jurídicas dejan de existir cuando, todos juntos, dejamos de creer en ellas. Dicho de otro modo, el argumento sostiene que solo si alguno de los funcionarios acepta por razones morales se puede explicar la continuidad de la conformidad. Sin embargo, esta objeción no parece fundada, ya que ignora una evidente dificultad de hecho, es decir ¿cómo pueden los jueces, todos y al mismo tiempo, abandonar la aplicación del derecho? Sería necesaria una autoridad para coordinar a todos los jueces (en cierto sentido, no hay forma de escapar del derecho). En otras palabras, el hecho de que todos los funcionarios, al mismo tiempo, no dejan de aplicar el derecho admite también explicaciones diferentes (que no consisten en la necesaria aceptación moral por parte de, al menos, algunos funcionarios).

Por último, otros autores, como el propio Shapiro, argumentan que “En contextos jurídicos, exigimos a las personas que paguen impuestos, se alistén al ejército, aprueben exámenes complejos ante de ejercer una profesión, y que testifiquen en juicios penales bajo la amenaza de prisión o multas graves. Solo los conceptos morales tienen el peso para plantear exigencias tan severas”⁴⁵.

Esta observación es correcta en el sentido de que el derecho es tan importante que debe estar moralmente justificado. Nosotros (moralmente) tenemos que obedecer al derecho solo si pensamos que está moralmente justificado, pero esto no implica que, de hecho, el derecho esté moralmente justificado.

Como comentario final, creo que las consideraciones anteriores también muestran por qué la objeción de Dworkin fundada en el ejemplo del vegetariano, no resulta correcta. Dworkin afirma que la existencia de una obligación (moral) es independiente de la existencia de una norma social. Así, si yo soy la única vegetariana en el mundo, puedo pensar que comer carne es malo, que no se debe comer carne, aun cuando nadie más que yo lo creyese, aun si no existiese una norma social que prohíba comer carne. Sin embargo, aunque se pueda admitir que hay obligaciones morales sin reglas sociales, no puede admitirse que haya una obligación de aplicar algunos criterios de validez si no hay una regla

⁴⁵ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 155.

social de reconocimiento. Yo podría tener la creencia de estar obligada a reconocer como válidas solo las normas que se conformasen a los criterios de validez de la Constitución del Estado del Banano, pero si así lo creyera, sería sin dudas considerada una loca por los demás.

V. La solución de Shapiro a la paradoja de la autoridad

La teoría de Shapiro

sostiene que un órgano tiene autoridad jurídica en un sistema jurídico en particular cuando se satisfacen dos condiciones: (1) el plan maestro del sistema autoriza a ese órgano a planificar para otros, y (2) los miembros de la comunidad en general obedecen a quienes gozan de esa autorización. Por lo tanto, la autoridad jurídica será posible solo si es posible que estas dos condiciones tengan lugar⁴⁶.

En cuanto al primer requisito, Shapiro sostiene que los funcionarios públicos

tienen la potestad de adoptar el plan compartido [i.e. el plan maestro] que establece estas reglas fundamentales en virtud de las normas de la racionalidad instrumental. Puesto que estas normas que confieren la capacidad racional de planificar no son planes ellas mismas, no han sido creadas por ninguna otra autoridad. Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos⁴⁷.

En cuanto al segundo requisito, Shapiro afirma que

Los miembros del grupo pueden aceptar una política general de obedecer al derecho o considerar que quienes tienen autoridad están legitimados moralmente. En tales casos, la adopción de planes por parte de los funcionarios públicos generará la exigen-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 228.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 228-229.

cia racional de que esos individuos cumplan. Incluso cuando los miembros del grupo no están predispuestos a conformarse al derecho, el compromiso de los funcionarios de llevar a cabo parte del plan compartido que ordenan un castigo en caso de desobediencia puede ser suficiente para motivar la obediencia de los ciudadanos comunes⁴⁸.

Voy a dedicar solo unas pocas palabras a la solución de Shapiro a la PA porque ya ha sido examinada en otros ensayos de este mismo volumen, sobre todo en el de Pierluigi Chiassoni.

Contra Chiassoni, creo que la solución de Shapiro es una solución iuspositivista. Lo creo en el sentido de que, según la teoría de los planes, el derecho también es el producto contingente de conductas y decisiones humanas. Como hemos visto antes, el problema planteado por la PA es “¿Cómo es posible que las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico, OJ, pertenezcan a ese ordenamiento sin ser válidas?” o, lo que es lo mismo, “¿Cómo se es posible que los autores de las normas fundamentales hayan tenido el poder de crear normas que pertenecen a OJ sin haber sido autorizados por otras normas pertenecientes a (o válidas en) OJ?”. En términos de Shapiro estas preguntas son equivalentes a “¿Qué autorizó a los autores del plan maestro?” o, mejor, “¿Cómo es posible que el plan maestro pueda crear normas que pertenecen a OJ, sin estar autorizado por otras normas que pertenecen a (o son válidas en) OJ?”. La respuesta de Shapiro es que esta es una cuestión de hechos: “los sistemas jurídicos son posibles porque ciertos estados de cosas son alcanzables”⁴⁹.

En realidad se podría objetar que –según Shapiro– el plan maestro está autorizado por las normas de la racionalidad instrumental (las cuales, sin embargo, no autorizan a los autores del plan maestro, sino a los funcionarios, que adoptan el plan maestro y no lo escriben). Pero me parece que las normas de la racionalidad instrumental no son, en

⁴⁸ *Ibidem*, p. 229.

⁴⁹ Por otra parte, Shapiro no se pregunta por la legitimidad moral del derecho, especificando que “no hay razón para pensar que el plan maestro de todo posible sistema jurídico vaya a ser moralmente legítimo” (*idem*).

sentido estricto, normas; no son guías para las acciones, no motivan comportamientos. Por un lado, las normas de la racionalidad instrumental parecen normas técnicas, o, mejor dicho, definiciones de lo que se considera racional. El hecho de que hacer algo sea racional no implica que deba hacerlo, a menos que yo quiera ser racional. Por otro lado, la capacidad de adoptar un plan es un hecho, una habilidad humana.

Creo que uno de los problemas de la teoría de Shapiro es que no puede explicar el deber jurídico de los jueces de aplicar el plan maestro. Los funcionarios pueden adoptar el plan maestro, pero no tienen el deber de hacerlo. En realidad, los funcionarios no tienen el deber jurídico de aplicar el plan maestro, aunque lo hayan adoptado. Como escribe Shapiro,

Un funcionario que acepta su posición en una estructura de autoridad será racionalmente criticable si desobedece a sus superiores, omite completar sus órdenes a fin de tomar las medidas necesarias para satisfacer sus exigencias, adopta planes inconsistentes con estas órdenes o las reconsidera sin una buena razón para ello⁵⁰.

Pero ser racionalmente criticable no significa ser jurídicamente criticable. Alguien es racionalmente criticable si viola las reglas de la racionalidad que, por un lado, no son normas jurídicas, y, por el otro, no son normas en sentido estricto.

En la teoría de Hart (tal como fue reconstruida en la sección IV), la aceptación de un juez no es una condición necesaria para que el juez en cuestión tenga el deber jurídico de hacer *p* (por ejemplo, de aplicar un dado criterio de validez). Si la regla de reconocimiento existe, si los demás jueces la aceptan, entonces es cierto que existe el deber de hacer lo que esta regla requiere. En su lugar, me parece que en la teoría de Shapiro la adopción por el juez del plan maestro es una condición necesaria para que este mismo juez tenga el deber racional de hacer *p* (es decir, lo que requiere el plan maestro). Pero, dado que los deberes

racionales no son deberes normativos y jurídicos, el deber jurídico de los jueces de aplicar el plan maestro permanece inexplicado.

Por otra parte, la tesis de Shapiro no explica tampoco los enunciados jurídicos normativos, es decir, no explica el significado de frases como “Todos los jueces deben respetar la Constitución italiana”, “Tú tienes el deber jurídico de hacer *p*”, etc., si los entendemos como auténticos juicios normativos. Según Shapiro, todos los enunciados anteriores son descriptivos y significan “Según el punto de vista de un ordenamiento jurídico dado, cada juez moralmente debe respetar la Constitución italiana”, “Según el punto de vista de un ordenamiento jurídico dado, tú tienes el deber moral de hacer *p*”, etc. Estos juicios son normativos si, y solo si, el hablante comparte la teoría moral del ordenamiento jurídico en cuestión, es decir, si, y solo si, expresan juicios morales. Me parece que Shapiro se torna pasible de las mismas críticas que él ha dirigido contra Austin, en cuanto la tesis de Shapiro no es capaz de hacer inteligible el pensamiento jurídico. Shapiro rechaza la autonomía del razonamiento jurídico y niega la existencia de una pluralidad de sistemas normativos. La normatividad parece ser solamente una cuestión moral.

Bibliografía

- Barberis, M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Bobbio, N., *Giusnaturalismo e giuspositivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.
- Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- Bulygin, E., “Time and Validity”, en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1982, pp. 65-81.
- Chiassoni, P., “Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso” en este volumen.

- Ferrer Beltrán, J. y Ratti, G. B., “Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos” en este volumen
- Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffré, 1993.
- Guastini, R., “Analysing Legislation (And Some Related Concepts)”, en *Annali Giurisprudenza Genova*, 25, 1993-94, pp. 205-229.
- Guastini, R., “Invalidity”, *Ratio Juris*, 7, 1994, pp. 212-226.
- Guastini, R., *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro Carrió.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- Jori, Mario, *Il diritto inesistente*, Pisa, ETS, 2010.
- Martin, M., *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart*, Philadelphia, Temple University Press, 1987.
- Schiavello, A., “Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart”, en este volumen.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Villa, V., “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, en *Analisi e diritto*, 2000, pp. 255-288.
- Villa, V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, Giappichelli, 2004.
- Von Wright, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.

¿En qué se equivoca el realismo jurídico?*

What Is Wrong with Legal Realism?

Giovanni Tuzet**

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: El libro *Legalidad* de Scott Shapiro se propone llevar a cabo una estimulante, pero ardua, tarea filosófica, a saber: ofrecer una explicación de aquello que el derecho es y de por qué vale la pena tenerlo. Su “Teoría del derecho como plan” aborda la primera cuestión en términos de la denominada tesis de los “hechos sociales” y la segunda en términos de la tesis del “fin moral”. Así, el derecho está determinado únicamente por hechos sociales, pero posee un punto moral, puesto que la finalidad de la actividad legal es solucionar algunos problemas morales. Las escuelas filosófico-jurídicas del siglo veinte se han dividido acerca de estos temas. Entre tales escuelas, Shapiro rechaza la visión realista porque deja de lado el punto de vista interno. Sin embargo, muchas afirmaciones realistas se referían al conocimiento del derecho, no a su normatividad. El artículo aborda este punto recordando también el debate entre Hart y Ross.

Palabras clave: conocimiento del derecho, Hart, hombre malo, realismo jurídico, Ross, Shapiro.

Abstract: Shapiro’s book *Legalidad* engages in a difficult and exiting philosophical task: giving an account of what law is and of why it is worth having. His “Planning Theory of Law” addresses the first issue in terms of the so-called “Social Facts” thesis and the second in terms

* Traducción del inglés por Federico José Arena.

** Profesor de Filosofía del derecho, Università Bocconi, Milán, Italia.

E-mail: giovanni.tuzet@unibocconi.it

of the “Moral Aim” thesis: law is determined by social facts alone, but it has a moral point, for the aim of legal activity is to remedy some moral deficiencies. Twentieth century jurisprudential schools divided on such topics. Among such schools, Shapiro rejects the realist view because it leaves out of the picture the internal point of view. However, many realist claims were about legal knowledge, not about legal normativity. The paper addresses this point recalling also the debate between Hart and Ross.

Keywords: bad man, Hart, legal knowledge, legal realism, Ross, Shapiro.

I. Otra vez el realismo

El libro *Legalidad* de Scott Shapiro se propone llevar a cabo una estimulante, pero ardua, tarea filosófica, a saber, ofrecer una explicación de aquello que el derecho es y de por qué vale la pena tenerlo. Su “Teoría del derecho como plan” aborda la primera cuestión en términos de la denominada tesis de los “hechos sociales” y la segunda en términos de la tesis del “fin moral”. Así, el derecho está determinado únicamente por hechos sociales, pero posee un punto moral, puesto que la finalidad de la actividad legal es solucionar algunos problemas morales. Las escuelas filosófico-jurídicas del siglo veinte se han dividido acerca de estos temas. El iusnaturalismo se preocupó principalmente por los valores del derecho y su dimensión moral, mientras que el positivismo jurídico y el realismo jurídico se interesaron sobre todo por sus propiedades fácticas. Shapiro intenta ofrecer un cuadro unificado de estas cuestiones, aun cuando el campo de la filosofía del derecho sigue (y probablemente seguirá) siendo un campo de batalla, donde numerosos ejércitos filosóficos se contienden ciertas áreas del territorio.

Aquí me referiré al realismo jurídico en particular. Escritos recientes de filosofía política y jurídica han procurado recuperar los métodos y las ideas del realismo jurídico del siglo veinte¹. Luego de que Richard Posner

¹ Ejemplos significativos de esta corriente son Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Posner, R. A., *How Judges Think*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2008; Miles, T. J. y Sunstein, C. R., “The New Legal Realism”, *University of Chicago Law Review*, 75, 2008, pp. 831-851; Nourse, V. y Shaffer,

diera nueva vida al realismo dentro del esquema del análisis económico del derecho² y luego de que la lectura posmoderna que los integrantes de movimiento *Critical Legal Studies* hicieron de los realistas durante los ochenta y los noventa³, actualmente Brian Leiter, en particular, ha llamado otra vez nuestra atención hacia la metodología y las tesis realistas⁴.

Shapiro no sigue esta línea. Mientras que Leiter, inspirándose en los realistas, asume el proyecto de naturalizar la filosofía del derecho, Shapiro se apega al método del análisis conceptual. Shapiro ni siquiera menciona al realismo jurídico en la primera parte de su libro, en la que se ocupa de la filosofía del derecho, del concepto de derecho, de hechos jurídicos, de la teoría de la sanción de Austin y de la regla de reconocimiento de Hart⁵. Sin embargo, el realismo desempeñó un papel muy relevante en las discusiones que, durante el siglo veinte, se llevaron adelante sobre esos temas. ¿Por qué Shapiro no lo menciona? ¿El realismo jurídico estaba completamente equivocado? Y si es así, ¿en qué se equivocaba? Creo que la respuesta, sobre la cual estaría de acuerdo Shapiro, es la siguiente: el realismo deja fuera del cuadro el *punto de vista interno*. Esta es la razón principal por la que el realismo ha sido considerado una teoría del derecho con fisuras. Claramente, el realismo jurídico se ocupa del derecho solo desde el punto de vista externo, sin tomar en consideración las razones sobre la base de las

G., "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?", *Cornell Law Review*, 95, 2009, pp. 61-137.

² Véase Posner, R. A., *The Economics of Justice*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1981 y Id., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1990. Véase también Chiassoni, P., "Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto", en Zanetti, G. (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, pp. 183-220.

³ Véase, e. g., Minda, G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995.

⁴ Véase Leiter, B., *op. cit.* Sobre el enfoque de Leiter, véase por ejemplo Priel, D., "Were the Legal Realists Legal Positivists?", *Law and Philosophy*, 27, 2008, pp. 309-350; Spaak, T., Reseña de "Naturalizing Jurisprudence" de B. Leiter, *Theoria*, 74, 2008, pp. 352-362; Green, L., "Law and the Causes of Judicial Decisions", *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 14/2009, pp. 1-36.

⁵ El realismo es analizado en el capítulo 9 del libro de Shapiro, en relación con la crítica que el realismo hiciera del formalismo en las decisiones judiciales.

cuales los ciudadanos y los funcionarios asumen el derecho como guía, aceptan sus normas, las siguen, critican a quienes no se conforman a ellas, etc. Podría incluso agregarse que dejar fuera el punto de vista interno es consecuencia del hecho de que el realismo está comprometido con la empresa de reducir las normas a hechos, suprimiendo así la normatividad. La normatividad del derecho y el punto de vista interno pierden todo interés una vez que se advierte que no son más que epifenómenos de hechos sociales y psicológicos; sin embargo, suele argumentarse contra el realismo, este no parecería ser un buen análisis de nuestro concepto de derecho. Hart construyó una crítica de este tipo contra el realismo y, si estoy en lo correcto, Shapiro concuerda completamente con él⁶.

Creo que la crítica de Hart es básicamente correcta. Pienso también que uno de los objetivos que Shapiro pretende alcanzar en su libro es precisamente el de dar una explicación de aquello que los realistas aparentemente perdían de vista. Se trata de explicar por qué usamos al derecho como guía, por qué nos preocupamos y deberíamos preocuparnos por el derecho, por qué es tan importante para nuestras vidas como individuos y como grupo social. Sin embargo, creo que la reconstrucción hartiana del realismo era una simplificación, poco caritativa y equivocada en algunos aspectos, puesto que desatendía algunos aspectos del proyecto realista. Si esto es correcto, vale la pena dar una mirada más atenta a estas cuestiones, no solo por razones históricas, sino también teóricas, de modo tal de comprender mejor el proyecto mismo de Shapiro y determinar el alcance de su tesis.

⁶ Véase Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994, caps. 1 y 7. [N. T.: citado por la traducción de la primera edición de Genaro Carrió: Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción]. “Es bastante conocido el modo en que Hart ridiculizaba la teoría de las normas defendida por el realismo jurídico. Según Hart es absurdo sostener que las normas jurídicas son meramente predicciones del comportamiento de los jueces, puesto que entonces ¿cómo podría un juez decidir un caso? ¿debería usar las normas para predecir su propio comportamiento? Las normas jurídicas permiten a las personas predecir el comportamiento judicial porque guían el comportamiento de los jueces, y no viceversa” (Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507, cita en la p. 503).

II. Teorías basadas en la sanción y el hombre malo

De hecho, en la primera parte del libro de Shapiro no hay ninguna mención explícita al realismo, sino que se hace referencia a él solo de manera implícita. Mientras discute sobre la tarea del filósofo del derecho, consistente en formular una lista preliminar de verdades obvias acerca del derecho, Shapiro se refiere al punto de vista que por lo general se atribuye al realismo y según el cual el derecho es lo que los tribunales dicen que es.

Supongamos [...] que alguien propone la siguiente explicación de la naturaleza del derecho: el derecho es lo que los tribunales dicen que es. Aunque esta teoría está muy difundida entre los políticos y los profesores de derecho, es claro que no logra ser una instancia de análisis conceptual, en tanto deja de lado muchas verdades obvias sobre el derecho⁷.

El método de análisis conceptual que usa Shapiro parte de un conjunto de verdades obvias acerca del derecho, y una teoría que no logra acomodar varias de ellas ha de ser rechazada, tal como sucede con el realismo. ¿Cuáles son las verdades obvias que el realismo no logra acomodar? Principalmente, la verdad obvia referida a la objetividad, “que sostiene que los tribunales pueden cometer errores al interpretar el derecho”⁸. Shapiro menciona otras verdades obvias que el realista no logra acomodar, pero me parece que se trata de variantes sobre el tema de la objetividad:

que algunos tribunales aplican un mejor razonamiento jurídico que otros, que los tribunales de apelación existen en parte para corregir los errores jurídicos y que la razón por la cual normalmente podemos predecir lo que determinarán los tribunales es que estos suelen aplicar correctamente el derecho preexistente⁹.

⁷ Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, p. 42.

⁸ *Ídem*. Véase Leiter, B., *op. cit.*, p. 70.

⁹ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 42.

Mi impresión es que tenemos razones para dudar que el realismo “deja de lado tantas verdades obvias que no puede considerarse que revele la identidad de la entidad referida por nuestro concepto de derecho”¹⁰. E incluso más, Shapiro deja espacio para la posibilidad de que una respuesta acerca de la identidad de un ente determinado viole una o más de las verdades obvias.

*Aunque no es necesario que nuestra respuesta satisfaga cada una de las verdades obvias, debemos intentar elaborar una teoría que dé cuenta de tantas como sea posible. Porque si nuestra explicación deja de lado demasiadas de ellas, habremos cambiado de tema y ya no estaremos brindando una explicación de la entidad que pretendíamos, sino de algo distinto*¹¹.

Dado que un conjunto de enunciados que contiene un enunciado falso es también falso, creo que una teoría que viole una o más obviedades acerca de la entidad en cuestión es falsa. Pero Shapiro parece sostener que, bajo ciertas condiciones (*i. e.* ¿ausencia de una teoría mejor?), una teoría que viole algunas verdades obvias puede de todos modos ser aceptada. Esto me parece un tanto desconcertante, sin embargo, aun cuando compartamos esta afirmación acerca de los criterios de aceptación de una teoría, uno desearía saber algo más acerca del número y el tipo de obviedades que una teoría puede legítimamente violar.

Más allá de estas cuestiones preliminares, quisiera concentrarme en el tratamiento, si bien implícito, que Shapiro da al enfoque realista y, en particular, en su discusión, ahora sí explícita, de la perspectiva del hombre malo (*bad man*). Como dije al inicio, el principal defecto del enfoque realista consiste en su ceguera frente al punto de vista interno. Quizás, la obviedad acerca del derecho que no ven los realistas es la siguiente: las normas jurídicas, tal como afirma Hart, poseen un aspecto interno. Ahora bien, la perspectiva del hombre malo parece

¹⁰ *Ídem*. Sin embargo, siguiendo a Hart, podríamos decir que el realismo no puede dar cuenta de las reglas secundarias, ya sea de la “regla de reconocimiento” o de las “reglas de adjudicación”. Véase Hart, H. L. A., *op. cit.*, caps. 5-7.

¹¹ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 40; las cursivas son mías.

desafiar esta crítica al realismo, puesto que a partir de ella parece posible construir un ataque radical a la normatividad del derecho y a la idea de que el punto de vista interno es esencial para definir el derecho.

La perspectiva del hombre malo es introducida por Shapiro en el capítulo dedicado a la teoría de Austin basada en la sanción, y luego discutida en el capítulo acerca de la regla de reconocimiento de Hart¹². Shapiro básicamente reproduce la crítica de Hart a Austin, y considera que la crítica es correcta. Lo que me parece desconcertante es el modo en el que se presenta y se discute la perspectiva del hombre malo.

Pienso que –tal como intentaré mostrar en lo que sigue– el punto de Holmes era distinto del que Shapiro y otros le atribuyen. El punto de Holmes era acerca del *conocimiento jurídico*, y no acerca de la normatividad del derecho. Más precisamente, el personaje del hombre malo no nos ayuda a establecer si debemos o no hacer lo que el derecho nos exige, si el derecho es o no una razón para actuar, etc.; nos ayuda, en cambio, a obtener conocimiento acerca del derecho.

Si consideramos al personaje del hombre malo como un modo de dar cuenta de la normatividad del derecho (o del derecho como razón para actuar y como guía de comportamiento), por supuesto que es un modo insatisfactorio. Al igual que la teoría basada en la sanción de Austin, la teoría del hombre malo “no deja lugar a la existencia del buen ciudadano” ya que se concentra solo en quien se ve motivado únicamente por el deseo de evitar las sanciones¹³.

Por otra parte, el buen ciudadano considera que las obligaciones impuestas por el derecho brindan una nueva razón moral para el cumplimiento. Se entiende que las reglas son razones más allá de las sanciones que acompañarán su violación o de las

¹² Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, caps. 3-4. Véase Shapiro, S. J., “The Bad Man and the Internal Point of View”, en Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and its Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 197-210 y Id., “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, 8, 2002, pp. 387-441, en particular pp. 437-439.

¹³ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 104. Véase también Shapiro, S., “What is the Internal Point of View?”, *Fordham Law Review*, 75, 2006, pp. 1157-1170, en particular p. 1159; en contra, véase Schauer, F., “Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law”, *Ratio Juris*, 23, 2010, pp. 1-21.

consideraciones morales que, con independencia de lo anterior, resulten aplicables a las acciones exigidas¹⁴.

Para el hombre malo, el único aporte normativo que hace el derecho es la amenaza de sanción. Mientras que el derecho ciertamente busca controlar al hombre malo, y por esta razón amenaza en general con sanciones, también desea guiar la conducta del buen ciudadano. No solo las sanciones son innecesarias para controlar a quienes respetan las reglas del sistema que confieren potestades e imputan legitimidad a quienes actúan en conformidad con ellas, sino que son terriblemente costosas. Motivar a los buenos ciudadanos imponiéndoles deberes jurídicos es mucho más eficiente que amenazarlos verosímilmente. En efecto, un régimen cuyo único medio de persuasión fuese la fuerza quebraría al poco tiempo¹⁵.

Siguiendo a Shapiro, esto permite una comprensión complementaria del hombre malo de Holmes (que desea evitar las sanciones) y del asaltante de Austin (que amenaza con sanciones) y es una mala noticia para la teoría hartiana de las reglas como prácticas, puesto que el hombre malo es capaz de formular proposiciones jurídicas, sin asumir el punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento del sistema.

Considérese el hombre malo. Para él, el derecho brinda la misma razón básica que genera el asaltante, a saber, la evitación de las sanciones. Obedece el derecho por autointerés racional, porque “se ve obligado” a hacerlo. Sin embargo, adviértase que el hombre malo es capaz de recaracterizar el derecho utilizando un vocabulario alternativo. Mientras que el hombre malo puede describir el derecho en los mismos términos que usaría respecto de un asalto –“me vi obligado a entregar el dinero”– también puede *redescribir* lo anterior empleando el lenguaje de la obligación. Podría decir no solo que el derecho le obliga a pagar

¹⁴ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 105.

impuestos, sino también que está *jurídicamente obligado* a hacerlo. Es decir, puede describir las normas impositivas no solo como expresión de deseos respaldados por amenazas de sanción sino también como reglas que imponen deberes jurídicos¹⁶.

No sé si se trata realmente de malas noticias para Hart¹⁷, pero sospecho que seguramente son buenas noticias para el realismo jurídico, entendido no como una teoría del derecho sino como una teoría acerca del conocimiento jurídico. El hombre malo puede redefinir el derecho usando un vocabulario y una terminología normativos, aun cuando asuma un punto de vista externo. Éste es exactamente el punto. El hombre bueno corre el peligro de confundir las obligaciones morales con las jurídicas, mientras que, cuando nosotros deseamos conocer el derecho, queremos saber qué es específicamente jurídico. El hombre malo nos ayuda a hacer esto¹⁸. En la sección siguiente intentaré explicar con más detalle cómo es que esto es así.

Por esta razón, desde mi punto de vista, es equivocada la acusación según la cual en este caso se produce una violación de la ley de Hume puesto que se llevaría a cabo un razonamiento del tipo DENS (derivando lo normativo a partir de lo descriptivo)¹⁹. Si consideramos la perspectiva del hombre malo en sus propios términos (algo que no interesaba a Holmes), se trata de una perspectiva *práctica* consistente en un razonamiento del tipo NENS (en el que la normatividad es claramente prudencial, no legal). Se trata de derivar una conclusión normativa a partir de una premisa normativa y una descriptiva. Por ejemplo (“¡” designa la fuerza normativa de un enunciado, “/” separa las premisas entre sí y “//” separa las premisas de la conclusión):

¹⁶ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 151-152.

¹⁷ Sobre esta cuestión véanse las contribuciones Poggi y Papayannis presentes en este volumen.

¹⁸ Véase Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 239-241, acerca de las supuestas ventajas de la teoría de los planes respecto de la explicación del modo en que el hombre malo puede descubrir el contenido del derecho, sin asumir el punto de vista interno.

¹⁹ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 153.

(1)

¡Deseo evitar las sanciones! /

Si no hago A, (probablemente) seré sancionado por un tribunal //

¡Debo hacer A!²⁰

Ahora bien, si consideramos la perspectiva del hombre malo como una perspectiva *epistémica* (que interesaba a Holmes), no se trata de un razonamiento del tipo DENS, sino del tipo DEDS, en el que se obtiene una conclusión descriptiva a partir de premisas igualmente descriptivas:

(2)

Si A es un deber jurídico, (probablemente) será impuesto por los tribunales /

X no ha hecho A //

X será (probablemente) sancionado por un tribunal.

Ni (1) ni (2) equivalen a una teoría del derecho, pero (2) contribuye al conocimiento jurídico formulando predicciones acerca de lo que harán los funcionarios, y por lo tanto podría ser parte de una teoría del derecho, que podríamos llamar “teoría predictiva”, acerca del modo en el que nuestros enunciados *externos* sobre el derecho pueden verse, en un sentido relevante, empíricamente confirmados o no.

Quizás si –sobre esta base– se analiza nuevamente la afirmación original de Holmes referida a la perspectiva del hombre malo, pueda arrojarse luz sobre estos temas, o al menos así lo espero.

²⁰ Esto puede también ser visto como un razonamiento del tipo DEDS si lo redescrivimos en términos de enunciados acerca de “normas técnicas” (von Wright, G. H., *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, caps. 1 y 6), susceptibles de ser verdaderos o falsos: “Deseo evitar ser sancionado / Si deseo evitar ser sancionado, tengo que hacer A // Tengo que hacer A”.

III. ¿En qué se equivoca el hombre malo?

Austin se concentra en las *sanciones*, que son el elemento central de su teoría “imperativista” del derecho. Según esta teoría las normas jurídicas son órdenes del soberano, es decir, deseos del soberano respaldados por amenazas. Holmes y Ross se concentran, en cambio, en la *predicción*. Me referiré a la posición de Ross en la sección siguiente. En esta sección desearía concentrarme en las razones que llevan a Holmes a concentrarse en la predicción.

El hombre malo de Holmes aparece por primera vez en el discurso que Oliver Wendell Holmes pronunció cuando fue inaugurado el nuevo salón de la Boston University School of Law, el 8 de enero de 1897. El discurso fue luego publicado en la *Harvard Law Review* bajo el título “The Path of the Law”. No carece de importancia advertir que los destinatarios del discurso original eran, presumiblemente, estudiantes y profesores de derecho.

El tema abordado por Holmes es “el estudio del derecho”. Para saber qué establece el derecho, es necesario formular predicciones acerca de las acciones de los funcionarios y, en particular, acerca de las decisiones judiciales.

Lo que llamamos un deber jurídico no es otra cosa más que una predicción según la cual si un hombre hace o deja de hacer una cierta cosa será sometido a un cierto sufrimiento en virtud de una sentencia judicial –y lo mismo para el caso de los derechos legales²¹.

El patrón de razonamiento (2) que he presentado más arriba no es más que una aplicación de esto. ¿Por qué llevamos a cabo predic-

²¹ Holmes, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10, 1897, pp. 457-478, cita en la p. 458. Sobre “The Path of the Law” véase Fisch, M. H., “Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism”, *The Journal of Philosophy*, 39, 1942, pp. 85-97; Twining, W., “The Bad Man Revisited”, *Cornell Law Review*, 58, 1973, pp. 275-303; Miller, J. D., “Holmes, Peirce and Legal Pragmatism”, *The Yale Law Journal*, 84, 1975, pp. 1123-1140; Grey, T. C., “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review*, 41, 1989, pp. 787-870; Burton, S. J., *op. cit.*

ciones acerca de las decisiones judiciales? Para distinguir el derecho de la moral y para distinguir el derecho concreto (lo que establece el derecho) del derecho en abstracto (lo que el derecho es). Es en este punto que entra en acción el hombre malo. El hombre malo, según la definición de Holmes, no se preocupa por la moral, las normas éticas o los principios compartidos por sus pares, sino que se comporta de acuerdo a su propio interés. En particular, desea evitar ser sancionado por los tribunales. De este modo, el hombre malo lleva a cabo el tipo de razonamiento (1) que he presentado arriba y esto es de gran importancia puesto que, desde el punto de vista de Holmes, nos da un método para evitar confundir el derecho con la moral:

Creo que conviene aquí [...] señalar y aclarar una confusión entre derecho y moral que a veces suele elevarse hasta alcanzar el estatuto de teoría [...]. Es bastante obvio que un hombre malo tiene tantas razones como el bueno para desear evitar enfrentarse a la fuerza pública, y así puede advertirse la importancia práctica de la distinción entre derecho y moral. Un hombre que no dé ninguna importancia a las reglas éticas defendidas y practicadas por sus vecinos, se preocupará de todos modos por evitar que lo fuercen a entregar dinero y, seguramente, intentará también evitar terminar tras las rejas²².

El razonamiento del hombre malo es práctico, pero el razonamiento del estudioso del derecho que adopta la perspectiva del hombre malo, para distinguir el derecho de la moral, no lo es. Holmes subraya el carácter *epistémico* de la perspectiva de su personaje, que es perfectamente compatible con reconocer el hecho de que el derecho “es el testigo y el depositario externo de nuestra vida moral”.

²² Holmes, O. W., *op. cit.*, p. 459. Shapiro, S. J., “What is the Internal Point of View?”, *op. cit.*, p. 1161 caracteriza al punto de vista del hombre malo como un punto de vista externo y práctico, constituido por una actitud de no-aceptación. (Pero “externo y práctico” suena a un oxímoron, en el caso que externo signifique no práctico, *i. e.* teórico). Perry, S. R., “Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory”, en Burton, S. J., *op. cit.*, pp. 158-196, lo caracteriza como “hermenéutico”, en el sentido de “embarcado en un ejercicio de razonamiento práctico”.

Estoy seguro que ninguno de mis oyentes cometerá el error de interpretar lo que tengo para decir como una expresión de cinismo. El derecho es el testigo y el depositario externo de nuestra vida moral. Su historia es la historia del desarrollo moral de la raza. La práctica del derecho, a pesar de lo que afirma el humor popular, tiende a producir buenos ciudadanos y buenos hombres. Cuando resalto la diferencia entre el derecho y la moral, lo hago teniendo en vista un único fin, a saber, el de *aprender y comprender el derecho*²³.

Si queremos conocer el derecho tal y como es, y no como debería ser según un determinado estándar moral, debemos mirar el derecho tal y como lo hace el hombre malo, ya que su razonamiento no confunde el derecho con la moral. No es necesario dar por buenas sus razones prudenciales, apoyadas en predicciones, es necesario únicamente usar su razonamiento como una guía epistémica para llevar a cabo predicciones acertadas²⁴. Por el contrario, el razonamiento del hombre bueno que desea comportarse sobre la base de razones morales (que pueden ciertamente ser diferentes de las razones legales) no confiere una guía epistémica. El pasaje clave es el siguiente:

Si usted desea conocer lo que exige el derecho y no otra cosa, debe mirar el derecho como un hombre malo, como un hombre que se preocupa sólo por las consecuencias materiales que ese conocimiento le permite predecir; no debe mirar el derecho como un hombre bueno, como un hombre que encuentra las

²³ Holmes, O. W., *op. cit.*, p. 459; el énfasis es mío.

²⁴ Shapiro está en lo cierto cuando observa que “el hombre malo de Holmes no se ve motivacionalmente guiado por el derecho; sin embargo, el derecho guía epistemológicamente su conducta, al menos en aquellos casos en que las normas jurídicas se encuentran correlacionadas con la imposición, o el riesgo de imposición, de sanciones significativas” (Shapiro, S. J., “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 127-170, cita en las pp. 146-147). Acerca de la guía epistémica y la guía motivacional, véase Shapiro, S. J., “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, p. 490 y ss. También Leiter, B., *op. cit.*, pp. 104-106 afirma que la tesis de Holmes era epistémica, y subraya que “Hart leyó mal a los realistas cuando los interpretó como respondiendo a cuestiones filosóficas de análisis conceptual” (*ibidem*, p. 18).

razones de sus acciones, ya sea dentro o fuera del derecho, en las sanciones indefinidas de la consciencia²⁵.

Holmes da varios ejemplos de esto. Un ejemplo significativo se refiere a los denominados “derechos del hombre”. Incluso si la moral ha desde siempre influenciado el derecho, Holmes sostiene que “se obtiene únicamente confusión si se asume que los derechos del hombre en sentido moral son igualmente derechos en el sentido de la Constitución o las leyes”²⁶.

En definitiva, en primer lugar, la perspectiva del hombre malo nos ayuda a distinguir el derecho de la moral. En segundo lugar, gracias a las predicciones, nos ayuda a distinguir el derecho existente (el derecho vigente) del derecho en abstracto. Holmes concluye su argumento con la famosa frase sobre “las profecías de lo que, de hecho, harán los tribunales”:

La confusión de la que me estoy ocupando afecta todas las concepciones legales. Considere la pregunta fundamental: ¿qué constituye el derecho? Encontrará algunos escritores que le dirán que el derecho es algo distinto de las decisiones de los tribunales de Massachusetts o Inglaterra, que es un sistema de la razón, que se deduce de los principios de la moral o de determinados axiomas o de lo que sea, y que puede o no coincidir con las decisiones. Pero si tomamos en cuenta el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo, advertiremos que él no se preocupa en lo más mínimo por los axiomas o las deducciones. El hombre malo quiere *saber* lo que, de hecho, harán los tribunales del Massachusetts o de Inglaterra. Yo estoy bastante de acuerdo con él. Las profecías de lo que, de hecho, harán los tribunales, y solo eso, es lo que entiendo por derecho²⁷.

²⁵ Holmes, O. W., *op. cit.*, p. 459.

²⁶ *Ibidem*, p. 460.

²⁷ *Ibidem*, pp. 460-461; las cursivas son mías.

Hay, a pesar de todo, algunos pasajes desafortunados en el argumento de Holmes. El pasaje apenas citado puede dar la impresión de que lo que está en cuestión es la naturaleza del derecho (“¿qué constituye el derecho?”). Otros pasajes de ese mismo escrito pueden dar la misma impresión:

Los derechos y los deberes primarios de los que se ocupa la ciencia del derecho no son, de nuevo, otra cosa más que profecías²⁸.

El deber de cumplir un contrato, significa en el derecho una predicción de que usted deberá resarcir los daños en el caso que no lo cumpla, y sólo eso²⁹.

Estos pasajes dan la impresión de que Holmes está ofreciendo una reconstrucción conceptual del derecho. Esta impresión se ve reforzada si se leen los pasajes en los que Holmes critica las teorías de acuerdo con las cuales un derecho o un deber jurídico son “algo que existe separada e independientemente de las consecuencias de su quebrantamiento, y al que determinadas sanciones son sucesivamente asociadas”³⁰. Aquí Holmes ofrece una teoría del derecho basada en la sanción. Y en cuanto tal se ve expuesto a las bien fundadas objeciones que Hart y Shapiro formulan contra este tipo de teorías.

Algunos autores han intentado defender el enfoque de Holmes frente a estas objeciones, afirmando, por ejemplo, que Holmes no buscaba proveer una teoría semántica del significado de “derecho”, sino una teoría empírica de la conexión entre deberes jurídicos y decisiones judiciales³¹. Otros sostienen que la perspectiva del hombre malo es solo

²⁸ *Ibidem*, p. 458.

²⁹ *Ibidem*, p. 462. Véase la crítica a este pasaje y a otros similares en Kelsen, H., *General Theory of Law and State* (1945), New York, Russell & Russell, 1961, pp. 166-169.

³⁰ Holmes, O.W., *op. cit.*, p. 458.

³¹ Véase White, M., “Holmes and Hart on Prediction and Legal Obligation”, *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 2004, 40, pp. 569-573.

un “dispositivo heurístico” adoptado para distinguir el derecho de la moral, y el derecho actual del derecho en abstracto³².

De todos modos, además de las cuestiones y los escrúpulos filológicos, es razonable decir que “The Path of the Law” admite dos lecturas diferentes, una *conceptual* y otra *empírica*. Según la primera, el derecho no es otra cosa más que profecías, según la segunda, el conocimiento del derecho exige llevar a cabo predicciones de las decisiones judiciales.

Un punto epistémico importante debe ser aclarado antes de continuar: he dicho que las teorías predictivas han de ser interpretadas como teorías del conocimiento jurídico, pero no debería confundirse predicción con conocimiento. Una predicción tiene un contenido proposicional capaz de ser verdadero o falso, y en el caso que sea falso no es conocimiento, claramente. Pero las predicciones son, de todos modos, “dispositivos heurísticos” quizás indispensables para obtener un conocimiento completo del derecho vigente. Las predicciones han de ser testeadas para ver si la hipótesis sobre la que se basan es verdadera o falsa.

Hart y Shapiro demuestran que, si la lectura conceptual de los escritos de Holmes es correcta, entonces la teoría de Holmes es equivocada. Pero ello no implica que la teoría de Holmes sea también errónea si se le da una lectura epistémica. De hecho, Ross defendió una posición similar de un modo que, desde mi punto de vista, es bastante persuasivo. Veamos con más detalle la posición realista de Ross.

IV. Acerca de la teoría predictiva como teoría del conocimiento jurídico

IV.1. La crítica de Hart

En “Scandinavian realism”, que es una reseña del libro de Alf Ross *On Law and Justice* publicado un año antes, Herbert Hart presentó una

³² Véase Haack, S., “On Legal Pragmatism: Where Does ‘The Path of the Law’ Lead Us?”, *The American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, p. 71-105, en particular pp. 86-87.

severa crítica al pensamiento de Ross³³. Según esta crítica, las teorías predictivas se equivocan desde un punto de vista conceptual y son inadecuadas desde un punto de vista explicativo. Primero, es un error conceptual reducir la validez legal a predicciones empíricas. Segundo, al traducir los enunciados internos a enunciados externos se pierde tanto el sentido que poseen el lenguaje y la práctica jurídicos como la diferencia entre “verse obligado” y “tener una obligación”³⁴.

La reconstrucción que Hart hace de Ross se concentra en el aspecto predictivo de la teoría rossiana y en el hecho que esta toma en cuenta las actitudes emocionales de los tribunales: ambas cosas son necesarias, según Ross, para determinar cuándo una norma jurídica es “válida” (“válida” dentro del esquema de Ross).

Decir que una norma jurídica es válida es decir (1) que los tribunales, bajo ciertas condiciones específicas, aplicarán esa norma, o al menos que la considerarán especialmente importante para tomar su decisión y (2) lo harán porque se sienten emocionalmente “obligados” por esas normas. Una norma válida es una hipótesis verificable acerca del comportamiento futuro de los jueces y de los específicos sentimientos que lo motivan³⁵.

El segundo punto es importante para distinguir el realismo de Ross de aquella forma cruda de realismo para la cual solo cuenta el comportamiento de los jueces. El comportamiento no basta para ofrecer una explicación del derecho válido y de la aplicación del derecho, para ello ha de tenerse en cuenta también las actitudes de los jueces y la convicción de “sentirse obligado” por las normas. Sin embargo, Hart piensa que el enfoque de Ross no es capaz de dar cuenta del modo en que los jueces toman sus decisiones:

³³ Hart, H. L. A., “Scandinavian Realism” (1959), en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 161-169. Véase Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958. Véase Shapiro, S. J., “What is the Internal Point of View?”, *op. cit.*, pp. 1168-1170.

³⁴ Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, cap. 2 y Kelsen, H., *op. cit.*, p. 165 y ss.

³⁵ Hart, H. L. A., “Scandinavian Realism”, *op. cit.*, p. 165.

Primero, incluso si en boca del ciudadano ordinario “Esto es derecho Inglés válido” es una predicción de lo que un juez hará, dirá o siente, éste no puede ser el significado en la boca de un juez, quién no está preocupado por predecir sus propios sentimientos o comportamiento, ni los de sus colegas. “Esta es una norma de derecho válida” dicho por un juez es un acto de reconocimiento; al pronunciarlo el juez reconoce la norma en cuestión como una que satisface un criterio aceptado y general para la admisión de una norma como parte del sistema y, por lo tanto, como un estándar jurídico de comportamiento³⁶.

Segundo, incluso si (aun cuando también pueda dudarse de esto) los enunciados no-judiciales de la forma “X es una norma válida” sean siempre predicciones de los sentimientos y del comportamiento futuros de los jueces, la base para tales predicciones es el conocimiento de que los jueces usan y comprenden el enunciado “Esta es una norma válida” en un sentido no-predictivo³⁷.

Hart señala en este punto la diferencia entre enunciados internos y enunciados externos. Los últimos son enunciados factuales “*acerca del grupo y de la eficacia de sus reglas*”³⁸. Los primeros son enunciados normativos que “*expresan la aceptación de los estándares y, de manera diversa, los usan y apelan a ellos*”³⁹. Ross, según Hart, trata los enunciados de validez como enunciados externos que pretenden predecir el comportamiento y los sentimientos de los jueces, sin embargo, siempre según Hart, “*el uso central de ‘legalmente válido’ es en un enunciado normativo interno*”⁴⁰.

³⁶ *Ídem*. Como puede advertirse, Hart está pensando aquí en lo que denomina “regla de reconocimiento”. Véase Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, y Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, cap. 4.

³⁷ Hart, H. L. A., “Scandinavian Realism”, *op. cit.*, p. 165.

³⁸ *Ibidem*, p. 166.

³⁹ *Ibidem*, p. 167. Véase Muffato, N., “Asserti interni: prescrizioni o asserzioni?”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2007*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 11-37.

⁴⁰ Hart, H. L. A., “Scandinavian Realism”, *op. cit.*, p. 167. Véase Ross, A., *op. cit.*, cap. 2.

Del mismo modo, refiriéndose a los que Hart llama “enunciados de obligación”, “la objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones”⁴¹.

En definitiva, los enunciados internos no pueden ser reducidos a enunciados externos, pero tampoco los enunciados externos pueden ser reducidos a enunciados internos, en cuanto estos últimos no describen la “eficacia” o la “efectividad” de las normas (esto es, no dicen, ni implican, que se trata de normas vigentes). Volviendo al libro de Shapiro, uno podría tener la impresión de que el autor está más interesado en los enunciados internos que en los externos. Claramente Shapiro comparte la distinción, pero la teoría del derecho como plan parece encajar mejor con los enunciados internos y descuidar los externos, puesto que está casi exclusivamente construida sobre la perspectiva de los planificadores, es decir, la perspectiva de quienes crean nuestras instituciones jurídicas, adoptan el derecho y se preocupan por él⁴².

IV.2. La defensa de Ross

Unos pocos años luego de la reseña de Hart, Ross publicó una reseña del libro de Hart, *El concepto de derecho*. Ross parece ser menos crítico con Hart, de lo que Hart lo fue con él. Ross no quiere descuidar la distinción interno/externo de los enunciados jurídicos. Por el contrario,

⁴¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 84 (105).

⁴² Véase Shapiro, S. J., “The Bad Man and the Internal Point of View”, *op. cit.*; Id., “What is the Internal Point of View?”, *op. cit.*; y Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 138-139. Digo “casi exclusivamente” puesto que a veces Shapiro realiza afirmaciones externas tales como “La creación de derecho no intencional es posible” (Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 106) o las “normas similares a los planes deben ser analizadas de un modo diferente a los planes, dado que pueden surgir de modo no intencional” (Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 464).

las ambiciones científicas de una teoría realista dependen precisamente de esa distinción.

De mi parte, quiero agregar que el lenguaje interno no es un lenguaje de naturaleza descriptiva. La función del lenguaje interno no es la de describir hechos, ni la de proporcionar información; su función es, en cambio, la de advertir, reprender, exhortar. Cuando digo “Te he prestado mi auto. Tienes el deber de cuidarlo”, mi intención es exigir una determinada conducta de parte de quien recibió mi auto y justificar esta exigencia haciendo referencia a las normas (jurídicas o morales) acerca del préstamo. No informo a quien recibió el auto sobre la existencia de tales reglas, las aplico. El lenguaje externo, por otro lado, es de naturaleza descriptiva. Se refiere a hechos, a la descripción y a la predicción de hechos⁴³.

Los jueces, y otros funcionarios que aplican el derecho, usan un “lenguaje interno” normativamente cargado. Lo mismo es verdad, podríamos agregar, de los ciudadanos que aceptan y obedecen el derecho. Ellos muestran lo que Hart llama “actitud crítico-reflexiva”⁴⁴. Pero la ciencia jurídica no usa el mismo lenguaje, usa un “lenguaje externo” que hace abstracción de esa aceptación.

Me sorprende verdaderamente que Hart no advierta, o que al menos no mencione, el más obvio de los usos de un lenguaje externo por parte de un observador, que ni acepta ni rechaza las normas, sino que meramente informa acerca de ellas: el estudioso del derecho cuyo trabajo es proporcionar enunciados verdaderos acerca del derecho existente⁴⁵.

El estudioso del derecho, cuya tarea es describir el derecho como un observador interesado en obtener conocimiento jurídico, debe evitar

⁴³ Ross, A., “Reseña de ‘The Concept of Law’ de H. L. A. Hart”, *The Yale Law Journal*, 71, 1962, pp. 1185-1190, cita en la p. 1189.

⁴⁴ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 56 y ss. (70 y ss). Véase Ross, A., *On Law and Justice*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁴⁵ Ross, A., “Reseña de ‘The Concept of Law’”, *op. cit.*, p. 1189.

el lenguaje interno de los participantes. “Yo me ocupo del enunciado *externo* acerca de las *existencia* de una norma o de un sistema de normas.”⁴⁶. Por lo tanto, según el filósofo dinamarqués, no parece existir ningún desacuerdo entre él y Hart, puesto que ambos consideran que la existencia de normas jurídicas es una cuestión empírica que depende de la práctica judicial:

Hart comparte la opinión de que la existencia de una norma o de un sistema de normas es una cuestión empírica, acerca de hechos que dependen del modo en que los tribunales efectivamente identifican lo que cuenta como derecho⁴⁷.

Ross sostiene que la fuente del malentendido entre ambos es el término “validez”. Ross afirma que el término “válido”, usado en la traducción inglesa de su libro, no era una buena opción, puesto que el término original dinamarqués significaba algo como “vigente” o “eficaz”⁴⁸. Las teorías predictivas son teorías del conocimiento jurídico, *i. e.*, del conocimiento del derecho “vigente”. En este sentido no existe incompatibilidad entre estas teorías y el concepto positivista de derecho hartiano.

Omitiendo aquí algunas complicaciones, una forma extremadamente cruda de realismo produciría enunciados del siguiente tipo (“x” es una variable para individuos, “C” significa “realiza la acción C”, “S” significa “es sancionado por un tribunal”, “ \forall ” es el cuantificador universal y “ \rightarrow ” es el símbolo de la implicación material):

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1190. Véase Kelsen, H., *op. cit.*, p. 164: “La teoría del derecho normativa describe el derecho desde un punto de vista externo, aun cuando sus enunciados son enunciados de deber ser”. Algunos filósofos sostienen que el Realismo jurídico escandinavo constituyó el intento más interesante y coherente de naturalizar (y de, en cierto sentido, “externalizar”) la ciencia del derecho; véase Spaak, T., *op. cit.*

⁴⁷ Ross, A., “Reseña de ‘The Concept of Law’”, *op. cit.*, p. 1190. En realidad esto no es exactamente así. Hart afirma esto con relación al sistema en su totalidad, y no respecto de cada norma individual.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1190.

$$(A) \quad \forall x (Cx \rightarrow Sx).$$

El problema con los enunciados del tipo (A) es que pasan por alto la dimensión normativa del derecho, del comportamiento jurídico y del proceso de toma de decisiones⁴⁹. Los enunciados externos de Ross, por el contrario, tienen, en mi opinión, la siguiente forma lógica (“O” es operador deóntico de obligación):

$$(B) \quad O (\forall x (Cx \rightarrow Sx)).$$

Lo que este tipo de enunciado dice es: es el caso que es obligatorio (según las actitudes normativas de los tribunales) que tal y cual conducta sea sancionada por los tribunales. Enunciados del tipo (B) no pasan por alto la normatividad del derecho. Aun así, siendo descriptivos, estos enunciados son diferentes de los enunciados internos de los participantes, los que puede ser expresados como poseyendo la forma siguiente:

$$(C) \quad \text{¡}O (\forall x (Cx \rightarrow Sx))\text{!}$$

La marca distintiva de esta última clase de enunciados es su fuerza normativa; ellos no informan acerca de las actitudes de los tribunales, sino que expresan, ellos mismo, una actitud normativa. La perspectiva científica y realista de Ross pretende proporcionar enunciados del tipo (B), ya que los enunciados del tipo (A) son claramente inadecuados y enunciados del tipo (C) son enunciados de los participantes, formulados desde el punto de vista interno. O, mejor, un cuadro realista combina enunciados del tipo (A) y (B), es decir, enunciados predictivos acerca del comportamiento judicial y enunciados acerca de las actitu-

⁴⁹ “Una orden o un comando no es sólo toda señal a la que se responde apropiadamente de un modo y no de otro. Es algo que determina qué es una respuesta apropiada a través del decir lo que uno tiene que hacer, describiéndolo, especificando qué conceptos han de aplicarse a una acción para que ésta cuente como obedecer la orden” (Brandt, R. B., *Reason in Philosophy. Animating Ideas*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2009, p. 175).

des judiciales, en cuanto el comportamiento judicial es evidencia de las actitudes judiciales⁵⁰. Todo ello para no mencionar el hecho de que, conocer el derecho también consiste en el conocimiento de un conjunto complejo de hechos sociales⁵¹. Esto *presupone*, por supuesto, una cierta teoría acerca de lo que el derecho es. Por ejemplo, podría presuponer una teoría positivista del derecho. Creo que esta actitud realista es también compatible con la teoría del derecho como plan de Shapiro. Pero, para poder afirmar esto último, es necesario determinar si una pura descripción del derecho vigente es posible dentro del esquema de Shapiro, en el que se asume el punto de vista de los planificadores, esto es, un punto de vista según el cual el derecho posee un fin moral y está diseñado para resolver problemas morales⁵². Puesto que una cosa es el hecho que los planes sean obligatorios para los tribunales, otra cosa es que sean eficaces.

⁵⁰ Véase Ross, A., *On Law and Justice*, *op. cit.*, pp. 70-74. Pero entonces, ¿qué sucede con la normatividad del derecho, es decir, con “la idea según la cual las normas jurídicas válidas proporcionan específicas razones para la acción en virtud de su juridicidad” (Leiter, B., *op. cit.*, p. 188)? “En tanto y en cuanto las razones jurídicas delimiten el rango de resultados permitidos, la normatividad del derecho figurará en la mejor explicación de la decisión, incluso si el resultado final (elegido entre aquellos que pueden ser legalmente racionalizados) es un producto de una actitud ideológica y no tanto de un razonamiento jurídico” (*ibidem*, p. 190). Esto involucra una versión deflacionada de la noción en cuestión. “Seguramente, admitir la posibilidad de ‘hablar de la normatividad del derecho’, dentro de nuestra teoría socio-científica de la decisión judicial, exige una deflación de las afirmaciones acerca de la obligación jurídica, que va todavía más allá de la que llevara a cabo Hart en su teoría original. Pasamos de ‘los jueces se ven a ellos mismos como teniendo obligaciones’ a ‘los jueces hablan como si se vieran a ellos mismos como teniendo obligaciones’” (*ibidem*, p. 191).

⁵¹ Véase, e. g., Hierro, L., “Realismo jurídico”, en Garzón, E. y Laporta, F. J. (eds.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, vol. 11, Madrid, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 77-86 y Id., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2009.

⁵² Por supuesto que Shapiro sostiene que esto es posible (Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 239-240): “los enunciados jurídicos son descriptivos [...] porque describen la perspectiva moral del derecho”. Pero esto parece ser una descripción de las actitudes de los planificadores, y tales actitudes pueden ser diferentes del derecho “efectivamente vigente”.

V. ¿Cuántos realismos?

Leiter dice que el realismo jurídico estadounidense poseía una teoría de la decisión judicial y no una teoría del derecho estrictamente hablando⁵³. Lo que Leiter busca al afirmar esto es contestar algunas de las objeciones de Hart y conciliar el realismo jurídico con el positivismo jurídico. Leiter sostiene que el primero, pero no el último, posee una teoría descriptiva (correcta) de la decisión judicial, mientras que el segundo, pero no el primero, provee un análisis conceptual (correcto) de lo que el derecho es. Leiter piensa que la concepción realista del derecho es simplemente la de los positivistas (de acuerdo con la cual la validez jurídica es una cuestión de *pedigree*)⁵⁴.

Pienso que el realismo jurídico, como cualquier otra teoría del derecho, posee una teoría y una ontología del derecho, más o menos implícitas⁵⁵. Así, a pesar de lamentarse de la metafísica, el realismo también poseía una teoría de la naturaleza del derecho. No estoy seguro de que se trate simplemente de una teoría positivista. La distinción de Gray entre *derecho y fuentes del derecho*, o la de Pound entre *derecho en acción y derecho en los libros*—para mencionar solo algunas de las piedras angulares del realismo— son poco positivistas, aun cuando sea posible encontrarles un lugar dentro del esquema positivista⁵⁶. De acuerdo a la ontología jurídica de los realistas, el derecho está (principalmente) hecho por las decisiones de los jueces, y las predicciones de esas deci-

⁵³ Leiter, B., *op. cit.*, cap. 2. Sin embargo, Green, L., *op. cit.*, p. 4, señala que quizás aun no tengamos una buena teoría predictiva de la decisión judicial.

⁵⁴ “Así, a nivel filosófico o conceptual, el realismo y el positivismo son bien compatibles y, de hecho, el primero necesita al segundo. A nivel empírico, resulta que, mientras que existe un genuino desacuerdo entre las dos teorías, ni Hart ni ningún otro filósofo del derecho ha ofrecido un verdadero argumento contra el punto de vista realista” (Leiter, B., *op. cit.*, p. 60).

⁵⁵ Véase Tuzet, G., “The Social Reality of Law”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2007*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 179-198.

⁵⁶ Véase Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, New York, The Columbia University Press, 1909 y Pound, R., “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, 44, 1910, pp. 12-36. Estas teorías pueden ser convenientemente ubicadas dentro de un marco positivista definido por la tesis de las fuentes.

siones constituyen un modo de obtener conocimiento acerca de este. Si la teoría predictiva fuera una teoría sobre la naturaleza del derecho, se trataría, en virtud de las razones mencionadas más arriba, de una teoría claramente defectuosa⁵⁷. Esto no implica que sea una teoría equivocada acerca del conocimiento jurídico o una teoría descriptiva equivocada de la decisión judicial.

Leiter sostiene que los realistas eran “escépticos ante las reglas en sentido empírico”, en el sentido de que sostenían que, en las decisiones judiciales, las normas jurídicas no desempeñan el papel que se les atribuye. El escepticismo empírico ante las reglas es distinto del escepticismo conceptual ante las reglas. Este último es una versión mucho más fuerte de escepticismo según el cual las reglas son lo que los tribunales dicen que son y, en consecuencia, “hace que sea imposible articular la idea, bastante simple, de que el derecho es una cosa, y la decisión de un determinado tribunal otra”⁵⁸. El escepticismo conceptual viola la verdad obvia referida a la objetividad, usando el vocabulario de Shapiro. El defensor del escepticismo empírico ante las reglas sostiene, en cambio, que las reglas jurídicas no son eficaces, que no tienen eficacia causal respecto de las decisiones judiciales (al menos en algunos contextos de apelación)⁵⁹. Las decisiones de los tribunales no están determinadas –o al menos se encuentran subdeterminadas– por las reglas. Ahora bien, substitúyase “reglas” por “planes” y la misma preocupación aparece respecto de la teoría de Shapiro. ¿Poseen los planes eficacia causal respecto de las decisiones judiciales?

Asumamos, siguiendo a Shapiro, que la actividad jurídica es una forma de planificación social (“la tesis de la planificación”), que las reglas jurídicas son planes y que son obligatorias para los tribunales⁶⁰.

⁵⁷ Ignora el punto de vista interno y no puede dar cuenta de las reglas secundarias hartianas.

⁵⁸ Leiter, B., *op. cit.*, p. 70.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 73-79. Así, Leiter afirma que “Hart tiene buenos argumentos contra el escepticismo conceptual ante las reglas, pero esta forma de escepticismo no es, de hecho, la de los realistas jurídicos; y, en segundo lugar, que Hart nunca ofrece argumentos contra el escepticismo empírico ante las reglas” (*ibidem*, p. 69).

⁶⁰ Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, caps. 6-7.

Un conjunto diferente de cuestiones involucraría las siguientes preguntas: ¿cuándo un plan es eficaz?, ¿cómo puede determinarse empíricamente su eficacia?, ¿son los planes eficaces por definición?, ¿la noción de “plan que fracasa” es una noción contradictoria?⁶¹. No estoy seguro de que haya, dentro de la teoría de los planes espacio conceptual para una descripción de planes que fracasan⁶². Para que haya espacio es necesario que la teoría diga (cómo determinar) si un plan es eficaz o no en un contexto dado y, en particular, si los realistas estaban en lo cierto o no acerca de la indeterminación del derecho. Así, para decirlo en términos de Leiter, ¿ofrece la teoría de los planes una adecuada teoría descriptiva de la decisión judicial? Y, si lo hace, ¿provee una adecuada teoría descriptiva del derecho vigente?

Si nos concentramos en la decisión judicial, nos daremos cuenta de que los realistas no se contentaban con una simple teoría descriptiva, sostenían además que algunos métodos para decidir casos eran, de hecho, *buenos* métodos. En tanto y en cuanto ponderaban ciertos métodos y criterios de decisión, los realistas poseían una teoría *prescriptiva* de la decisión judicial. Los detalles de esta teoría eran distintos en cada autor y en cada contexto legal (resolver una controversia comercial no es lo mismo que decidir un caso penal, seguramente), pero los realistas compartían un interés por específicos conceptos, métodos y criterios y despreciaban las generalidades y las abstracciones. Cuando los casos eran decididos considerando las consecuencias sociales de la decisión, o las consecuencias económicas de la controversia, o los hechos particulares en cuestión, en lugar de considerar los conceptos o doctrinas legales, los realistas consideraban a esos casos decididos correctamente. Según los realistas, para citar un buen ejemplo, *MacPherson* fue

⁶¹ Según Shapiro, los planes “no solo son entidades positivas que tienen una estructura anidada, sino que se forman en un proceso que dispone a sus sujetos a obrar en conformidad. En consecuencia, salvo que exista una disposición a observarlas, las normas creadas para guiar la conducta de los miembros de la comunidad no serán planes” (Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 227).

⁶² Shapiro es consciente del problema, puesto que los planes pueden fracasar y no alcanzar sus metas, en particular, sus metas morales. “El derecho es derecho porque tiene un fin moral, no porque lo satisface” (Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 266).

un caso bien decidido por Cardozo en 1916⁶³. En definitiva, los realistas poseían una teoría prescriptiva y evaluativa de la decisión judicial, no solo una descriptiva. Uno podría preguntarse si un enfoque de este tipo es preferible respecto de la teoría de los planes cuando se trata de aplicarlo a la interpretación jurídica y a la toma de decisión en el derecho⁶⁴, especialmente cuando los planes que deberíamos emplear para resolver ciertos problemas fueron diseñados en condiciones morales y sociales diferentes.

Si todo esto es cierto, para resumir lo que ha sido dicho hasta aquí, el realismo jurídico puede ser concebido y defendido en al menos cuatro modos:

- 1) como una teoría acerca de la naturaleza del derecho;
- 2) como una teoría acerca del conocimiento jurídico;
- 3) como una teoría descriptiva de la decisión judicial;
- 4) como una teoría prescriptiva de la decisión judicial.

En el primer sentido ha sido demostrado que es una teoría falsa. En el segundo y tercer sentidos existen buenas razones para considerarla una teoría verdadera (recuérdese lo que hemos dicho acerca de Holmes y Ross). En el cuarto sentido existen buenas razones para considerarla una buena teoría (considérese el caso *MacPherson* y otros similares). Este, de todos modos, no es el lugar en el que podemos resolver estas cuestiones. Pero como conclusión ellas sugieren algunas dudas acerca de la teoría de Shapiro. La primera es la siguiente: ¿cuáles son exactamente los enunciados externos disponibles para el estudioso del derecho que acepta la teoría de los planes? ¿Existe un espacio conceptual, dentro de esta teoría, para aquellos enunciados que simplemente describen el derecho vigente en un cierto contexto, haciendo abstracción de su corrección moral y a pesar de la tesis del “fin moral”?

⁶³ Véase Leiter, B., “In Praise of Realism (and Against ‘Nonsense’ Jurisprudence)”, *The Georgetown Law Journal*, 100, 2012, pp. 865-893. Véase Posner, R. A., “Pragmatic Adjudication”, *Cardozo Law Review*, 18, 1996, pp. 1-20 y Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 416 y ss.) sobre la “decisión judicial pragmatista” de Posner.

⁶⁴ Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, cap. 13.

En otras palabras, no tengo del todo claro dónde queda, en la teoría de Shapiro, la línea divisoria entre los enunciados internos y los enunciados externos. Incluso más, “¿Qué es derecho?” y “¿Qué establece el derecho?” son preguntas diferentes, y los realistas estaban más interesados en la última que en la primera⁶⁵. Uno podría tener la impresión de que la teoría de los planes se encuentra más interesada en la primera y carece de una clara explicación para la última y del modo en el que el conocimiento jurídico puede ser obtenido. En este sentido, sería de ayuda saber con precisión si es posible que existan planes que fracasan y cómo es posible detectarlos empíricamente. En mi experiencia, una de las características más comunes de la vida social es que las cosas no salen como deberían. En este sentido, sería extraño sostener que los planes son exitosos por definición.

La segunda preocupación, bastante diferente de la primera⁶⁶, es la siguiente: ¿es Shapiro más realista que Leiter? Una conclusión de este tipo podría ciertamente sorprender, pero no tanto si se tiene en cuenta que la base sobre la que Shapiro sostiene que las normas jurídicas son planes es la siguiente: somos criaturas que planifican y las condiciones de nuestra vida social (en particular, las denominadas “circunstancias de la legalidad”⁶⁷), junto con las normas de racionalidad, nos conducen a esa forma de planificación social que consiste en el establecimiento de un sistema jurídico.

La existencia del derecho [...] refleja el hecho de que los seres humanos somos seres que planifican, dotados de capacidades cognitivas y volitivas para organizar el comportamiento a lo

⁶⁵ Véase Ross, A., *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁶ En su contribución a este volumen Papayannis señala, en mi opinión correctamente, que el libro de Shapiro admite una doble lectura, a saber, una lectura interna y una externa, una que ofrece una explicación del derecho en términos de propósitos y otra que ofrece una explicación del derecho en términos de funciones.

⁶⁷ “Las circunstancias de la legalidad se producen cuando una comunidad afronta muchos y serios problemas morales cuyas soluciones son complejas, controvertidas o arbitrarias. En tales casos, los beneficios de planificar serán elevados, pero también lo serán los costes y los riesgos asociados con otras formas de ordenar el comportamiento, tales como la improvisación, el orden espontáneo, los acuerdos privados, el consenso de la comunidad o las jerarquías personalizadas” (Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 217).

largo del tiempo y entre las personas a fin de alcanzar metas muy complejas⁶⁸.

Si no me equivoco, el trasfondo de la teoría de los planes es de tipo funcionalista, incluso su vocabulario es al menos en parte el vocabulario de las funciones⁶⁹. En cierto sentido, esta teoría es una explicación naturalista de por qué tenemos cosas tales como normas jurídicas e instituciones. Podría pensarse que el “fin moral” del derecho también puede explicarse sobre esta base. Se trata de algo que necesitamos en virtud de nuestra racionalidad instrumental, de las condiciones de la vida social y de las “circunstancias de la legalidad”⁷⁰. La ciencia del derecho genuinamente naturalizada, podría pensarse, ¡es la de Shapiro, y no la de Leiter! Es cierto que Shapiro comienza su libro con un elogio del análisis conceptual, pero podría tratarse nada más que de un comienzo conmemorativo, sin efectos reales sobre el resto de los argumentos y conclusiones del libro. Debo confesar que esta lectura de Shapiro es realmente arriesgada, pero me pregunto si no se trataría de un modo empíricamente más robusto de construir y defender la teoría del derecho como plan.

Bibliografía

Brandom, R. B., *Reason in Philosophy. Animating Ideas*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2009.

Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and its Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

⁶⁸ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁹ Véase e. g. Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 216 y ss. Sin embargo, Shapiro sugiere en varios puntos de su libro que sus tesis son conceptuales y basadas en experimentos mentales (Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 201). Asimismo, algunas referencias explícitas a las funciones del derecho han sido borradas de la penúltima versión del texto (un hecho que testimonia las intenciones del autor pero que no modifica la naturaleza de sus argumentos). La última versión contiene aproximadamente 80 apariciones del término “función” o sus derivados, mientras que la penúltima versión contenía casi 100.

⁷⁰ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 265: “el objeto fundamental de la actividad jurídica es solucionar las deficiencias morales de las circunstancias de la legalidad”.

- Chiassoni, P., “Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto”, en Zanetti, G. (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, pp. 183-220.
- Fisch, M. H., “Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism”, *The Journal of Philosophy*, 39, 1942, pp. 85-97.
- Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, New York, The Columbia University Press, 1909.
- Green, L., “Law and the Causes of Judicial Decisions”, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 14/2009, pp. 1-36.
- Grey, T. C., “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review*, 41, 1989, pp. 787-870.
- Haack, S., “On Legal Pragmatism: Where Does ‘The Path of the Law’ Lead Us?”, *The American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 71-105.
- Hart, H. L. A. (1959), “Scandinavian Realism”, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 161-169.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro Carrió.
- Hierro, L., “Realismo jurídico”, en Garzón, E. y Laporta, F. J. (eds.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, vol. 11, Madrid, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 77-86.
- Hierro, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2009.
- Holmes, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10, 1897, pp. 457-478.
- Kelsen, H. (1945), *General Theory of Law and State*, New York, Russell & Russell, 1961.
- Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Leiter, B., “In Praise of Realism (and Against ‘Nonsense’ Jurisprudence)”, *The Georgetown Law Journal*, 100, 2012, pp. 865-893.
- Miles, T. J., y Sunstein, C. R., “The New Legal Realism”, *University of Chicago Law Review*, 75, 2008, pp. 831-851.

- Miller, J. D., "Holmes, Peirce and Legal Pragmatism", *The Yale Law Journal*, 84, 1975, pp. 1123-1140.
- Minda, G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995.
- Muffato, N., "Asserti interni: prescrizioni o asserzioni?", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2007*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 11-37.
- Nourse, V. y Shaffer, G., "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?", *Cornell Law Review*, 95, 2009, pp. 61-137.
- Perry, S. R., "Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory", en Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and its Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 158-196.
- Posner, R. A., *The Economics of Justice*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1981.
- Posner, R. A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1990.
- Posner, R. A., "Pragmatic Adjudication", *Cardozo Law Review*, 18, 1996, pp. 1-20.
- Posner, R. A., *How Judges Think*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2008.
- Pound, R., "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, 44, 1910, pp. 12-36.
- Priel, D., "Were the Legal Realists Legal Positivists?", *Law and Philosophy*, 27, 2008, pp. 309-350.
- Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958.
- Ross, A., "Reseña de 'The Concept of Law' de H.L.A. Hart", *The Yale Law Journal*, 71, 1962, pp. 1185-1190.
- Schauer, F., "Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law", *Ratio Juris*, 23, 2010, pp. 1-21.
- Shapiro, S., "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507.
- Shapiro, S., "The Bad Man and the Internal Point of View", en Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and its Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 197-210.

- Shapiro, S., "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 127-170.
- Shapiro, S., "Law, Plans, and Practical Reason", *Legal Theory*, 8, 2002, pp. 387-441.
- Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, 75, 2006, pp. 1157-1170.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Spaak, T., Reseña de "Naturalizing Jurisprudence" de B. Leiter, *Theoria*, 74, 2008, pp. 352-362.
- Tuzet, G., "The Social Reality of Law", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2007*, Torino, Giappichelli, pp. 179-198.
- Twining, W., "The Bad Man Revisited", *Cornell Law Review*, 58, 1973, pp. 275-303.
- Von Wright, G. H., *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- White, M., "Holmes and Hart on Prediction and Legal Obligation", *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 2004, 40, pp. 569-573.

Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart*

Rule of Recognition, Convention and Obligation. What Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes

Aldo Schiavello**

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: Shapiro elabora una versión del positivismo jurídico tomando como punto de partida la teoría del derecho como práctica social de Hart. Algunos de los límites de la teoría de Hart se refieren a su concepción de la obligación jurídica y de la normatividad del Derecho. En este escrito analizaré los límites de la concepción de Hart de la normatividad del derecho y evaluaré si la teoría del derecho como plan indica el camino correcto para evitar estos límites. Anticipando la conclusión, intentaré demostrar cómo Shapiro reproduce los errores de Hart sobre estas cuestiones. En los siguientes párrafos se presenta una reconstrucción crítica de la concepción de la normatividad de Hart en parte distinta a la propuesta por Shapiro en *Legalidad*. El último párrafo se dedica a la realización de un análisis crítico de las concepciones de la obligación jurídica y de la autoridad del derecho asociadas a la teoría del derecho como plan.

Palabras clave: convención, obligación jurídica, positivismo jurídico, normatividad.

* Traducción de Lucía Aparicio Chofré.

** Profesor de Filosofía del derecho, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: aldo.schiavello@unipa.it

Abstract: Shapiro works out a version of legal positivism taking as its starting point Hart's practice theory of law. Some serious limits of Hart's practice theory of norms concern the conception of legal obligation and normativity of law. In this paper I analyze the limits of Hart's conception of legal normativity and I appraise whether the planning theory of law indicates the correct direction for overcoming them. To anticipate the conclusion, my effort is to show that Shapiro replicates Hart's mistakes on this subject-matters. The paper is divided in three main sections. First, I will present briefly a critical reconstruction of Hart's conception of normativity, reconstruction which is partially different from that given by Shapiro in *Legalidad*. I will analyze either the original conception of normativity sketched out by Hart in *The Concept of Law* and the (partially) different conception which can be drawn by the Postscript. Then, I will deepen the conceptions of legal obligation and authority of law associated with the planning theory of law. Few concluding remarks will be devoted to some Shapiro's assumptions on legal positivism.

Keywords: Convention, Legal Positivism, Legal Obligation, Normativity.

I. Tras los pasos de Hart

En las primeras líneas del prefacio de *El concepto de derecho* Herbert Hart escribe: "en este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados"¹.

Estas mismas palabras se podrían utilizar para *Legalidad* de Scott Shapiro. Este autor formula de hecho una versión del positivismo jurídico que emplea como punto de partida la teoría práctica del derecho (*practice theory of law*) de Hart. Por un lado, se puede afirmar que *Legalidad* se inserta en la corriente de la filosofía del derecho poshariana, caracterizada por el enfrentamiento entre el positivismo jurídico inclusivo y exclusivo. Por otro lado, Shapiro, aunque toma claramente partido por una posición favorable al positivismo jurídico exclusivo²,

¹ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. xi.

² Cfr. Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, pp. 328-344.

evita los tecnicismos y la autorreferencia a un debate que en estos momentos parece ya agotado. Precisamente por ello, considero que sea legítimo comparar *Legalidad* con *El concepto de derecho*: tal y como hace Hart, Shapiro rechaza “la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros”³.

El primer capítulo de *Legalidad* se titula “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?” y la elección de este título nos reenvía de nuevo a Hart que comienza *El concepto de derecho* observando como “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho?”⁴.

Es preciso señalar, sin embargo, que el problema central que la filosofía del derecho debe afrontar, según Shapiro, no puede resumirse en la pregunta “¿qué es el derecho?”, sino en la pregunta “¿cómo es posible el derecho?”. Esta última cuestión tiene un mayor alcance que la anterior, en cuanto que en la misma se incluyen aspectos que conciernen a la determinación del derecho y a su definición así como también aspectos que se refieren a la justificación del derecho y a su legitimidad. La amplitud de esta pregunta origina, en ocasiones, una superposición de cuestiones que al contrario sería mejor mantener separadas.

La teoría del derecho como plan (*planning theory of law*) de Shapiro pretende contestar a la pregunta “¿cómo es posible el derecho?” de una forma más convincente que las otras concepciones del derecho. En general, para contestar a esta pregunta es necesario resolver el clásico dilema del huevo o la gallina, que Shapiro denomina “la paradoja de la autoridad” (*The Possibility Puzzle*)⁵. Por una parte, la existencia del derecho hace presuponer la existencia de normas que confieren a algunos individuos el poder de crear normas jurídicas (en palabras de Shapiro, este sería el “principio del huevo”); por otra, sin embargo, la

³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 12.

⁴ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 1.

⁵ Véase también Shapiro, S. J. “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507.

existencia de una norma que atribuye el poder de crear normas jurídicas presupone la existencia de individuos que tienen el poder de crear esta norma (el “principio de la gallina”). Detener el eterno círculo hacia el infinito por el que se caracteriza este dilema impone, por así decirlo, elegir entre la gallina (determinando así una “autoridad fundamental”) o por el huevo (determinando una “norma fundamental”).

Las doctrinas clásicas del derecho natural identifican en Dios a la autoridad suprema que hace posible la existencia del derecho: “Dios creó el derecho natural, que confiere a quienes gobiernan el derecho jurídico de gobernar”⁶. La doctrina moderna del derecho natural considera al pueblo como la autoridad suprema, una autoridad que está legitimada por “las reglas o principios de la moral política”⁷; estas normas y principios son por lo tanto las normas fundamentales sobre las que se basa el derecho. El elemento común en las diversas doctrinas del derecho natural es la idea según la cual “[e]l hecho moral de que Dios o el Pueblo (o posiblemente un dictador benévolo) tengan la autoridad moral de facultar a otros para actuar confiere autoridad jurídica a estos sujetos”⁸.

También el positivismo jurídico ha propuesto diversas soluciones a la “paradoja de la autoridad”. El imperativismo considera que la existencia del derecho depende de la existencia de una autoridad fundamental, el soberano, que tiene la capacidad de obligar a los individuos, a través de la amenaza del uso de la fuerza, a obedecer sus órdenes. Según esta corriente del positivismo jurídico, la existencia del derecho y su autoridad dependen de la fuerza bruta. La teoría de las normas como práctica social de Hart detiene el eterno retorno al infinito a través de una regla social, cuya existencia no depende del ejercicio de un poder normativo, sino de la mera existencia de una “práctica de respeto” a unas normas.

La nota común entre las distintas versiones del positivismo jurídico, y que marca su contraposición con el iusnaturalismo, es la tesis según

⁶ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, añadida la cursiva.

la cual, en último extremo, la existencia del derecho depende de hechos sociales y no de hechos morales.

Las respuestas proporcionadas a la paradoja de la autoridad, tanto por parte de la doctrina iusnaturalista como por el iuspositivismo, se enfrentan a dificultades de diversa naturaleza. Las doctrinas del derecho natural se ven en apuros por lo que Shapiro llama “el problema del mal”: si la existencia del derecho depende de hechos morales, ¿cómo es posible explicar la existencia de sistemas jurídicos malvados o perversos? El positivismo jurídico, en cambio, debe enfrentarse al denominado “desafío de Hume”; es decir, debe explicar cómo es posible basar la existencia del derecho exclusivamente en hechos sociales sin violar la ley de Hume: “no puede extraerse ninguna conclusión normativa a partir de los enunciados que los describen”⁹.

Shapiro considera que Hart indica una dirección prometedora para enfrentarse a la “paradoja de la autoridad” y al desafío de Hume, aunque a fin de cuentas no es capaz de superar el desafío. Algunas limitaciones graves de la *teoría práctica de las normas* se refieren a la concepción de la obligación jurídica y de la normatividad del derecho que se derivan de esta teoría. En este ensayo analizaré estas limitaciones del positivismo jurídico de Hart y valorare si la “teoría del derecho como plan” indica efectivamente la dirección correcta para su superación.

En el siguiente epígrafe se propone una divagación sobre la forma en que Shapiro reconstruye la contraposición entre el positivismo jurídico y las doctrinas del derecho natural.

En los siguientes párrafos se presenta una reconstrucción crítica de la concepción de la normatividad de Hart en parte distinta a la propuesta por Shapiro en *Legalidad*.

El último párrafo se dedica a la realización de un análisis crítico de las concepciones de la obligación jurídica y de la autoridad del derecho asociadas a la teoría del derecho como plan.

⁹ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 79.

II. El positivismo jurídico y las teorías del derecho natural

Según Shapiro, la contraposición entre el positivismo jurídico y las doctrinas del derecho natural reside en el hecho de que en la primera concepción del derecho se considera que el derecho se basa en hechos sociales, mientras que en la segunda en hechos morales. En otras palabras, el positivismo jurídico sostiene la tesis de la separación, o al menos de la separabilidad, entre el derecho y la moral, mientras que el iusnaturalismo mantiene la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta reconstrucción de la contraposición entre estas dos grandes tradiciones de la filosofía del derecho adolece de una cierta ambigüedad que puede causar equívocos relevantes.

La cuestión de la conexión entre el derecho y la moral plantea, al menos en la práctica, dos cuestiones: el problema de la “conexión justificativa” y el de la “conexión identificativa”¹⁰.

El primer problema se refiere a la posibilidad de justificar una decisión jurídica o también una conducta que se realiza al estar prescrita por el derecho, sin recurrir necesariamente a argumentos morales.

El problema de la conexión identificativa se refiere, en cambio, a la posibilidad de identificar el derecho sin recurrir necesariamente a un punto de vista moral.

Shapiro subestima la importancia de la distinción entre la tesis de la conexión justificativa y la tesis de la conexión identificativa. De hecho, este presenta la perspectiva iuspositivista del siguiente modo:

[...] los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por hechos sociales. [...]. Las afirmaciones acerca de la existencia o el contenido de un sistema jurídico deben establecerse fundamentalmente haciendo referencia a lo que la gente piensa, pretende, afirma, dice o hace. Los positivis-

¹⁰ Véase Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 3-15, y también Id., “Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio”, en Bianchini, M. y Viarengo, G. (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 125-134. Por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho y la moral Comanducci determina también un matiz axiológico que en este caso se puede dejar

tas disienten respecto de la naturaleza de estos hechos sociales últimos, pero una versión plausible sería la siguiente: *el hecho de que los funcionarios públicos consideren que las convenciones estatales tuvieron poder para ratificar la Constitución hace que la Constitución sea jurídicamente vinculante para ellos*¹¹.

A raíz de esta cita, parecería entonces o que no es posible separar el plano conceptual del plano justificativo y normativo, o que el iuspositivismo acepta necesariamente la tesis de los hechos sociales, tanto en relación con la cuestión de la identificación del derecho, como en relación con la cuestión de la justificación del derecho y de su normatividad.

Esta forma de presentar el positivismo jurídico es en mi opinión discutible y una fuente de confusión. Algunos iuspositivistas, de hecho, consideran que el positivismo jurídico presenta solo una tesis conceptual, y precisamente la tesis según la cual para contestar a la pregunta “¿qué es el derecho?”, es necesario tener en cuenta únicamente los hechos sociales. Esta versión del positivismo jurídico por ejemplo la reelabora bien Michael Hartney:

Legal positivism is *simply a theory about what counts as law and nothing else*: Only rules with social sources count as legal rules. It is not a linguistic theory, a moral theory or a theory about judges' moral duties. Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism¹².

Otros iuspositivistas todavía afirman que la tesis de los hechos sociales (*social thesis*) no implica un rechazo de las tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral a nivel de la justificación y de la obligación jurídica. Un claro ejemplo es el positivismo jurídico exclu-

de lado. Véase también Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; Barberis, M., *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica. Terza edizione*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1-46.

¹¹ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 55-56, añadida la cursiva.

¹² Hartney, M., “Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation”, *Ratio Juris*, 7, 1994, p. 44-55, cita p. 48, añadida la cursiva.

sivo de Joseph Raz. Para Raz, la discusión sobre la obligación jurídica presupone una reflexión sobre la noción de autoridad legítima. Este autor denomina a su concepción de la autoridad legítima “concepción de la autoridad como servicio”¹³. Las condiciones que permiten afirmar que una autoridad que tiene el poder en un determinado territorio es no solo una autoridad de facto, sino también una autoridad legítima son, para Raz, tres.

En primer lugar, la “tesis de la dependencia”: las decisiones o las directivas emanadas por la autoridad deben depender de las razones que habrían guiado la conducta de los individuos en caso en que no hubiera habido ninguna intervención por parte de la autoridad.

En segundo lugar, la “tesis del reemplazo” (*pre-emption thesis*): las decisiones o las directivas emanadas por la autoridad no se suman, sino que sustituyen, a las razones que habrían guiado la conducta de los individuos en caso en que no hubiera habido ninguna intervención por parte de la autoridad. En otros términos, las decisiones de la autoridad son “razones excluyentes”.

En último lugar, la “tesis de la justificación normal” que es fundamental para comprender la concepción de Raz de la obligación de obedecer al derecho. Con el fin de afirmar que un individuo o una institución ejercen una autoridad legítima se debe demostrar que sus directrices respetan un equilibrio de las razones de primer nivel más adecuado que el que cualquier persona podría realizar por sí misma.

Esta reconstrucción esquemática de la concepción de Raz de la autoridad legítima nos permite intuir la razón principal que lleva además a Raz a negar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al derecho. Una norma es obligatoria si proviene de una autoridad legítima. Sobre la base de la condición de justificación normal, una autoridad es legítima si se puede presumir que es capaz de contestar a la siguiente pregunta “¿Qué se debe hacer en esta situación?” de una

¹³ Véase Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979; Id., “Authority, Law and Morality” (1985), en Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics (Revised Edition)*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 210-237; Id., “Authority and Justification”, en Id. (edited by), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 115-141.

forma mejor o más correcta que aquel que está llamado a actuar en primera persona. ¿Es el derecho una autoridad legítima en esta acepción?

Para Raz, no necesariamente. La respuesta a esta pregunta debe darse caso por caso, y depende no únicamente de la materia que constituye el objeto de una disciplina jurídica específica, sino también del perfil de los sujetos que son los destinatarios de esta disciplina. Resumiendo: se tiene la obligación de obedecer a una autoridad si esta última es legítima. El derecho es una autoridad que se caracteriza por el hecho de presentar una pretensión ilimitada de legitimidad¹⁴. Pero, según Raz, la legitimidad del derecho es todavía más limitada que aquella que el derecho pretende tener, y en algunos casos, puede incluso ser nula. Por consiguiente, no subsiste una obligación (ni siquiera *prima facie*) de obedecer al derecho. Por lo que a nosotros concierne, es importante señalar que, para Raz, en el plano de la justificación de la autoridad jurídica y de la obligación de obedecer al derecho, subsiste un vínculo necesario entre el derecho y la moral. En otras palabras, la obligación jurídica no es otra cosa que una instancia particular de la obligación moral.

Obviamente existen ilustres versiones del positivismo jurídico que defienden la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral también en el nivel de la justificación. Hart, por ejemplo, distingue entre la obligación jurídica y la obligación moral, e intenta fundamentar la primera sobre lo que Shapiro define, oportunamente, como “práctica del respeto” (*practice of deference*). También la *teoría del derecho como plan* propone una distinción tanto entre la autoridad moral y la autoridad jurídica como entre la obligación jurídica y la obligación moral.

Considero que las versiones del positivismo jurídico que emprenden este camino deben enfrentarse a arduos obstáculos. En este párrafo, sin embargo, mi meta, únicamente, ha sido la de poner de relieve que existen teorías del derecho positivistas que siguen otro camino sin que por ello sucumban al desafío de Hume.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Raz, J., “The Authority of States”, en Id., *The Morality of Freedom*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 70-105.

III. La teoría práctica y la normatividad del derecho

Uno de los méritos principales de la teoría del derecho de Hart es el de haber intentado conciliar dos intuiciones sobre la práctica jurídica que se sitúan en planos diferentes¹⁵. La primera intuición es aquella según la cual la noción de derecho tiene una dimensión práctica: el derecho nos dice cómo debemos comportarnos. La segunda intuición es aquella según la cual el derecho es un fenómeno social, un conjunto de prácticas, textos e instituciones que pueden ser estudiados por observadores externos y diferenciados. En resumen, el problema se plantea en el hecho de que las dos intuiciones se sitúan en planos diferentes, la primera en el plano del deber ser, la segunda en el plano del ser. Hart, proponiendo una teoría de la normatividad del derecho que se basa en la existencia de una práctica, indica un camino prometedor para conciliar estas dos intuiciones.

En este epígrafe se propone una reconstrucción parcial de la teoría práctica; nos detendremos de hecho únicamente en aquellos aspectos de la teoría que permiten delinear la concepción hartiana de la normatividad del derecho.

Es oportuno precisar, con carácter preliminar, que con la expresión “normatividad del derecho” se hace referencia a la capacidad del derecho de representar una razón justificativa de la acción¹⁶. Quien sostiene que el derecho es una razón para la acción pretende señalar la legitimidad, y también la obligatoriedad, de las acciones y de las conductas realizadas con el fin de obedecer lo preceptuado por el derecho¹⁷. Un discurso sobre la normatividad del derecho impone la

¹⁵ Véase Postema, G. J., “The Normativity of Law”, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 81-104.

¹⁶ Véase Raz, J., *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (ed. or., London, Hutchinson, 1975). Sobre la distinción entre razones justificativas y razones explicativas, véase Nino, C. S., “Legal Norms and Reasons for Action”, *Rechtstheorie*, 15, 1984, pp. 489-502, en particular pp. 489-490; Raz, J., “Reasons: explanatory and normative”, en Sandis, C. (ed.), *New Essays in the Explanation of Action*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 184-202, en particular pp. 186-189.

¹⁷ Algunos autores niegan que exista una correspondencia biunívoca, entre las acciones, por un lado, y los deberes y las obligaciones por otro. En esta sede, no nos deten-

necesidad de profundizar en la relación entre el derecho y la coacción por un lado, y el derecho y la moral por otro. Tres son, de hecho, las posibles opciones: a) la normatividad del derecho depende de la coacción (Austin); b) la normatividad del derecho depende de las razones morales (doctrina del derecho natural, pero también de algunos exponentes del positivismo jurídico como por ejemplo Raz y Carlos Nino); c) la normatividad del derecho es independiente tanto de la coacción como de las razones morales, y por lo tanto se reduce a razones jurídicas. Como veremos, Hart sigue este último camino.

Hart elabora una teoría de las reglas sociales cuyo objetivo es el de distinguir las reglas sociales de las simples costumbres, los comportamientos regulados de aquellos que simplemente son habituales. Una entre las principales críticas que Hart expresa al imperativismo de John Austin es precisamente la de no haber tenido en cuenta la importancia de tal distinción y, como consecuencia de ello, prescindir del concepto de norma.

“La raíz del fracaso [de Austin]”, observa Hart, “es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”¹⁸.

Las reglas sociales, a diferencia de las costumbres, presentan, además de una regularidad de comportamientos convergentes, también un aspecto interno:

lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en

dremos en esta cuestión. Véase Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 90.

¹⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 101.

la terminología normativa: 'yo debo', 'deber', 'tu tienes que', 'él debería', 'correcto', 'incorrecto'¹⁹.

Para Hart, la regla de reconocimiento, la regla de las reglas que determina los criterios de validez de las demás normas jurídicas, es una regla social. Una regla de reconocimiento existe cuando es posible determinar un grupo de personas que acepta esta regla desde "el punto de vista interno". Este último no presupone necesariamente la aceptación moral de un sistema jurídico y de sus principios fundamentales, sino solamente una actitud crítica reflexiva, que se puede verificar empíricamente. Esta comprobación empírica consiste tanto en el análisis de las expresiones lingüísticas que acompañan a las obligaciones jurídicas, como en la observación del hecho de que los funcionarios (*officials*), y especialmente los jueces, actúan de acuerdo con lo preceptuado en las normas secundarias.

De esta forma parece que Hart logre conciliar las dos intuiciones sobre el derecho a las que se ha hecho referencia al inicio de este epígrafe. De hecho para Hart la regla de reconocimiento es, al mismo tiempo, la norma de clausura y el fundamento de la obligación jurídica. La respuesta definitiva a la pregunta "¿Por qué es preciso hacer lo que prescribe el derecho?" será entonces: "Porque existe una regla social que impone hacer lo que prescribe el derecho"²⁰.

Una cuestión ulterior es la de especificar cuál es el grupo de personas cuya aceptación es relevante a la hora de determinar la existencia de una regla de reconocimiento, y en consecuencia, la existencia de un sistema jurídico en su conjunto. Sobre este punto, la respuesta de Hart es muy clara: "la afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la acep-

¹⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 72.

²⁰ También Shapiro opina que la regla de reconocimiento sea una regla que impone obligaciones. Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 120-121.

tación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios”²¹.

La teoría práctica de las normas nos dice que una norma de reconocimiento existe cuando es aceptada (al menos) por los jueces. Esta tesis ontológica sobre el derecho –es decir, la tesis según la cual una norma de reconocimiento y, con carácter general, el derecho de una comunidad coinciden con los comportamientos y las acciones convergentes de los participantes y en particular de los jueces en particular²²– provoca a nivel metodológico o metateórico una serie de recaídas: el derecho es un dato de hecho que puede describirse de una forma no valorativa teniendo en cuenta los comportamientos y las acciones convergentes de los participante (tesis de la neutralidad).

A partir de la teoría de las reglas sociales, Hart elabora también su teoría general de la obligación jurídica, que es lo que a nosotros nos interesa en esta sede. La existencia de una regla social es, según Hart, una condición necesaria, pero no suficiente, para que un determinado comportamiento se configure en términos de obligación: si una persona tiene la obligación de hacer una cosa, entonces será siempre posible encontrar una regla social que fundamente esta obligación; sin embargo, no todas las reglas sociales son índices de la existencia de una obligación.

Hart pone de relieve tres condiciones que, junto con la determinación de una regla, permiten reconstruir un determinado comportamiento en términos de obligación.

La primera es que haya una “insistente exigencia general a favor de la conformidad” del modelo de conducta prescrito por las reglas y una “gran presión social” sobre aquellos cuyo comportamiento pueda constituir una desviación de este modelo.

La segunda condición es que “las reglas sustentadas por esta seria presión social son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se

²¹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 145. Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 129-131.

²² Shapiro opina que la asimilación de las reglas sociales a las prácticas sociales sea un error categorial. Los argumentos que presenta para confirmar esta tesis son convincentes. No profundizaré, sin embargo, este punto en este momento. Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 141-144.

atribuye gran valor”²³. Expresándolo con palabras de Neil MacCormick, “obligations depend, at least in part, on degrees of importance of rules”²⁴.

La tercera, finalmente, es que el comportamiento que constituye el cumplimiento de una obligación implique un sacrificio o una renuncia, y en consecuencia haya una “constante posibilidad de conflicto” entre la obligación por un lado y el interés personal por otro²⁵.

Peter Hacker, en un célebre ensayo dedicado a la filosofía del derecho de Hart, desarticula la teoría hartiana de la obligación en ocho condiciones²⁶.

La primera condición es que la regla social requiere a aquellos que están sujetos a la misma que se comporten (o se abstengan de comportarse) de una cierta manera en determinadas circunstancias.

La segunda condición es que la mayor parte de los miembros del grupo consideren que la regla social en cuestión es importante para el mantenimiento de la vida social o de alguna característica de la vida social altamente valorada.

La tercera condición es la existencia de un conflicto potencial entre la conducta solicitada por la regla social y los deseos de aquellos que están sujetos a la regla.

La cuarta condición es la existencia de una conformidad generalizada por parte de los miembros del grupo frente a lo prescrito por la regla. En otros términos, la regla debe ser generalmente eficaz.

²³ Hart, H. L. A, *op. cit.*, p. 108.

²⁴ MacCormick, N., “Law, Morality and Positivism”, en MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, Reidel, 1986, pp. 127-144, la cita es a p. 133.

²⁵ Ver Mackie, J. L., *Ethics. Inventing Rights and Wrong*, Harmondsworth, Penguin Books, 1977, pp. 105-107.

²⁶ Hacker, P. M. S., “Hart’s Philosophy of Law”, en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25, en particular pp. 12-18. Una versión parcialmente modificada de la reconstrucción de Hacker de la teoría de la obligación de Hart se encuentra en Lagerspetz, E., *The Opposite Mirrors. An Essays on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1995, pp. 141-146. Para un análisis de la concepción hartiana de la obligación véase también el reciente Gilbert, M., *A Theory of Political Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 185-197.

La quinta condición es que las desviaciones de la regla deben conllevar una serie de reacciones críticas de tal envergadura que hagan el comportamiento ilícito menos conveniente.

La sexta condición prevé que las eventuales desviaciones de la regla se consideren como una buena razón para una reacción crítica.

La séptima condición prevé que esta reacción crítica se considere generalmente como legítima; en otros términos, habitualmente a la crítica ante la desviación de la regla no le sigue una contracrítica.

Finalmente, la octava condición consiste en que en la crítica de los comportamientos ilícitos se haga un amplio uso del lenguaje normativo.

Mucho más se debería añadir sobre la concepción hartiana de la obligación jurídica. Aquí, sin embargo, me urge hacer hincapié con claridad en cuál sea el punto central de esta concepción. Según Hart, el último fundamento de la obligación jurídica es la norma de reconocimiento, que es una regla social.

La existencia de una regla social depende de su aceptación por parte de un grupo de personas como criterio de conducta. La aceptación de una regla social como criterio de conducta implica a) que esta regla se cumpla con carácter general, b) que se prescriba el aplicarla y c) que se critiquen los comportamientos que no sean conformes con lo prescrito por esta regla.

Según Hart, la obligación jurídica descansa sobre la regla social que detiene el retorno al infinito de la cadena de validez del derecho. La respuesta definitiva a la pregunta: “¿Por qué es necesario hacer aquello que prescribe el derecho?” será entonces “Porque existe una regla social que impone hacer aquello que prescribe el derecho”. Expresándolo con palabras de María Cristina Redondo:

el hecho de que la mayoría de las normas de un sistema jurídico deban ser aplicadas porque así lo imponen otras normas presupone el hecho de que las normas fundamentales, que prescriben la aplicación de otras normas, deben ser aplicadas en virtud de una práctica. *En otras palabras, según esta perspectiva positivista, las diferentes características de cada sistema jurídico existente consisten*

*en el hecho de que las normas que lo componen deben aplicarse sólo porque, en última instancia, se basan en hechos sociales*²⁷.

La idea que subyace en este planteamiento es que la aceptación de una norma es un acto mental o interno y que, en cuanto tal, no es relevante para la justificación de un determinado comportamiento. Por expresarlo con palabras de Hart, “los sentimientos no son necesarios ni suficientes para la existencia de reglas ‘obligatorias’”²⁸. Una norma jurídica puede ser aceptada por criterios de prudencia o morales, así como una norma moral puede ser aceptada por razones morales o por razones de prudencia o por razones de simple conformismo. Lo que cuenta, para justificar una acción, es el carácter de la norma que se adopta como modelo de conducta: si se trata de una norma jurídica, entonces nos encontramos frente a una obligación jurídica; mientras que, en cambio, si se trata de una norma moral, entonces nos encontramos frente a una obligación moral. Esto implica que en la justificación de un acto no es posible ignorar la norma que se adopta como modelo de conducta. Es oportuno precisar que poner como fundamento de la obligación jurídica una regla social y, por lo tanto, una práctica social, no conlleva una violación de la ley de Hume. Como observa Shapiro,

²⁷ Redondo, M. C., “Sulla rilevanza pratica del diritto”, *Ragion Pratica*, 13, 1999, pp. 203-218, la cita es de la p. 209, añadida la cursiva; véase también Hart, H. L. A., “Legal Duty and Obligation”, en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 127-161, en particular pp. 153-161. Para una presentación general de esta perspectiva cfr. también Bayón, J. C., “Deber jurídico”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 313-331, en particular pp. 326-327 y Bulygin, E., *Il positivismo giuridico* (2006), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 173-186.

²⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 72. En otra parte, Hart es aún más claro: “No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. *En efecto el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros*” [*Ibidem*, pp. 250-251, cursiva añadida].

en relación con un hecho social como, por ejemplo, la existencia de una regla social, se pueden imaginar dos comportamientos diferentes. El primero es el comportamiento teorético y descriptivo del investigador. El segundo es, por el contrario, el comportamiento normativo de aquel que se sitúa en un punto de vista interno y extrae juicios normativos no desde un hecho social sino desde la misma “aproximación práctica a hechos descriptivos”²⁹. Hart sigue, entonces, el modelo de inferencia (*pattern of inference*) que Shapiro denomina NENS (normativo entra/normativo sale) y por lo tanto evita violar la ley de Hume.

Para concluir, me gustaría señalar una diferencia entre mi reconstrucción de la teoría hartiana de la obligación jurídica y la que propone Shapiro. Según mi reconstrucción, Hart defiende la autonomía de la obligación jurídica respecto de la obligación moral, y no instaura ninguna relación jerárquica entre los dos tipos de obligaciones. Se trata fundamentalmente de unas obligaciones que tienen ámbitos de aplicación diferentes y se basan en reglas sociales diferentes (la obligación jurídica en la regla de reconocimiento, la obligación moral en una regla social que se fundamenta a su vez en una cierta práctica moral positiva).

Shapiro, por el contrario, atribuye a Hart la tesis según la cual

²⁹ Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 138-140. Shapiro opina además que la manera en la que Hart supera el desafío de Hume presupone la adopción de una perspectiva meta-ética de tipo expresivista. Aunque no puedo entrar en el mérito, no comparto esta conclusión. Hart, de hecho, no parece sostener que la aceptación de una meta-ética no cognitivista sea parte integrante de una teoría del derecho positivista. Al menos en una ocasión, él ha expresado esta tesis claramente: “Let us now suppose that we accept this rejection of ‘non-cognitive’ theories of morality and this denial of the drastic distinction in type between statements of what is and what ought to be, and that moral judgments are as rationally defensible as any other kind of judgments. What would follow from this as to the nature of the connection between law as it is and law as it ought to be? Surely, from this alone, nothing” [Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 1958, 71, pp. 593-629, citación en p. 626. Sin embargo, en un ensayo posterior Hart defiende la tesis opuesta. Ver Hart, H. L. A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, en *Id.*, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268]. La observación sobre el contenido mínimo del derecho natural tampoco parece que sea totalmente compatible con una perspectiva expresionista. Ver Ricciardi, M., *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, ETS, 2008, pp. 221-263.

considerar que las personas tienen la obligación de pagar impuestos no equivale a considerar que tienen la obligación moral de hacerlo. En efecto, puede pensarse que las personas tienen la obligación jurídica de pagar impuestos, pero negar coherentemente que tengan una razón para cumplirla. Por tanto, al distinguir los conceptos jurídicos de los morales, Hart pensó que podría explicar la coherencia de afirmar la existencia de una obligación jurídica, pero negar la correspondiente obligación moral de cumplirla³⁰.

Pero, si la existencia de una obligación jurídica no es una razón para la acción, entonces me parece que nos desviamos desde el plano del discurso normativo hacia el plano del discurso descriptivo, vaciando de sentido la idea del punto de vista interno. Como veremos, este problema también aparece en la concepción de la normatividad asociada a la *teoría del derecho como plan*.

IV. La teoría práctica y sus límites

Según Hart, la existencia de una obligación jurídica conlleva que sea posible determinar una regla social que fundamente dicha obligación. A partir de esta intuición, Hart por un lado critica a Austin, en cuanto que, reduciendo el derecho a órdenes apoyadas en amenazas, no es capaz de distinguir entre las situaciones en las que uno tiene una obligación de hacer algo y las situaciones en las que uno está obligado o coaccionado a hacer algo. Por otro lado, este autor mantiene que sea posible distinguir la obligación jurídica de la obligación moral en cuanto que la fuente de una obligación del primer tipo es una regla jurídica, mientras que la fuente de una obligación moral es una regla moral.

Las críticas principales a esta posición desafían precisamente la posibilidad de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral a partir de la idea de la regla social³¹.

El error fundamental de Hart sería el de considerar que la existencia de una obligación presupone necesariamente la existencia de una regla social. Un vegetariano podría afirmar que existe un deber de no matar a ningún ser vivo aunque no haya una regla social que prescriba en realidad un modelo de conducta de este tipo.

Mediante este ejemplo lo que se pretende demostrar es que la fuente de las obligaciones no son las reglas sociales, sino las reglas morales, las reglas de la moralidad crítica de los individuos, reglas que, aunque no necesariamente, son *también* reglas sociales. Si esto es cierto, la consecuencia es que las únicas obligaciones genuinas son obligaciones morales, y, por lo tanto, no es posible distinguir en sentido estricto, a pesar de lo que afirma Hart, las obligaciones jurídicas de las obligaciones morales. Esta conclusión la comparte el propio Shapiro que, criticando Hart, observa:

En contextos jurídicos, exigimos a las personas que paguen impuestos, se alisten al ejército, aprueben exámenes complejos antes de ejercer una profesión, y que testifiquen en juicios penales, bajo la amenaza de prisión o multas graves. *Solo los conceptos morales tienen el peso para plantear exigencias tan severas*³².

En contra de esta objeción se podría admitir que, en algunos casos, como en el del vegetariano, la teoría práctica de las normas, que instaura una relación indisoluble entre la existencia de una obligación y la existencia de una regla social, no sea la apropiada, y, en cambio, se podría seguir manteniendo esta teoría en relación con aquellos casos en los que, en la comunidad, existe un acuerdo generalizado, acerca de la existencia de una obligación determinada.

³¹ El principal adversario del modelo hartiano de la obligación es Ronald Dworkin, de quien se puede consultar al menos *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, pp. 46-80.

³² Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 155, añadida la cursiva.

Esta posible réplica es, sin embargo, insatisfactoria en cuanto que no tiene en cuenta la importancia de distinguir entre dos situaciones cualitativamente diferentes.

La primera situación incluye los casos en los que es algo accidental el hecho de que exista un acuerdo generalizado sobre la existencia de una determinada obligación en el seno de una comunidad. En relación con estos casos, Ronald Dworkin habla de “*moral concurrente*”: el acuerdo no es una de las razones esenciales de la existencia de la obligación en cuestión. Imaginemos, por ejemplo, que todos los miembros de una comunidad sean vegetarianos y que, por lo tanto, en esa comunidad sea posible encontrar la existencia de una regla social que prohíba matar a los seres vivos con fines alimentarios. La existencia de esta regla social no es capaz de fundamentar la obligación que cada miembro de la comunidad cree que tiene, es decir, la obligación de no matar a los seres vivos. De hecho, es verosímil que un vegetariano esté convencido de que no se debe matar a los seres vivientes aunque nadie comparta su creencia moral. Entonces, en casos de este tipo, la relación entre la obligación, por un lado, y la existencia de una regla social, por otro, es muy débil: el hecho de que todos los miembros del grupo acepten una determinada regla no es la razón, ni una entre las razones, de la aceptación de tal regla. En conclusión, en los casos en los que la existencia de una regla social tiene un carácter accidental, la fuente de la obligación no es la regla social, que podría también no existir, sino la moralidad crítica de cada individuo.

La segunda situación comprende los casos en los que el acuerdo generalizado sobre la existencia de una determinada obligación está relacionado, de alguna manera, con la existencia de un problema de coordinación. En relación con estos casos, Dworkin habla de “*moral convencional*”: resolver un problema de coordinación presupone un acuerdo, en sentido amplio, entre los que se encuentran implicados en este problema y, por consiguiente, el acuerdo (que puede consistir en la aceptación de una regla social) se convierte en una condición al menos necesaria para la existencia de una obligación.

En relación con estos casos parece plausible considerar que una regla social sea capaz de justificar determinados comportamientos. Por ejemplo, una regla social que prescriba conducir por la derecha (o

indiferentemente por la izquierda) es necesaria para regular el tráfico. Por lo que se refiere a casos de este tipo, que forman parte de lo que Dworkin denomina “moral convencional”, la teoría práctica parece mantener una cierta razonabilidad: al fin y al cabo, ¿qué es lo que nos obliga a conducir por el lado derecho sino la existencia de una regla social que proporciona la permanencia necesaria a esta práctica?

El problema de Hart, a estas alturas, es el de demostrar que la regla de reconocimiento es una regla convencional. Este intento lo realiza Hart en el “Postscriptum” en la segunda edición de *CD*.

Antes de ocuparnos del “giro convencionalista” (*conventionalist turn*)³³ de Hart, es conveniente señalar otro grave límite de la teoría práctica en su primera versión.

He afirmado que el objetivo de Hart es el de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral. Es también debido a ello que este autor rechaza la asimilación entre el punto de vista interno y el punto de vista moral: la aceptación del derecho puede ocurrir por diversas razones que están todas a un mismo nivel.

Esta tesis de Hart es, sin embargo, cuestionable. Por ejemplo, el “conformista”, que respeta el derecho porque otros hacen lo mismo, aunque se pueda, según Hart, perfectamente incluir en la perspectiva del participante, presenta, de hecho, muchas analogías con la perspectiva del *hombre malo*. La única diferencia entre estas dos situaciones es que el hombre malo sigue las normas por miedo a la sanción, mientras que el conformista por miedo a la reprobación social. La reprobación social, sin embargo, no es otra cosa que una sanción no institucionalizada. La caracterización en sentido débil del punto de vista interno reduce por consiguiente la distancia entre la concepción hartiana de la obligación jurídica y el modelo del bandido. Si las razones para aceptar el derecho están al mismo nivel, se podría imaginar un caso en el que todos los participantes aceptan el derecho por conformismo, y, allí donde esto ocurra, la diferencia entre “tener una obligación” y “ser obligado” pierde consistencia.

³³ Usa esta expresión Green, L., “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XII, 1999, pp. 35-52.

Para alejarse del modelo austiniano de derecho es necesario caracterizar la aceptación del derecho en sentido fuerte, es decir como aceptación moral. La necesidad de caracterizar en sentido fuerte la aceptación del derecho la reconocen, entre otros, algunos discípulos de Hart. MacCormick, en particular, determina el punto débil del análisis de Hart de las reglas sociales exactamente en la caracterización demasiado débil de la aceptación del derecho. La existencia de algunas normas jurídicas, en vez de otras, depende del hecho de que al menos algunos de los miembros de la comunidad prefieren (o al menos afirman preferir), desde un punto de vista moral, el esquema de comportamiento determinado por dichas normas respecto a otros esquemas alternativos de comportamiento³⁴.

Afirmar que la existencia de una regla social implique el hecho de que haya alguien que considere el comportamiento prescrito por esta regla preferible respecto a comportamientos alternativos no significa que se niegue la posibilidad de que algunos sigan la regla por pereza o hipocresía, o bien que otros se rebelen contra determinadas reglas. Estas últimas situaciones, sin embargo, pueden solamente comprenderse presuponiendo la existencia de un grupo relevante que acepta las normas desde un punto de vista moral.

Todos los comportamientos que se pueden imaginar en relación con las normas son entonces “parasitarios” respecto a la actitud de aquel que considera las normas adecuadas desde un punto de vista moral. Mientras que es posible imaginar el caso en que una determinada norma se acepte en sentido fuerte por parte de todos, no es imaginable el caso en que un comportamiento prescrito por una regla no sea efectivamente aprobado por alguna persona.

A conclusiones similares llega también Raz, el cual está convencido de la imposibilidad de rendir cuentas sobre el derecho y la interpretación

³⁴ MacCormick observa: “That there can be common patterns of criticism of conduct or states of affairs depends upon our conceiving that some patterns are willed as common patterns for all people in given circumstances. We can conceive of that independently of our own will in the matter, but not independently of our beliefs about the will of other members of our social group...”. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, II ed. 1994, pp. 287-288.

jurídica indicando entre paréntesis las razones que llevan a los participantes a considerar el derecho como moralmente correcto o justo:

... while the law may be morally indefensible, it must be understood as a system which many people believe to be morally defensible. While rejecting any explanation of the nature of law or legal interpretation which is true only if the law is morally good, we must also reject any explanation which fails to make it intelligible. This means that to be acceptable an explanation of the law and of legal interpretation must explain how people can believe that their law, the law of their country, is morally good³⁵.

En conclusión, Hart se encuentra ante una posición bastante incómoda: si caracteriza la aceptación del derecho en términos débiles, entonces su concepción del derecho y su teoría de la obligación jurídica están atrapadas por un modelo imperativístico a la Austin, mientras que, si reconoce que la aceptación del derecho implica una especie de acto de compartir moralmente los valores y las finalidades incorporadas al derecho, entonces debe renunciar a la autonomía de la obligación jurídica frente a la obligación moral.

Resumiendo: la teoría práctica avanza una concepción de la obligación jurídica que tiene la pretensión de defender la autonomía de esta última tanto frente a la coacción como a la obligación moral. En su versión originaria, este proyecto fracasa por dos razones. En primer lugar, porque no siempre la existencia de una obligación se fundamenta en una regla social, y es discutible si, en el caso específico de la obligación jurídica, sea correcto afirmar que este sea efectivamente el caso. En segundo lugar, la caracterización demasiado débil que Hart presenta del punto de vista interno produce dentro de su versión del positivismo jurídico algunos defectos que él mismo había atribuido a Austin. Tal y como se ha señalado por parte de algunos discípulos importantes de Hart, la única vía de salida consiste en reducir la distancia entre el

³⁵ Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 249-286, la cita se encuentra en la p. 260.

punto de vista interno y el punto de vista moral. Esto, sin embargo, impone el sacrificio de la autonomía de la obligación jurídica frente a la obligación moral. Un camino posible, sugerido a Hart, tal vez de forma un tanto capciosa, por parte del propio Dworkin, consiste en tratar la regla de reconocimiento como una regla convencional capaz de resolver los problemas de coordinación. Tal y como se ha adelantado, Hart emprende este camino. El próximo epígrafe está dedicado a la realización de un análisis crítico del giro convencionalista.

V. El giro convencionalista y sus límites

Hart en el epílogo al “Postscript”, aunque concediendo a Dworkin que la teoría práctica no es aceptable como teoría general de la obligación, sostiene que esta sigue siendo una teoría plausible en relación con las reglas convencionales. El hecho de que Hart en esa sede afirme expresamente que la regla de reconocimiento es una regla convencional lleva a algunos estudiosos a hablar de un giro convencionalista.

Entre los estudiosos que han señalado este giro convencionalista de Hart, Julie Dickson es la que pone de relieve el mayor distanciamiento entre la versión original de *The Concept of Law* y el Epílogo³⁶. Según Dickson, en la primera edición de *The Concept of Law* “... the rule of recognition plays a vitally important role in the union of primary and secondary rules which forms the explanatory core of his account of a legal system”³⁷.

El hecho de que la regla de reconocimiento sea una regla social no nos dice nada, según Dickson, sobre las razones que los individuos tienen para obedecer al derecho: “... nothing in Hart’s original account of the rule of recognition should lead us to conclude that he regards this rule as a conventional rule wherein common official practice constitutes part of the reasons which judge has for treating it as binding”³⁸.

³⁶ Véase Dickson, J., “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 373-402, en particular pp. 373-389.

³⁷ *Ibidem*, p. 375.

³⁸ *Ibidem*, p. 382.

La reconstrucción de Dickson enfatiza los pasajes de *El concepto de derecho* del 1961 en los que Hart sostiene que la aceptación de la regla de reconocimiento puede depender de diversas razones, ninguna de las cuales es jerárquicamente superior a las otras.

Entre estas razones puede incluirse también el deseo de respetar una práctica consolidada de aceptación de la regla de reconocimiento; esta razón, sin embargo, como todas las demás, no es una razón necesaria, y, por lo tanto, no nos permite afirmar que Hart proponga una concepción de la obligación en clave convencionalista.

En el Epílogo de 1994, Hart, dejándose llevar por la línea argumentativa seguida por Dworkin, afirma que la regla de reconocimiento es una regla convencional, en el sentido de que su obligatoriedad para cada juez depende necesariamente, entre otras cosas, también del hecho de que esta se considere obligatoria por parte del conjunto del poder judicial. Según Dickson, esta concesión de Hart, además de no ser de ninguna manera necesaria, desnaturalizaría la teoría práctica de las normas, que desde una teoría sobre la determinación del derecho se transformaría en una concepción (errónea según Dickson) de la obligación jurídica.

Teniendo en cuenta todo esto, mi consideración es que no se debe enfatizar el giro convencionalista; pues una fuerte “vocación” convencionalista caracterizaba ya la versión original de la concepción hartiana de la obligación (tal y como se desprende también de la reconstrucción ofrecida por Hacker, citada en la sección III).

En el Epílogo Hart se limita a señalar con mayor claridad lo que, siguiendo a Bruno Celano³⁹, denomino “condición de dependencia”. La condición de dependencia puede ser entendida tanto en sentido fuerte como en sentido débil. Si se sostiene que la única razón que un individuo tiene para considerar una regla social como un modelo de conducta es que también los otros miembros del grupo la consideren como tal, entonces la condición de dependencia se entiende en sentido

³⁹ Véase Celano, B., “Consuetudini, convenzioni”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 35-87; Id., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.

fuerte; si, por el contrario, se afirma que la conformidad general de los miembros del grupo es solo una de las razones para la aceptación de una regla, entonces la condición de dependencia se entiende en un sentido débil. Hart acepta la versión débil de la condición de dependencia.

Vale la pena subrayar que, con más de treinta años de distancia desde la publicación de *El concepto de derecho*, la exigencia de Hart todavía es la de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral y de la coacción. Esto lo confirma también Nicola Lacey: “[Hart] worried... that any revisions he might make [on his theory of legal obligation] would either render it impossible to differentiate his own position from the earlier positivist account of obligation as equivalent to the demands of a gunman, or else from the fully moral account of obligation espoused by natural lawyer”⁴⁰.

Los fragmentos del “Postscript” que son relevantes a fin de caracterizar como convencionalista la concepción hartiana de la obligación jurídica se encuentran en el tercer apartado, titulado *La naturaleza de las reglas*, y en el cuarto apartado titulado *Principios y Regla de Reconocimiento*.

En el tercer apartado, Hart, después de haber concedido a Dworkin que el ámbito de extensión de su teoría de la obligación debe ser restringido, afirma, sin embargo, que esta teoría se aplica a las reglas convencionales y añade que la regla de reconocimiento es una regla convencional. Hart propone la siguiente definición de la regla convencional: “Las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo hacia ellas es *parte* de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación”⁴¹.

⁴⁰ Lacey, N., *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 335.

⁴¹ Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law* (1961), Second Edition. Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 255 (33), cursivas añadidas. [N. E.: no se ha consolidado aún una traducción canónica de las notas manuscritas de Hart, que Joseph Raz y Penelope Bulloch incluyeron como “Postscript” en la segunda edición de *The Concept of Law* (pp. 238-276). A los fines de lograr uniformidad se cita en la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

El hecho de que Hart considere que la “conformidad general” respecto a una regla convencional como parte solo del conjunto de las razones para aceptar esta regla, demuestra cómo este autor acepta la condición de dependencia entendida en sentido débil; esto comporta que su teoría de la obligación no pueda considerarse una alternativa al modelo del bandido y al modelo de la moral.

A estas alturas, ya es posible comprender la preocupación de Hart, documentada por Lacey, de que cualquier modificación que este hubiese aportado a la versión original de la teoría de la obligación habría supuesto renunciar a la autonomía de la obligación jurídica.

Esta preocupación lleva Hart a confirmar la postura que defendió en un primer momento. En resumen, según Hart, no es correcto atribuir una superioridad jerárquica a ninguna de las razones para aceptar una regla convencional que sea posterior respecto a la aceptación por otros participantes:

Evidentemente, una sociedad puede tener reglas aceptadas por sus miembros que son moralmente perversas, reglas tales como prohibir a las personas de cierto color usar servicios públicos, como parques o balnearios en las playas. Verdaderamente, aun la más débil condición de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan únicamente que *creer* en que hay buenos fundamentos morales para conformarse a ella es muy fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales [...]. Por supuesto, una regla convencional puede ser moralmente correcta y justificada y creerse que lo es. Pero, cuando surge la cuestión de por qué lo han hecho así los que han aceptado las reglas convencionales como guías para su comportamiento o como estándares de crítica, no veo ninguna razón para seleccionar, de entre las muchas respuestas que dar [...], la creencia en la justificación moral de las reglas como la única respuesta posible o adecuada⁴².

⁴² Hart, H.L.A., “Postscript”, *op. cit.*, p. 257 (35-36), cursiva en el original.

Entonces, según Hart, son múltiples las razones que pueden inducir a aceptar una regla social, en muchos sentidos insondables y todas situadas al mismo nivel. A este respecto, la única diferencia apreciable entre la edición original y el “Postscript” es que en este escrito póstumo Hart especifica con más claridad la idea de que, en el caso de las reglas sociales, la aceptación por parte de los otros miembros del grupo es una razón necesaria para la existencia de una obligación.

¿En qué sentido la regla de reconocimiento es una regla convencional? La respuesta de Hart a esta pregunta es la siguiente:

Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada en mi libro como reposando en una forma convencional de consenso judicial. Que efectivamente ésta descansa así, parece muy claro, al menos en el derecho inglés y en el derecho estadounidense porque, ciertamente, la razón de un juez inglés para tratar a la legislación del Parlamento (o la razón de un juez estadounidense para tratar la Constitución) como una fuente de derecho que tiene supremacía sobre todas las otras fuentes, *incluye* el hecho de que sus colegas de la judicatura concurren en ésto como sus predecesores lo hicieron⁴³.

Para concluir, la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento no es suficientemente fuerte para asegurar la autonomía de la obligación jurídica respecto a la obligación moral. La única oportunidad para el convencionalismo a fin de preservar la autonomía de la obligación jurídica es la de tratar a la regla de reconocimiento como una convención a la Lewis de tal forma que permita resolver los problemas de coordinación entendidos en sentido estricto. En relación con un problema de coordinación típico (por ejemplo: en el caso de interrupción de la conversación telefónica, ¿quién debe volver a llamar?) es indiferente la solución que se elija, lo importante es que todos se inclinen por la misma solución. En otras palabras, el giro convencionalista para ser eficaz debería adoptar la condición de dependencia en la versión más fuerte. De este modo, sería efectivamente posible distinguir la obligación jurídica

⁴³ Hart, H. L. A., “Postscript”, *op. cit.*, pp. 266-267 (47), añadida la cursiva.

de la obligación moral: la normatividad del derecho no dependería de su capacidad para asegurar un orden social moralmente apreciable, sino de su capacidad para resolver problemas de coordinación.

Esta versión del convencionalismo, sin embargo, todavía parece poco plausible. El hecho es que a nosotros no nos basta con que el derecho coordine la actuación social de una manera u otra, sino que deseamos que lo haga de la manera justa. Como pone de relieve Shapiro, una constitución generalmente no se considera una solución arbitraria que puede ser sustituida por un otro texto en cualquier momento; por el contrario, muchos opinan que “el texto de la Constitución es sagrado y que tienen la obligación moral de acatarlo, con independencia de lo que hagan los demás”⁴⁴. El convencionalismo fuerte podría garantizar la autonomía de la obligación jurídica, pero con el precio de una grave distorsión de la realidad.

VI. La teoría de la planificación y la normatividad del derecho

Shapiro propone una teoría del derecho basada en la noción de “plan” elaborada por Michael Bratman en el ámbito de una teoría general de la intención colectiva. La parte final de este artículo está dedicada a un análisis crítico de la concepción de la normatividad del derecho asociada a la *teoría del derecho como plan*. Como veremos, Shapiro sigue los pasos de Hart en su preocupación por distinguir la obligación jurídica de la obligación moral y esto debilita la concepción de la normatividad del positivismo de los planes.

Con carácter preliminar, es necesario presentar esquemáticamente la *teoría del derecho como plan*.

Usando las palabras de Shapiro, “La idea central que subyace a la Teoría del derecho como plan es que el ejercicio de la autoridad jurídica, al que me referiré como ‘actividad jurídica’, es una actividad de planificación social. Las instituciones jurídicas planifican para las

⁴⁴ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 149.

comunidades sobre las que pretenden autoridad, tanto diciendo a sus miembros lo que pueden o no hacer como autorizando a algunos de ellos a planificar para los demás”⁴⁵.

Antes de profundizar en esta tesis es necesario detenerse en la noción de “plan” con carácter general. Los seres humanos son animales que planifican. Hay al menos dos razones que hacen de la planificación una característica esencial de los seres humanos. La primera es que los seres humanos, a diferencia de la mayor parte de otros animales, tienen objetivos y deseos complejos que, para ser realizados, requieren de una compleja actividad de organización del futuro. Los planes, en este sentido, satisfacen la exigencia de la coordinación. La segunda razón es que los seres humanos están dotados de una racionalidad limitada. El planificar les permite ahorrar la energía que malgastaríamos si nos pasáramos todo el tiempo decidiendo qué hacer y revisando continuamente nuestras decisiones. Por otra parte, esta manera de proceder produciría la mayoría de las veces una parálisis en la acción. Planificar, en definitiva, es un método eficaz para hacer frente a los límites de nuestra capacidad cognitiva y reducir el coste de la deliberación. Una respuesta satisfactoria a la pregunta “¿Qué hago para cenar?” puede ser la elaboración de un plan de cenas para casa⁴⁶. Este plan muy general me permite descartar toda una serie de posibles acciones como cenar en un restaurante, autoinvitarme a cenar a casa de un amigo, ayunar, etcétera. Además la aplicación de este plan⁴⁷ hace que surjan otras preguntas que nos permiten seguir realizando otros de nuestros deseos más complejos. Una vez que ya he planificado que cenaré en casa, la pregunta “¿Qué hago para cenar?” deja de ser actual y se sustituye por la pregunta “¿Dónde voy a comprar la comida para cocinar esta noche?”. La respuesta a esta pregunta, como por ejemplo “voy a comprar la comida al supermercado”, se presenta a su vez como un subplan del plan de cenar en casa. A su vez, el plan de ir a comprar

⁴⁵ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 245.

⁴⁶ El ejemplo es de Shapiro.

⁴⁷ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 167: “‘aplicar’ un plan significa usarlo para guiar o evaluar la conducta”.

la comida al supermercado representa el punto de partida de unos subplanes todavía más específicos, y así sucesivamente hasta la realización del objetivo. Un aspecto importante que se debe resaltar es que la aplicación de un plan impone un elevado grado de estabilidad. Un plan, en otros términos, desempeña la misma función de las que Raz denomina *exclusionary reason*: es una razón para no tomar en cuenta consideraciones ulteriores. Una vez que he planificado cenar en casa, se elimina la hipótesis de cenar en el restaurante. Esto no significa que los planes son inmodificables, sino que su “reconsideración es racional si, pero solo si, existen suficientes buenas razones para ello”⁴⁸.

La exigencia de planificar aumenta obviamente cuando se pasa de actividades individuales a “actividades compartidas” (*shared activities*). Entre estas últimas hay una diferencia fundamental, además, entre las actividades de pequeño alcance (*small-scale*) y las agencias compartidas masivas (ACM). Entre las primeras se encuentran actividades como organizar con algunos amigos una cena; entre las segundas, por ejemplo, destaca la creación de una empresa de catering⁴⁹.

Las ACM merecen algunas palabras más en cuanto que el derecho ejercita su actividad de planificación precisamente en relación con actividades de este tipo. En el caso de actividades de pequeño alcance puede ser útil introducir una cierta jerarquía entre los participantes. Por ejemplo, un grupo de amigos que siguen el plan de hacer una cena juntos pueden decidir asignar a uno de ellos el cometido de hacer de chef. Esta decisión es racional en cuanto que evita el tener que someter a debate la adopción de cualquier decisión, desde la de determinar qué preparar para cenar a la de decidir quién cocina cada cosa. La jerarquía es incluso indispensable en el caso de las ACM. Si ya entre un grupo de amigos es difícil adoptar planes por unanimidad, en un grupo de amplias dimensiones esto es imposible. La diferencia entre los dos tipos de actividad compartida no se refiere solo al número de participantes, sino también al hecho de que en las ACM es muy variable el grado de interés que los diversos participantes muestran hacia la actividad com-

⁴⁸ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 166.

⁴⁹ También estos ejemplos son de Shapiro.

partida. Es sobre todo esta última constatación la que hace indispensable que el poder de planificar se concentre en algunas manos. Más precisamente: “quienes están comprometidos con el éxito de la actividad han de tener una forma de dirigir y controlar a quienes carecen del mismo entusiasmo”⁵⁰. Si se prescinde además del interés que cada uno de los participantes tiene por la actividad compartida, es evidente que no todos los participantes pueden tener una visión amplia del alcance de la actividad en cuestión. Esto implica que quien se encuentra en la cúspide de la jerarquía debe prever una división rígida del trabajo horizontal de forma que todos los participantes sepan cuál es su papel en la aplicación del plan general. La división del trabajo requiere que sea quien está por “encima” elabore “planificaciones de actividad” (*policies*) para quien está por “debajo”. Entre estas planificaciones algunas –aquellas que tienen la función de atribuir diversos papeles– son muy generales, otras más específicas. En el ejemplo de Shapiro de la empresa de catering, entre las *planificaciones* más generales podrían encontrarse la que impone al camarero quedarse siempre detrás de la barra y servir a los clientes la bebida que le pida.

Entre las *planificaciones* más específicas Shapiro distingue entre *estipulaciones*, *factorizaciones* y *permisos*. Las *estipulaciones* son instrucciones que los destinatarios deben seguir en la aplicación del plan sin preguntarse si son correctas o erróneas. Si en el recetario de los cócteles distribuido a los camareros aparece que entre los ingredientes del *Bloody Mary* está el zumo de mango, entonces los camareros deben usar también este ingrediente cuando un cliente pida este cóctel. Las *factorizaciones* determinan los factores que se deben tener en cuenta en la aplicación del plan. Una *factorización* puede, por ejemplo, prescribir a los empleados que estén concienciados sobre los costes. Finalmente, los *permisos* son “antidirectivas”; estas se limitan a informar a los destinatarios que determinadas acciones son lícitas. Permitir, por ejemplo, que los camareros se lleven a casa la comida que sobra sería un *permiso*. Todas estas *planificaciones* son subplanes del plan compartido para participar conjuntamente en el negocio del catering.

En el caso de las ACM, la división horizontal del trabajo implica también una división vertical. Es preciso que algunos individuos elegidos, tanto por su capacidad como por su entrega a la actividad común, se encarguen de vigilar la aplicación de las planificaciones diseñadas por los creadores del plan para los miembros del equipo de trabajo. Esto requiere que quien está en la cúspide de las ACM prevea ulteriores subplanes: que atribuyan a los supervisores “la potestad de aplicar aquellos planes de la empresa que se dirigen a los miembros del personal” y que especifiquen “cómo se espera que los supervisores ejerciten las potestades que les han sido conferidas”⁵¹. Shapiro denomina a estos subplanes respectivamente “autorizaciones” y “instrucciones”.

Resumiendo, lo que distingue las ACM de otro tipo de actividades comunes es la presencia de “*participantes alienados*”. Volviendo al ejemplo de la empresa de catering, es lícito imaginar que quien es contratado por el jefe como camarero puede no estar particularmente interesado en el buen resultado de la actividad común, sino más bien en ganar lo que necesita para vivir; el problema, entonces, es el de hacerlo de tal manera para que también estos individuos poco motivados apliquen el plan de forma correcta. El alejamiento que caracteriza las ACM impone a aquel que ha determinado el contenido del plan general prever a) una conducta detallada, b) unas estructuras jerárquicas y c) la posibilidad de que aquellos que ostentan una posición de supervisores puedan imponer sanciones.

Tal y como anticipa Shapiro, el derecho es una actividad de planificación que debe enfrentarse a las dificultades típicas de las planificaciones de las ACM. Arriesgándose a una cierta imprecisión se puede decir que una comunidad social es una ACM a la enésima potencia. Un sistema jurídico es por lo tanto una organización de planificación altamente sofisticada y está compuesto por un “plan maestro” compartido por un grupo de planificadores y por las normas (que son unos subplanes, básicamente) que este grupo adopta y aplica.

Desde el momento en el que el derecho no es la única actividad compartida de planificación social es necesario determinar las carac-

⁵¹ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 191.

terísticas ulteriores que permiten determinar la identidad. En otros términos, es preciso preguntarse cuáles son las diferencias entre el derecho y las otras actividades compartidas que no son jurídicas. Shapiro enumera cinco características ulteriores que permiten hacer que la respuesta a la pregunta “¿qué es el derecho?” sea más determinada.

En los siguientes párrafos me limito a introducirlas brevemente.

En primer lugar, el derecho se configura como una actividad oficial. La actividad jurídica se desarrolla por cargos públicos que no son posiciones de autoridad *ad hoc*. Estos cargos son, por ejemplo, la Presidencia de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, etcétera. Una característica esencial de estos cargos públicos es que la persona física que los ocupa es reemplazable. Esta característica nos permite distinguir el derecho de la actividad de planificación de los padres hacia sus hijos. Generalmente, el poder de los padres sobre los hijos no es constante sino que disminuye hasta desaparecer. Además los padres no son reemplazables: “Los padres en general siguen siendo padres de sus hijos –para bien o para mal–”⁵².

En segundo lugar, el derecho es una actividad institucional. Esto significa que la producción del derecho se realiza a través de procedimientos que permiten prescindir de las intenciones de los individuos. Una norma jurídica es válida si se ha elaborado respetando los criterios previstos por el master plan, y esto a pesar de que quien la haya votado no estuviera al corriente de su contenido. Por decirlo utilizando palabras de Kelsen, una norma es una orden (pero también un permiso) “des-psicologizado”. La dimensión institucional del derecho marca una vez más una diferencia con la actividad de planificación de los padres.

En tercer lugar, el derecho impone un gobierno obligatorio. No somos libres de pagar o no pagar los impuestos, de respetar los límites de velocidad, etcétera. Desde este punto de vista, el derecho es similar a la actividad de planificación de los padres y se distingue de la actividad, vista anteriormente, de la empresa de catering. En este último caso, de hecho, el miembro del personal que no quisiera someterse a las reglas impuestas por el jefe y por los supervisores podría ser despedido.

En cuarto lugar, el derecho es una actividad de planificación que tiene el objetivo bien preciso de resolver de la forma más eficiente posible los problemas morales que surgen en una sociedad. Como hemos visto anteriormente, nosotros no le pedimos al derecho que solo coordine las acciones de una forma u otra, sino que elija la solución moralmente justa. Esta característica del derecho, por ejemplo, se viene expresada adecuadamente en el “argumento de la corrección” de Robert Alexy⁵³. La “tesis del fin moral” es fundamental en la concepción de Shapiro de la normatividad del derecho, y, por lo tanto, retornaré pronto sobre esta cuestión. Aquí me limito a destacar que esta característica nos permite distinguir el derecho de otros fenómenos en algunos aspectos similares como el crimen organizado. La cuestión no es que la actividad jurídica se caracteriza por ser moralmente correcta mientras que una organización como la mafia no; sino más bien la diferencia consiste en el hecho de que el derecho tiene el objetivo necesario de organizar una sociedad de una forma moralmente correcta, mientras que este no es el objetivo de una asociación criminal.

En quinto lugar, el derecho es “una organización de planificación que se autocertifica”. En palabras de Shapiro, una organización se autocertifica si es suprema o si goza de una presunción general de validez por parte de “todas las organizaciones superiores de planificación”. Esta última característica nos permite distinguir el derecho de comunidades más pequeñas –por ejemplo, grupos de personas mayores que se organizan en comunidades residenciales creadas específicas para ellos– que se organizan de manera autárquica.

Resumiendo: “un grupo de individuos participa en una actividad jurídica siempre que su actividad de planificación social sea compartida, oficial, institucional, compulsiva, goce de autocertificación y tenga un fin moral”⁵⁴.

Según Shapiro, la teoría de la planificación permite distinguir la “autoridad jurídica” de la “autoridad moral” y la obligación jurídica de

⁵³ Vease Alexy, R., “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183.

⁵⁴ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 278-279.

la obligación moral. En pocas palabras, la existencia de una autoridad jurídica presupone el cumplimiento de dos condiciones: la primera es que el *master plan* del sistema autorice a un grupo de individuos a planificar por los demás; la segunda es que los miembros de la comunidad generalmente escuchen a aquellos que están autorizados por el master plan. La solución de la paradoja de la autoridad propuesta por la teoría de la planificación es la siguiente: la autoridad jurídica se deriva del master plan y el poder de los que están encargados de adoptar el plan común se deriva de las normas de la racionalidad instrumental. Como hemos visto, planificar, en realidad, es un modo racional para perseguir los deseos y objetivos complejos. Las normas de la racionalidad instrumental que legitiman la adopción de un *master plan* no son a su vez planes y esto significa que no es necesario buscar una autoridad que las haya producido: “Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos”⁵⁵.

Resuelto el problema de la paradoja de la autoridad, queda todavía por afrontar la cuestión de la normatividad del derecho: ¿es lícito criticar a quién intencionadamente viola el derecho? Según Shapiro, la teoría de la planificación nos permite contestar afirmativamente a esta pregunta. Ante todo, la aceptación de las reglas fundamentales de un sistema jurídico implica “la adopción de un plan” y esto nos reenvía a las normas de la racionalidad instrumental. Por consiguiente, un funcionario que acepta su posición dentro de una estructura autoritaria puede ser racionalmente criticado en el caso de desobediencia a sus superiores, y, más en general, si no aplica el plan. Como hemos visto, de hecho, la función de la planificación se vacía si los planes adoptados se reconsideran sin tener en cuenta las “razones imperiosas para hacer”. Este tipo de crítica es una consecuencia de lo que Bratman y Shapiro denominan “racionalidad interna del derecho”. Obviamente, los vínculos que se derivan de la racionalidad interna del derecho son válidos solo para aquellos que aceptan el plan maestro.

Desde el punto de vista de la racionalidad interna del derecho, la defensa de Adolf Eichmann en el juicio de Jerusalén de 1961 es correcta.

Como demuestra claramente este último ejemplo, afirmar que sería irracional para quien acepta el derecho no aplicar los planes jurídicos no significa que quien viola el derecho sea criticable también desde un punto de vista moral. La crítica moral reviste, en realidad, la legitimidad moral del plan maestro. Entonces: “[a] menos que el plan maestro establezca un esquema legítimo de gobierno, aquellos autorizados simplemente gozarán de autoridad jurídica, pero carecerán de la capacidad de imponer obligaciones morales de obediencia”⁵⁶.

Esta afirmación parece conectar la autoridad jurídica con la autoridad moral, y, por consiguiente, también la obligación jurídica a la obligación moral. A fin de cuentas, ¿por qué la defensa de Eichmann alegando haberse limitado a cumplir órdenes no nos satisface? Precisamente porque consideramos que las órdenes en cuestión eran inmorales y provenían de una autoridad ilegítima desde el punto de vista moral. Esta conclusión, que Shapiro, en mi opinión, conecta necesariamente equivocándose con la aceptación de una perspectiva del derecho natural, parece implicar la imposibilidad de realizar un discurso sobre la normatividad del derecho que no esté formulado en términos morales. Quien acepta el derecho debe estar dispuesto a defender su aceptación desde un punto de vista moral.

Shapiro, aunque comparte la distinción entre los vínculos impuestos por la racionalidad y vínculos impuestos por la moral, considera que es posible –y necesario para un iuspositivista– distinguir entre la autoridad jurídica y la autoridad moral y entre la obligación jurídica y la obligación moral.

Este autor distingue dos posibles modos de entender la autoridad jurídica: la “interpretación adjetival” y la “interpretación perspectivista”.

Sobre la base de la primera interpretación, “la autoridad jurídica implica autoridad moral y, como los planes compartidos ilegítimos no confieren autoridad moral, no pueden conferir autoridad jurídica”⁵⁷. Shapiro rechaza esta interpretación en cuanto que no es capaz de resolver el “problema del mal”: si se liga la autoridad jurídica a la autoridad

⁵⁶ *Ibidem*, p. 232.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 233.

moral no es posible justificar la existencia de regímenes inmorales. Esta conclusión no es convincente en cuanto que presupone la confusión entre la conexión identificativa y la conexión justificativa entre el derecho y la moral. Raz, por ejemplo, señala que una característica fundamental del derecho es aquella de presentar una pretensión de ser una autoridad legítima. Esta pretensión no implica que, de hecho, la autoridad del derecho sea legítima. En conclusión: la existencia del derecho depende exclusivamente de hechos sociales (la existencia de una determinada práctica entre cuyas características necesarias está también la de presentar una pretensión de legitimidad) mientras que su mayor o menor legitimidad depende de valoraciones morales. También la distinción de John Finnis entre los “casos centrales y periféricos del derecho”, en parte criticada por Shapiro en el último capítulo de su libro, permite distinguir entre la existencia y la legitimidad de un sistema jurídico y, por lo tanto, es una manera posible de superar el “problema del mal”.

De acuerdo con la segunda interpretación, el término “legal” en la expresión “autoridad legal” funciona como una tesis perspectivista. Esto significa que otorgar a alguien autoridad legal no implica la atribución también de una autoridad moral, sino la constatación de que, desde un punto de vista del derecho, este sujeto ejercita un poder moralmente legítimo. Shapiro observa que la interpretación perspectivista desempeña una “función desvinculante” (*distancing function*), en el sentido de que nos permite de hablar de la concepción moral de un sistema jurídico sin aceptarla en primera persona. Se puede decir que un sistema jurídico que prohíba el divorcio atribuye un alto valor moral al modelo de familia tradicional sin que por ello se comparta en primera persona esta perspectiva. Sobre la base de esta interpretación es posible entonces distinguir entre la autoridad legal y moral.

Por un lado, la interpretación modal de la autoridad jurídica no parece muy diferente de la tesis de Raz según la cual cada sistema jurídico presenta una pretensión de legitimidad. Por otro lado, sin embargo, el hecho de que Shapiro continúe manteniendo una neta distinción entre la autoridad moral y la legal produce una serie de ambigüedades en relación con el tema de la normatividad del derecho. Como he dicho, un discurso sobre la normatividad del derecho requiere formularse la

pregunta de si y en qué medida el derecho es una razón para la acción. Como ha demostrado claramente Hart, esta pregunta impone tomarse en serio la perspectiva del participante. Como he intentado demostrar, el participante, para justificar su comportamiento conforme al derecho, debe estar dispuesto a defender, en todo o en parte, la perspectiva moral recogida por el derecho. Esto significa que no es posible distinguir la obligación jurídica de la obligación moral. Creo que Shapiro comparta esta conclusión, aunque la distinción entre la autoridad legal y moral vaya en la dirección contraria. A esto hay que añadir: a) los vínculos racionales que imponen no alejarse de un plan una vez que se ha adoptado no autorizan dejar de lado las razones (morales, sobre todo) que han empujado hacia la adopción de ese plan; b) realizar la propia parte en una actividad compartida a fin de no traicionar las expectativas de los otros planificadores presupone una valoración positiva desde un punto de vista moral de la tutela de la confianza y, por lo tanto, es una razón moral que tiene que ponderarse junto con las demás razones morales.

Un último punto. Shapiro señala que “esta teoría normativa podría ser falsa desde una perspectiva moral. Aquellos autorizados por las instituciones jurídicas a actuar podrían carecer de legitimidad moral y sus acciones podrían no generar obligaciones morales de obediencia”⁵⁸. Esta afirmación presupone la aceptación de una metaética cognitivista y objetivista. El objetivismo ético sostiene a) que es posible predicar la verdad o la falsedad de los enunciados que contengan valoraciones o apreciaciones morales, b) que estos enunciados son verdaderos o falsos independientemente de nuestras opiniones y c) que los cánones del razonamiento moral constituyen un método fiable para conseguir y aumentar el conocimiento moral⁵⁹. La teoría de la planificación sostiene que una característica de la actividad legal es su “fin moral”. Sin embargo, si se defiende una fuerte posición objetivista en ámbito metaético se debe estar dispuesto a sostener que es posible demostrar

⁵⁸ *Ibidem*, p. 235.

⁵⁹ Ver Boyd, R.N., “How to Be a Moral Realist”, en Sayre-McCord, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1988, p. 181-228, en particular pp. 181-183.

si un sistema es conforme a la moral correcta o no. La posibilidad de demostrar la inmoralidad de un sistema jurídico provoca algunos problemas al positivismo jurídico y, más aún, al positivismo de la planificación que introduce entre las características necesarias del derecho la finalidad moral. Estos problemas los tenían muy claros los positivistas de la primera mitad del siglo pasado, y, quizás, Shapiro habría debido prestarles una mayor consideración.

En conclusión, la distinción entre la autoridad moral y la autoridad legal es un legado de la teoría práctica al que Shapiro podría renunciar sin ningún tipo de consecuencias para su positivismo de la planificación.

Bibliografía

- Alexy, R., "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183.
- Barberis, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica. Terza edizione*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Bayón, J.-C., "Deber jurídico", en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 313-331.
- Boyd, R. N., "How to Be a Moral Realist", en Sayre-McCord, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1988, pp. 181-228.
- Bulygin, E., *Il positivismo giuridico* (2006), Milano, Giuffrè, 2007.
- Celano, B., "Consuetudini, convenzioni", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 35-87.
- Celano, B., "La regola di riconoscimento è una convenzione?", *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.
- Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- Comanducci, P., "Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio", en Bianchini, M. y Viarengo, G. (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 125-134.
- Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998.
- Dickson, J., "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 373-402.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978.
- Gilbert, M., *A Theory of Political Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Green, L., "Positivism and Conventionalism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XII, 1999, pp. 35-52.
- Hacker, P. M. S., "Hart's Philosophy of Law", en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (ed.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.
- Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió.
- Hart, H. L. A., "Commands and Authoritative Legal Reasons", en Id., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268.
- Hart, H. L. A., "Legal Duty and Obligation", en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 127-161.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- Hartney, M., "Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation", *Ratio Juris*, 7, 1994, pp. 44-55.
- Lagerspetz, E., *The Opposite Mirrors. An Essays on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1995.
- Ricciardi, M., *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, ETS, 2008.

- MacCormick, N., "Law, Morality and Positivism", en MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, Reidel, 1986, pp. 127-144.
- MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, II ed. 1994.
- Mackie, J. L., *Ethics. Inventing Rights and Wrong*, Harmondsworth, Penguin Books, 1977.
- Nino, C. S., "Legal Norms and Reasons for Action", *Rechtstheorie*, 15, 1984, pp. 489-502.
- Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Postema, G. J., The Normativity of Law, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 81-104.
- Raz, J., "Authority and Justification", en Id. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 115-141.
- Raz, J., "Authority, Law and Morality", en Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (revised ed.), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 210-237.
- Raz, J., "Reasons: explanatory and normative", en Sandis, C. (ed.), *New Essays in the Explanation of Action*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 184-202.
- Raz, J., "The Authority of States", en Id., *The Morality of Freedom*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1988.
- Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 249-286.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (ed. or., London, Hutchinson, 1975).
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- Redondo, M. C., "Sulla rilevanza pratica del diritto", *Ragion Pratica*, 13, 1999, pp. 203-218.

Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro...

Shapiro, S. J., "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507.

Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.

La planificación jurídica y sus funciones

Legal Planning and its Functions

Diego M. Papayannis*

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 25/02/2019

Resumen: En este artículo se argumenta que la teoría de la planificación presentada por Scott Shapiro en su libro *Legalidad* ofrece una explicación mixta del fenómeno jurídico. Por una parte, pretende desentrañar la *naturaleza* del derecho, mediante un análisis conceptual que reconstruya fielmente el punto de vista interno. Por otra parte, Shapiro propone una explicación funcional del derecho que trasciende la perspectiva de los participantes. Ambas explicaciones iluminan aspectos diferentes de la práctica jurídica y, por ello, son complementarias.

Palabras clave: teoría de la planificación, legalidad, explicación interna, explicación funcional.

Abstract: In this article, it is argued that the planning theory advocated by Scott Shapiro in his book *Legality* presents a mixed explanation of the legal phenomenon. On the one hand, it aims to unravel the nature of law, through a conceptual analysis that faithfully portrays the internal point of view. On the other hand, Shapiro proposes a functional explanation of the law that transcends the perspective of their par-

* Profesor Serra Húnter de Filosofía del derecho e investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, España. E-mail: diegomartin.papayannis@udg.edu. Con apoyo del proyecto “Seguridad jurídica y razonamiento judicial” (DER2017-82661-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (España).

ticipants. Both explanations illuminate different aspects of the legal practice and, therefore, are complementary.

Keywords: planning theory, legality, internal explanation, functional explanation.

I. Introducción

En su libro *Legalidad*, Scott Shapiro ofrece una teoría del derecho novedosa. Su propuesta más importante consiste en entender la actividad jurídica como una actividad de planificación social. Sin duda, esto supone un gran desafío, puesto que el concepto de plan o plan social, a diferencia de conceptos como norma, regla, principio, orden o mandato, ha sido tradicionalmente ajeno a la filosofía del derecho; naturalmente, el teórico tenderá a resistir la introducción de un nuevo concepto en el discurso explicativo a menos que ello resulte necesario. Creo que Shapiro tiene éxito en mostrar que el análisis del derecho en términos de planes sociales es una empresa plausible. A fin de cuentas, el lector de *Legalidad* descubre que en la presentación de Shapiro todas las piezas casan perfectamente. No obstante, como acabo de sugerir, mostrar que el derecho *puede* ser interpretado a la luz de la actividad de planificación es solo una parte de la tarea. Además, para convencer a los teóricos del derecho de que su proyecto merece el esfuerzo de aprender acerca de planes, su lógica, su racionalidad y estructura, Shapiro debe mostrar que incorporar este nuevo instrumental es un paso *necesario* para la plena comprensión de nuestras prácticas jurídicas. ¿Es posible prescindir de la idea de plan social o planificación? A diferencia de Shapiro, creo que sí es posible. Como intentaré mostrar, la teoría de Hart, que es tomada en *Legalidad* como el punto de referencia a superar, es en última instancia inmune a las críticas formuladas por Shapiro. Por lo tanto, una de las justificaciones que él ofrece para avanzar con su propia teoría carece de fundamento.

Pese a todo, creo que la teoría del derecho como plan es una teoría potente, en tanto admite dos lecturas diferentes. Conforme con la primera y más obvia, se trata de una explicación que toma en cuenta

el punto de vista interno. En la línea habitual, Shapiro ofrece una comprensión de las prácticas jurídicas que aprueba lo que él denomina el test de la inteligibilidad¹. Su explicación es transparente para los participantes. Por otra parte, también se puede considerar que Shapiro ofrece una explicación externa, en particular, una explicación funcional. Como intentaré mostrar, estos dos enfoques son muy diferentes, pero no incompatibles. De hecho, la información que se obtiene con un enfoque no está implicada por la que se obtiene con el otro y, por ello, son complementarios. Creo que una de las características más atractivas de la teoría de Shapiro es que ilumina algunos aspectos de los sistemas jurídicos que han sido frecuentemente ignorados por los teóricos del derecho; y han sido ignorados porque no se relacionan con una explicación del punto de vista interno. En este sentido, la teoría del derecho como plan destaca frente a sus competidoras. En mi opinión, su mérito no es haber superado el enfoque hartiano, dominante en la teoría del derecho anglosajona, sino que su valor radica en el alto grado de desarrollo de la teoría mixta que propone.

Comenzaré mi argumento explicando cómo se inserta la teoría de Shapiro en la tradición positivista y evaluando en qué medida, si acaso, supone un avance respecto de la propuesta de Hart. Luego, mostraré que la teoría de Shapiro puede ser entendida como una explicación funcional del derecho y, finalmente, defenderé que las teorías mixtas ofrecen una comprensión más profunda del fenómeno jurídico.

II. La metodología jurídica hartiana y sus orígenes

En los últimos 60 años la teoría del derecho se ha orientado a estudiar el fenómeno jurídico tomando en consideración la perspectiva de los participantes. Desde la publicación de *The Concept of Law* se ha popularizado la idea de que una explicación que no presenta una imagen del derecho *reconocible* por aquellos que aceptan las normas del sistema

¹ Shapiro, S., "What is the internal point of view", *Fordham Law Review*, 75 (3), 2006, pp. 1157-1170, en pp. 1165-1166.

como estándares legítimos de conducta es profundamente insatisfactoria. Para ofrecer una imagen reconocible o transparente, la teoría debe reflejar la manera en que los participantes razonan cuando identifican el derecho, lo aplican o, en general, lo utilizan como guía de conducta. Además, la explicación debe integrar coherentemente los rasgos más prominentes y familiares de la práctica en un relato expresado en términos más fundamentales que revele su sentido y/o sus relaciones y diferencias con otras prácticas sociales. Las críticas de Hart a Austin consistían en gran medida en poner de relieve la incapacidad de un modelo imperativista para dar cuenta de un conjunto de características que, en principio, no podrían dejar de incluirse en una descripción adecuada del fenómeno que se pretende explicar².

La necesidad epistémica de prestar atención al punto de vista interno viene como reacción al monismo metodológico que imponía para el estudio de las ciencias sociales el mismo canon de las ciencias naturales exactas³. Este movimiento enfatiza una verdad obvia: que las personas pueden ser comprendidas de un modo en que los fenómenos naturales no pueden serlo⁴. Lo relevante, para este modelo, no se encuentra en la observación de regularidades fácticas sino en su interpretación. La vida social tiene un significado para los individuos que la comparten y, por ello, la interpretación o la comprensión de estos significados, por medio del análisis del entramado conceptual de los participantes, pasa a ser un aspecto fundamental de las ciencias sociales. Este modelo se consolidó definitivamente con la *sociología comprensiva* de Max Weber⁵. En este sentido, hablaré por brevedad de

² Pueden consultarse las críticas en Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994 (en especial los capítulos II, III y IV) [N. E.: citado en la traducción de la primera edición de Genaro Carrió: Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

³ Véase Von Wright, G. H., *Explanation and Understanding*, London, Routledge & Kegan Paul, 1971, pp. 3-4.

⁴ Sobre los orígenes de esta corriente, véase Macdonald, G. y Pettit, P., *Semantics and Social Science*, London-Boston-Henley, Routledge and Kegan Paul, 1981, p. 55.

⁵ Según Weber, “‘explicar’ es captar el complejo de significados en los que encaja una acción directamente inteligible en virtud de su significado intencional subjetivo”.

explicaciones *internas* y explicaciones *externas*, asumiendo que para las primeras (y no para las segundas) la fidelidad al punto de vista del participante es uno de los criterios de adecuación de la teoría⁶.

Acercando esta tradición metodológica a la filosofía jurídica, Hart se interesa por ofrecer una teoría interna, capaz de explicar el fenómeno de modo inteligible para los propios participantes⁷. Por ello, toma como punto de partida ciertas verdades obvias acerca del derecho, las que un hombre educado identificaría como centrales en todo sistema jurídico⁸. La teoría, sin embargo, debe de algún modo trascender este conocimiento común; debe aportar algo distinto de lo que todos los participantes ya saben. ¿Cómo puede brindarse una explica-

Véase Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1922. Citado por la traducción española de Giner, S., *La acción social: Ensayos metodológicos*, Barcelona, Ediciones Península, 1984, p. 18.

⁶ Las explicaciones internas a las que me refiero *no adoptan* el punto de vista interno, sino que solo lo describen. Ciertamente, algunos teóricos han extremado la metodología interna sosteniendo que el fenómeno no es plenamente comprensible para un observador externo. La plena comprensión del derecho no exige meramente tomar en consideración el punto de vista de los participantes, sino adoptarlo. Ello disolvería la dicotomía teórico-participante. Así, los enunciados del teórico serían de la misma índole que la de los participantes; serían enunciados internos, comprometidos, enunciados puramente normativos. Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986, pp. 62-65. A los efectos de este trabajo no analizaré este tipo de cuestiones, y solo asumiré que el proyecto hartiano tiene éxito en su pretensión de ser valorativamente neutral.

⁷ En realidad, Hart sigue la filosofía de Peter Winch (Winch, P., *The idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1958), y se ha señalado que existe una gran diferencia entre el enfoque de Winch y la sociología comprensiva de Weber. Según Winch, Weber se equivocaba al asumir que para ofrecer una interpretación en términos significativos el teórico debe apoyar sus conclusiones con evidencia estadística. Esta funciona en el esquema de Weber como un criterio objetivo para la validación de una entre varias interpretaciones posibles de los hechos sociales. En cambio, Winch consideraba que la estadística no era decisiva; la mejor interpretación es lo único que cuenta. Sin embargo, dejando de lado la referencia de Weber a la evidencia estadística, es posible conciliar sus posiciones, dado que el proyecto de Winch está comprometido con interpretaciones mejores que otras en términos de reglas sociales, lo cual seguramente no excluye la validación de interpretaciones plausibles mediante algún procedimiento objetivo. Véase Martin, M., *Verstehen: The Uses of Understanding in the Social Sciences*, New Jersey, Transaction Publishers, 2000, pp. 95-97.

⁸ Hart, *op. cit.*, p. 3 (3-4).

ción reconocible por los participantes pero que a la vez ilumine aspectos del derecho que escapan a sus propias interpretaciones? Es decir, ¿cómo puede el teórico ofrecer algo que la práctica no contiene expresamente y seguir al mismo tiempo comprometido con una metodología interna? El modo en que Hart realiza esta tarea es ofreciendo un análisis conceptual dirigido a esclarecer el marco general que organiza el pensamiento jurídico⁹. En parte, se trata de hacer explícito aquello que ya está implícito en la práctica. El objeto inmediato del análisis es el *concepto* de derecho, o *nuestro* concepto de derecho. ¿Qué valor tiene este tipo de estudios? Hart creía que el esclarecimiento de los conceptos mejoraba nuestra percepción del fenómeno. La idea es que, identificando los conceptos centrales de una práctica, determinando sus contenidos y relaciones mutuas profundizamos nuestra comprensión del fenómeno jurídico. Si el análisis se realiza correctamente, la explicación resultante debería ser reconocible por los participantes, tal vez previa reflexión, como el tipo de práctica que llevan adelante.

III. La metodología de Shapiro y sus críticas a la teoría hartiana

Como se verá, Shapiro comparte en gran medida la empresa hartiana, pero su presentación añade una carga metafísica que en la teoría de Hart es menos notoria. Según Shapiro, la pregunta más fundamental de la teoría jurídica es “¿qué es el derecho?”. Cuando se formula esta pregunta se desea conocer la naturaleza de su objeto de estudio. ¿Cómo se accede a esta naturaleza? De dos maneras. En ocasiones lo que nos interesa es dar una respuesta a la pregunta sobre la *identidad*: ¿qué hace que algo sea el tipo de cosa que es? ¿Qué hace que el derecho sea derecho y no una cosa distinta? Otras veces, nos interesa responder la pregunta de la *implicación*: ¿qué se sigue necesariamente de que algo sea lo que es? ¿Qué se sigue necesariamente de que algo

sea derecho? Shapiro intenta responder ambas preguntas valiéndose del análisis conceptual¹⁰.

Para ello comienza enunciando una serie de verdades obvias acerca de cualquier práctica que consideraríamos *jurídica*¹¹. Este listado sirve para evaluar las diferentes teorías de acuerdo con su capacidad para dar cuenta de lo que resulta más familiar del derecho. El proceso puede ser bastante complejo porque probablemente existan desacuerdos, en algunos casos muy profundos, respecto de cuáles son estas verdades obvias que toda teoría debe explicar. Cuando ello ocurre, nos quedamos sin criterios para evaluar las concepciones rivales. No obstante, debe tenerse en cuenta que las intuiciones de los participantes pueden fallar, por ello el propio listado de verdades obvias es provisional, lo que supone que está sujeto a revisión. Este proceso de evaluar las teorías por su adecuación a las verdades obvias y de revisar cuáles son verdades obvias a la luz de las teorías que se vayan proponiendo tiene lugar hasta que se llega a una suerte de equilibrio reflexivo, en el cual se logra una coherencia entre las piezas que conforman la explicación y las intuiciones iniciales. Una teoría que no pueda dar cuenta de todas las intuiciones centrales será insatisfactoria, pero no necesariamente equivocada. El análisis toma como punto de partida las intuiciones, pero no se agota en ellas. Así es como el análisis esclarece las fuentes de confusión. Las verdades obvias nos ayudan a construir las teorías,

¹⁰ Véase Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, pp. 38-39.

¹¹ La lista preliminar de verdades evidentes acerca del derecho incluye, entre otras: a) todos los sistemas jurídicos tienen jueces que interpretan el derecho y cuya función es resolver conflictos; b) todos los sistemas jurídicos tienen instituciones para modificar el derecho; c) existen diferentes tipos de normas; algunas de ellas imponen deberes; d) las normas pueden ser aplicadas a quienes las crean; e) la autoridad jurídica siempre está conferida por normas jurídicas; f) las autoridades jurídicas pueden imponer obligaciones incluso cuando sus decisiones sean incorrectas; g) en todo sistema jurídico alguna persona o institución tiene autoridad suprema para crear derecho; h) saber qué requiere el derecho no es suficiente para estar motivado a obedecerlo; i) es posible obedecer el derecho incluso si se cree que no hay una obligación moral de hacerlo; j) los funcionarios pueden estar alienados; k) las preguntas jurídicas tienen respuestas correctas; l) algunas veces, los tribunales interpretan el derecho de manera incorrecta; m) algunos individuos conocen el derecho mejor que otros. Véase *Ibidem*, p. 41.

y las teorías nos permiten revisar nuestros puntos de partida, lo que terminará corrigiendo nuestra percepción del fenómeno¹².

Teniendo en mente estos rasgos comúnmente reconocidos, Shapiro presenta su concepción del derecho como plan social. Sin embargo, antes de hacerlo, debe justificar la necesidad de reemplazar el instrumental teórico tradicional por una idea tan novedosa como ajena a la filosofía jurídica. Por ello, analiza la capacidad de rendimiento de las teorías de Austin y de Hart a la luz de las características que en principio tienen los sistemas jurídicos. Le interesa fundamentalmente evaluar, por una parte, la coherencia lógica de estas teorías y, por la otra, la medida en que las representaciones que ofrecen de la práctica jurídica son fieles a la comprensión compartida de sus participantes¹³.

III.1. La inteligibilidad y algo más...

Según Shapiro, el modelo imperativo de Austin fracasa por las mismas razones que Hart detalla en *The Concept of Law*. No obstante, en algunas ocasiones, sus críticas son ligeramente distintas. Por ejemplo, mientras que la crítica de Hart se basa en que las normas de competencia no son órdenes respaldadas por amenazas, Shapiro agrega que el defecto de la teoría imperativa se muestra en que no logra reflejar las distintas *funciones* que cumplen dichas reglas. La función de las *reglas de deber* es limitar las libertades negativas, y la función de las *reglas de competencia* es incrementar las libertades positivas¹⁴. Adviértase que estas funciones no tienen por qué ser parte, ni derivarse necesariamente, de los conocimientos compartidos. Las funciones *podrían* tener un lugar central en el concepto de derecho, pero Shapiro no incluye en su listado de verdades evidentes ninguna característica a la luz de la cual pueda juzgarse si la incapacidad de dar cuenta de ellas es o no un defecto de la teoría. Por ello, esta crítica es en un sentido importante distinta de la hartiana.

¹² *Ibidem*, p. 38 y ss.

¹³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴ *Ibidem*, p. 95.

Más adelante, las críticas de Shapiro retoman su cauce hartiano al señalar que el modelo imperativo no deja espacio para los *buenos ciudadanos*. Ellos no solo consideran que tienen razones morales para obrar según lo que dispone el derecho, sino que ven en el derecho una *nueva* razón moral para la acción. Para ellos, las sanciones no son un elemento motivacional, por lo tanto, no pueden ser el elemento definitorio de las normas que imponen deberes¹⁵.

Finalmente, Shapiro sostiene que una teoría como la de Austin hace incomprendible el modo en que estas personas piensan acerca de sus acciones:

[p]orque cualquier teoría que privilegia los hábitos y las sanciones por sobre las normas no solo ofrece una explicación pobre de las acciones de algunos ciudadanos sino que, todavía más importante, no explica la coherencia de sus pensamientos. No puede explicar el hecho de que piensan que el soberano tiene el *derecho* jurídico de gobernar, que el ejercicio de esa potestad genera *obligaciones* jurídicas, que sería jurídicamente *incorrecto* desobedecer, y que quienes son culpables de desobedecer el derecho *deberían* ser castigados por su *infracción*¹⁶.

En definitiva, la mayor objeción contra la teoría imperativa de Austin es que no reconstruye el punto de vista interno.

III.2. Desconcertando a Hart

Hart evidentemente no puede ser blanco de la misma crítica. Por ello, las discrepancias con esta teoría tienen un carácter más doméstico. Shapiro comparte en general el enfoque metodológico, pero encuentra insatisfactoria la teoría de Hart en dos puntos fundamentales: (1) su incapacidad de explicar cómo la autoridad jurídica es posible; y (2) su inconsistencia con la conocida ley de Hume, que impide derivar juicios

¹⁵ *Ibidem*, pp. 104-105.

¹⁶ *Ibidem*, p. 112.

normativos a partir de juicios fácticos. Como se verá, ambos problemas están relacionados en cierta medida.

Desde el comienzo del libro Shapiro anuncia que parte de su análisis será planteado en forma de *puzzles* o enigmas que desconciertan a los juristas. Estos son una buena estrategia porque nos muestran aspectos paradójicos de nuestras prácticas a los que debemos dar alguna respuesta si nuestro esquema conceptual ha de ser consistente. El más importante de estos puzzles es la paradoja de la autoridad (*the possibility puzzle*). Explicado brevemente, la cuestión es cómo es posible el surgimiento de la autoridad jurídica si aceptamos dos proposiciones, por cierto muy razonables: (a) alguien tiene autoridad para crear nuevas normas jurídicas en la medida en que otra norma existente lo faculte a ello; y (b) una norma que faculta a un individuo a crear normas jurídicas solo existe si alguien con autoridad la ha creado¹⁷. Este planteo reedita el clásico problema del huevo y la gallina, y su objeto es desafiar la propia idea de autoridad.

Austin resuelve la paradoja de la autoridad rechazando la proposición (a). El soberano tiene autoridad porque puede coaccionar a los súbditos. La autoridad no proviene de las normas, sino que las normas provienen de la autoridad. El problema de este enfoque es que resulta perfectamente plausible (y habitual) que una autoridad sea reconocida como tal antes de promulgar ninguna norma.

Hart asume una estrategia distinta, que consiste en rechazar la proposición (b). Mientras que la autoridad requiere haber sido conferida por normas, las normas pueden ser creadas por quienes carecen de autoridad. La idea es que los grupos pueden crear reglas sociales mediante sus prácticas. Para Hart, en todo sistema jurídico existe una regla de reconocimiento. Esta es una regla secundaria, en el sentido de que sirve para identificar a otras reglas del sistema. La validez de las reglas identificadas por la regla de reconocimiento no depende de que efectivamente sean aplicadas por los tribunales, pero la regla de reconocimiento existe si, y solo si, es practicada. Su existencia es una cuestión de hecho. Esto significa que existe en la medida en que los funcionarios relevantes de

una comunidad la usen para identificar las normas del sistema. Como toda regla social, requiere que se verifique un aspecto externo, dado por el efectivo uso de esta regla, y un aspecto interno, dado por la aceptación de que el patrón de conducta prevaleciente constituye un estándar de comportamiento legítimo o justificado¹⁸. De esta manera, la teoría de Hart, señala Shapiro, es claramente positivista. La existencia de la regla de reconocimiento es una pura cuestión de hechos sociales ya que “las reglas *son* prácticas sociales”¹⁹.

Como señala Shapiro, definir las reglas como prácticas es simplemente un error de categoría. Las reglas son entidades abstractas y las prácticas son hechos que tienen lugar espaciotemporalmente. Tal vez Hart quiera debilitar su tesis, sugiere Shapiro, admitiendo que las reglas no pueden ser reducidas a prácticas, no obstante, estas últimas necesariamente generan reglas. En otros términos, la versión debilitada diría que la instanciación de una práctica es condición suficiente de la generación de una regla social. Lamentablemente, esta posición tampoco es sostenible.

Este aspecto de la teoría ya había sido criticado por Raz, para quien las condiciones de existencia de las reglas sociales especificadas por Hart son sobreincluyentes. Según Raz, no permiten distinguir entre dos tipos de prácticas bien diferentes: la práctica de actuar por razones generales y la práctica de actuar siguiendo reglas. No siempre que se actúa por razones generales se actúa guiado por una regla²⁰. Piénsese en un partido de fútbol. Un espectador que concurre al campo podrá notar que cuando un jugador distinto del arquero toca el balón con la mano el árbitro sanciona una falta y otorga un tiro libre al equipo contrario. Cualquier desviación de este patrón de conducta genera fuertes críticas. Asimismo, podrá observar que cuando un defensor se encuentra presionado cerca de su área siempre rechaza el balón hacia fuera, o intenta salir jugando por la banda, pero casi nunca rechaza el balón hacia dentro. En este caso, las desviaciones del patrón también generan

¹⁸ Véase Hart, H. L. A., *op. cit.*, capítulos V y VI.

¹⁹ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 117.

²⁰ Raz, J., *Practical reasons and norms*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 55.

críticas. Sin embargo, aunque existe una regla que ordena sancionar un tiro libre cuando algún jugador distinto del arquero toca el balón con la mano, no existe ninguna regla que disponga que los defensores deban rechazar el balón hacia fuera del área²¹. En ambos casos existe un patrón de conducta (aspecto externo) y críticas ante la desviación (aspecto interno), pero solo en el primer caso los participantes están siendo guiados por una regla. En el segundo caso los individuos obran siguiendo lo que podría denominarse un *juicio normativo generalizado*. Estos juicios no son más que buenas razones, en general, para realizar ciertas acciones. Una diferencia fundamental entre las reglas y los juicios normativos generalizados es que las primeras serían razones independientes de su contenido, mientras que los segundos no²².

Shapiro considera que existe otra forma de salvar la teoría de Hart. Atento a la objeción de Raz, advierte que tal vez no todas las prácticas generen reglas pero sí algunas de ellas. De todas maneras, entiende que a menos que se especifiquen las condiciones que deben satisfacer las prácticas para generar reglas sociales, la teoría hartiana será incapaz de resolver la paradoja de la autoridad. La manera más promisoría de enmendar la teoría de las reglas como práctica, sugiere luego, está dada por la idea de que la regla de reconocimiento es una convención de coordinación que resuelve el problema recurrente de establecer una estructura de autoridad. Eventualmente, rechaza esta interpretación porque “restringe indebidamente los tipos de razones que los funcionarios pueden tener para aceptar la regla de reconocimiento”²³. Dado que una convención de coordinación solo existe cuando los participantes toman el patrón de comportamiento como *una* razón para hacer lo que hacen los demás, sería imposible la alienación general de los funcionarios. Semejante teoría hace inconcebible un sistema en el cual los funcionarios son indiferentes a la manera en que se comportan sus colegas y solo hacen su trabajo para cobrar su salario a fin de mes²⁴.

²¹ El ejemplo original, referido al cricket, está tomado de Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen, 1971, pp. 45-46.

²² Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4 (4), 1998, pp. 469-507, en p. 493.

²³ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 150.

²⁴ *Ídem*.

Hay otra alternativa obvia que Shapiro curiosamente no analiza. Hart concede que un patrón de conducta y un actitud crítico-reflexiva es insuficiente para afirmar que existe una obligación, en tanto las reglas de etiqueta también tienen estos dos componentes, pero no diríamos que imponen obligaciones; al menos, no diríamos que imponen obligaciones conforme con el uso característico del término. De ahí que Hart agrega que cuando una regla impone una *obligación* la exigencia general para la observancia es constante y la presión contra quienes se desvían o amenazan con desviarse es sustancial. Además, difícilmente en una sociedad se pueda considerar que una acción es obligatoria si no se juzga que su realización es importante para el mantenimiento de la vida en comunidad²⁵. Estas condiciones permiten distinguir los juicios normativos generalizados de las reglas que imponen deberes. Es verdad que la referencia de Hart a la importancia de la acción obligatoria para la vida de la comunidad es un tanto vaga. Pero esto mismo puede explicarse recurriendo a la idea de razones excluyentes (o perentorias, en los términos del propio Hart²⁶). Así, las prácticas que necesariamente generan reglas sociales son aquellas en las que los individuos tienen una actitud determinada hacia el patrón de conducta: lo toman como una razón de primer orden para comportarse tal como establece el patrón y como una razón excluyente, es decir, como una razón para no actuar sobre la base de al menos algunas otras razones de primer orden en conflicto.

Creo que esta interpretación raziana de Hart permite definir el tipo de prácticas capaces de superar la paradoja de la autoridad²⁷. Si esto es

²⁵ Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 86-87 (107-109).

²⁶ Hart, H. L. A., "Commands and Authoritative Reasons", en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982. Las diferencias entre los conceptos de razón perentoria y razón excluyente no son relevantes para el argumento aquí presentado. Para un buen comentario al respecto, véase Himma, K. E., "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, J. L., Shapiro, S., Himma, K. E., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 152-153.

²⁷ Correspondería señalar todavía que la interpretación raziana solo puede dar cuenta de las reglas que imponen deberes, pero no de las reglas constitutivas, por ejemplo. Sin embargo, esto no tiene por qué inquietar a Shapiro dado que para él la regla de reconocimiento es una regla de deber, es decir, que impone a los funcionarios la

así, unas de las razones para abandonar la teoría sustantiva de Hart, y avanzar en la comprensión del fenómeno jurídico mediante la idea de planes, pierde su fundamento.

La segunda razón por la cual Shapiro cree que la teoría de Hart debe ser abandonada tiene que ver con lo que él denomina “el desafío de Hume”. El problema para Hart es que, de acuerdo con la teoría de las reglas como práctica, una vez que se dan ciertos hechos es posible constatar la existencia de la regla de reconocimiento y, por consiguiente, afirmar la validez de las normas primarias identificadas por ella. Las normas primarias imponen deberes y confieren derechos, y su validez justifica juicios como los siguientes: en Xanadú, todos los empleados deben guardar silencio cuando Kane duerme la siesta. Dada la imposibilidad lógica de inferir lo que *debe ser* a partir de lo que *es*, esperaríamos que la teoría de Hart evitase derivar juicios normativos a partir de juicios descriptivos. Pero eso es exactamente lo que ocurre cuando de afirmar (1) la existencia de un hecho (por ejemplo, que ciertos individuos en la comunidad aceptan que aquello ordenado por Kane debe ser obedecido) se pasa a afirmar (2) la validez de una norma (en Xanadú los empleados deben guardar silencio cuando Kane duerme la siesta; asumiendo que Kane haya ordenado eso).

Para evitar la infracción a la ley de Hume, Shapiro sugiere que Hart sea entendido como un expresivista. Es incuestionable que la existencia de la regla de reconocimiento depende de ciertos hechos sociales. Así y todo, es posible mantener dos actitudes muy diferentes frente a esos hechos. Es posible tener una actitud teórica y, por tanto, los enunciados formulados son descriptivos, o tener una actitud práctica, en cuyo caso los enunciados formulados son normativos. No describen la existencia de normas sino que expresan un compromiso práctico con hechos descriptivos. El individuo expresa su compromiso con tratar estos hechos de cierta manera. En terminología más usual, expresan la

obligación de aplicar las normas que satisfacen ciertos criterios. Véase Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 121. Además, Shapiro mismo en un artículo anterior consideró que esta interpretación resuelve los problemas de sobreinclusión de la teoría de Hart. Véase Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, pp. 493-494.

aceptación de una regla como estándar de conducta legítimo. Nótese que las condiciones de existencia del derecho no incluyen más que hechos sociales, pero los juicios relativos a derechos y deberes, o a la validez de normas primarias, expresan una orientación práctica hacia ellos. De esta forma, el patrón de inferencia seguido por el esquema hartiano es siempre normativo, ya que los juicios normativos se derivan de un compromiso normativo. La ley de Hume es respetada. Sin embargo, esto implica que el teórico que se niega a aceptar el punto de vista interno nunca puede determinar lo que exige el derecho porque su razonamiento es siempre descriptivo²⁸.

Esta lectura expresivista de Hart respeta la ley de Hume, pero es muy problemática en tanto el “hombre malo” (*bad man*) de Holmes puede llevar adelante un razonamiento jurídico sin comprometerse con el punto de vista interno²⁹. El hombre malo, que obedece el derecho solo por razones prudenciales, es capaz de *redescribir* sus juicios en terminología jurídica. En lugar de decir que está obligado a pagar impuestos, por ejemplo, puede afirmar que *jurídicamente* tiene la obligación de pagarlos. Shapiro cree que siempre es posible *redescribir* el contenido del derecho empleando lenguaje normativo, sin aceptar al mismo tiempo la regla de reconocimiento. De hecho, sería muy extraño que los únicos capaces de acceder al contenido del derecho fueran quienes lo aceptan. Los profesores con frecuencia describen el contenido de otros sistemas jurídicos con fines comparativos sin asumir el punto de vista interno respecto de cada uno de ellos. En contraste, la versión expresivista de Hart supone que solo quienes aceptan la regla de reconocimiento pueden hacer esto. Por lo tanto, la teoría no puede dar cuenta del hombre malo, que realiza razonamientos jurídicos y *redescribe* el sistema con precisión. En breve, Shapiro argumenta que el hombre malo, en la medida en que es *malo*, no asume una actitud práctica respecto de la regla de reconocimiento, pero de todas formas

²⁸ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 150 y ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 153.

es capaz de derivar juicios normativos a partir de juicios descriptivos; y ello constituye una violación de la ley de Hume³⁰.

Esta crítica probablemente sea el punto más decepcionante del libro de Shapiro. Todo el argumento descansa sobre una lectura expresivista de Hart que nos lleva a conclusiones tremendamente implausibles. Dadas las consecuencias de esta reconstrucción, ¿no deberíamos descartar de inicio la lectura expresivista que Shapiro propone? ¿Hay alguna interpretación alternativa para evitar que Hart infrinja la ley de Hume? En mi opinión, hay al menos dos posibilidades, ambas rastreables en última instancia a afirmaciones explícitas de Hart, y curiosamente ignoradas por Shapiro.

La primera posibilidad es entender que los juicios del hombre malo, al igual que los del teórico, se realizan desde el punto de vista externo moderado. A fin de determinar lo que exige el derecho de una determinada comunidad se requiere indagar en qué normas los funcionarios *creen* que brindan razones para la acción. Luego, uno podrá descubrir qué deberes y derechos *creen* que tienen los propios funcionarios y el resto de los ciudadanos. El patrón de inferencias siempre es descriptivo-descriptivo. Los enunciados sobre validez, derechos y deberes nunca son genuinamente normativos, sino descriptivos de creencias y actitudes de los funcionarios del sistema³¹.

La segunda manera de entender a Hart consiste en incorporar la noción de enunciados normativos no-comprometidos (*detached normative statements*) propuesta por Raz, y que el propio Hart acepta como un buen complemento de su clasificación entre enunciados externos

³⁰ *Ibidem*, pp. 152-153.

³¹ Esta alternativa encuentra apoyo en el “Postscript” a la segunda edición de *The Concept of Law*. Allí Hart responde a Dworkin que la existencia de una regla social, como la regla de reconocimiento, no está condicionada a que haya razones suficientes para conformarse a la regla sino a que los participantes *crean* que existen tales razones. Véase Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 257 (35). [N. E.: no se ha consolidado aún una traducción canónica de las notas manuscritas de Hart, que Joseph Raz y Penelope Bulloch incluyeron como “Postscript” en la segunda edición de *The Concept of Law* (pp. 238-276). A los fines de lograr uniformidad se cita en la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

acerca del derecho y enunciados internos formulados por los participantes³². Según Raz, los enunciados normativos no-comprometidos se refieren a los derechos y deberes que tienen las personas. No se trata de afirmaciones acerca de creencias, actitudes o patrones de conducta, sin embargo carecen de la fuerza que ordinariamente tienen los enunciados normativos. Por ello, pueden ser proferidos sin comprometer al hablante con lo que expresan; solo *describen* una situación jurídica tal como es vista desde el punto de vista de quien acepta las normas como legítimas³³. En esta línea, el hombre malo bien puede razonar jurídicamente describiendo el punto de vista del derecho. Es solo *desde el punto de vista del derecho* que él tiene la obligación de pagar impuestos, o el derecho de votar en las elecciones generales. Su patrón de razonamiento no es descriptivo-normativo, sino siempre descriptivo, con lo cual la ley de Hume es respetada.

En conclusión, a diferencia de Hart, que intentó presentar la mejor versión posible de la teoría de Austin a fin de criticarla luego, la sofisticación que hace Shapiro de la teoría de Hart la hace implausible de inicio. Por esta razón, el argumento que ofrece Shapiro para dejar atrás la teoría de Hart y avanzar en su concepción del derecho como plan social no resulta a fin de cuentas convincente. Pese a todo, en lo que sigue argumentaré que la teoría de Shapiro ofrece una comprensión más amplia que la tradicional del fenómeno jurídico e ilumina una gran cantidad de aspectos que a menudo pasan inadvertidos para la mayoría de los filósofos del derecho. Continuaré en la siguiente sección describiendo algunos puntos esenciales de la teoría de Shapiro. El lector familiarizado con ella puede prescindir de esta sección.

³² Véase Hart, H. L. A., "Legal Duty and Obligation", en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 154-155.

³³ Véase Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 153; Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 270.

IV. La concepción del derecho como plan social

La tesis central de Shapiro es que el derecho es una forma de planificación social. Las instituciones jurídicas planifican para la comunidad sobre la cual pretenden autoridad. Esto significa que prescriben lo que los individuos pueden o no hacer, es decir, establecen pautas de comportamiento para guiar la conducta de los ciudadanos, e identifican a quienes tienen la facultad de crear nuevas pautas o alterar las existentes. Las normas jurídicas son planes generales³⁴, o normas similares a los planes³⁵, creados por aquellos autorizados a planificar para la comunidad; y la actividad judicial no es más que la actividad de interpretar y aplicar los planes. La planificación jurídica tiene un objetivo concreto: resolver los problemas morales que resultan imposibles de resolver, o que serían insatisfactoriamente resueltos, mediante formas de organización social alternativas³⁶.

¿Cómo llega Shapiro a estas conclusiones? Los individuos, observa, son criaturas que planifican: diseñan, adoptan y llevan adelante planes para alcanzar sus objetivos. La razón por la que planifican es que sus objetivos y deseos son complejos y, a menudo, requieren la coordinación entre varios agentes. Además, los individuos tienen una racionalidad limitada y la deliberación caso por caso puede ser muy costosa. La adopción y ejecución de un plan es un modo de maximizar el logro de sus objetivos que se ven afectados por estas circunstancias³⁷.

En el caso de las actividades colectivas, el éxito del grupo depende de que cada individuo haga su parte. Esto requiere una coordinación que resulta difícil de lograr por medio de la improvisación. En algunos

³⁴ Shapiro define a los planes como “entidades proposicionales abstractas que exigen, permiten o autorizan a los agentes a actuar, o no actuar, de ciertas maneras en ciertas circunstancias”. En este sentido, los planes son normas, pero no toda norma es un plan. Las normas morales, por ejemplo, existen porque son válidas, no porque alguien las haya adoptado. Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 169-170.

³⁵ Por “normas similares a los planes” Shapiro se refiere a las costumbres. Las normas consuetudinarias no son planes, pero cumplen las mismas funciones. Véase *Ibidem.*, p. 184.

³⁶ *Ibidem.*, pp. 220 y 265.

³⁷ *Ibidem.*, pp. 163-164.

contextos, en los que las partes se conocen perfectamente y están vinculadas por fuertes lazos de confianza, la improvisación puede funcionar. Cuando estas condiciones no se dan, surge la necesidad de brindar una guía de conducta. Por lo general, aunque el objetivo del grupo sea claro, existirán varias maneras de lograrlo, y ello hace que lo que cada individuo *debe hacer*, es decir, la conducta que debe realizar como parte de la actividad común, dependa de lo que harán lo otros. Así, la planificación parece ser la única manera de llevar adelante la empresa colectiva en condiciones de incertidumbre respecto de qué acciones realizarán los demás. Todos estos problemas son especialmente importantes cuando las actividades comunes son complejas, controvertidas o requieren soluciones arbitrarias³⁸. Así, afirma Shapiro, los planes ofrecen una solución al cumplir una función de *control* sobre el comportamiento de las personas³⁹.

En lo que hace al derecho, nótese que cualquier conjunto de individuos para vivir en sociedad necesitará resolver una serie de problemas que Shapiro califica como *morales*. Estos incluyen la regulación de la propiedad, los contratos, los niveles de diligencia exigibles, la presión tributaria adecuada, los límites del poder público y la legitimidad de la coerción estatal, entre muchos otros. Las sociedades modernas son incapaces de resolver estos problemas eficientemente mediante otras formas de planificación social o la coordinación espontánea. Dado que estos problemas morales son numerosos y requieren soluciones complejas, controvertidas o arbitrarias, las sociedades modernas se hallan en lo que Shapiro denomina las “circunstancias de la legalidad”⁴⁰. El propósito fundamental del derecho, agrega luego, es solucionar las deficiencias morales que se producen en estas circunstancias. Esto es lo que Shapiro presenta como la *Tesis del fin moral del derecho*⁴¹. En este punto, Shapiro profundiza el argumento de Raz, de acuerdo con el

³⁸ Una solución es arbitraria cuando existen alternativas igualmente adecuadas. Esta idea tiene su origen en Lewis, D., *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969, p. 70.

³⁹ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 174.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 217.

⁴¹ *Ibidem*, p. 265.

cual incluso una sociedad de ángeles necesitaría derecho para resolver algunos problemas de coordinación⁴². En términos de Shapiro, incluso individuos bienintencionados, de buena fe, necesitarían una guía de conducta para saber cómo deben comportarse frente a los problemas morales en las circunstancias de la legalidad⁴³.

Es importante señalar que la tesis del fin moral no atribuye al derecho ningún fin sustantivo concreto. El derecho es un medio para resolver cualquier problema moral que se desee resolver. En este sentido, el problema que aborda necesariamente es de *segundo orden*, pues consiste en determinar cómo deben resolverse los conflictos morales. Una respuesta parcial a la pregunta de la identidad, entonces, es que lo que hace que el derecho sea derecho es que tiene el propósito de establecer un mecanismo para resolver los problemas morales que no pueden ser resueltos eficientemente por las costumbres, las tradiciones, el consenso, la persuasión o las promesas⁴⁴. La actividad jurídica, al igual que cualquier plan, logra su objetivo guiando, organizando y controlando la conducta individual y grupal. A la vez, permite a los agentes reducir los costes de deliberar, negociar y acordar; incrementa la predictibilidad del comportamiento y soluciona los problemas que generan la falta de información, la incapacidad para tomar decisiones perfectamente racionales o el mal carácter⁴⁵. Por supuesto, el derecho es falible y, por ello, es posible que las respuestas jurídicas sean moralmente insatisfactorias⁴⁶.

Ahora bien, los factores que hacen que los planes sean más necesarios para resolver los problemas morales de la comunidad también hacen que sean más difíciles de implementar. Mientras más numeroso

⁴² Véase Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁴³ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 267-268. Como digo en el cuerpo principal, esta es solo una parte de la respuesta de Shapiro a la *pregunta de la identidad*. El derecho, además de tener esta misión moral, es una organización compulsiva y que se autovalida; esto último significa que hace cumplir sus normas sin demostrar su validez ante organizaciones superiores (véase *Ibidem*, p. 279).

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 250-251.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 266.

sea el grupo más complejo será acordar un plan común. En estas condiciones florecen las ideas de delegación y jerarquía. Las comunidades delegan la planificación en ciertos individuos, cuya identificación es funcional, no nominal. Estos individuos, los funcionarios del sistema, se encargarán de adoptar *un plan para la comunidad*. Otros individuos, por su parte, tendrán a su cargo la aplicación de los planes. El plan que establece esta división del trabajo es *un plan común para la planificación social*. Su objeto es solucionar el problema de cómo planificar para la comunidad cuando ella más necesita de planes pero se encuentra en las peores condiciones para adoptarlos y aplicarlos. Este plan, que Shapiro denomina *plan maestro*, es el fundamento del sistema jurídico ya que, según entiendo, cumple en la concepción del derecho como plan el mismo rol que la regla de reconocimiento cumple en la teoría de Hart⁴⁷. El plan maestro y todos los planes o normas similares a los planes adoptados y aplicados por el grupo social conforman el sistema jurídico de la comunidad⁴⁸.

El plan maestro es un plan común, pero no es el plan de la comunidad en su conjunto. Quienes comparten el plan de planificar para la comunidad son los planificadores sociales; son ellos quienes aceptan el plan. Dicho en otros términos, los funcionarios *aceptan* el plan maestro que guía, organiza y controla su conducta conjunta de planificar para los demás. Su trabajo conjunto hace que los funcionarios tengan un plan común y, por ello, que sean miembros de un mismo sistema jurídico⁴⁹. Sin embargo, afirmar que los funcionarios tienen autoridad jurídica supone afirmar algo más que el hecho de que están autorizados por el plan maestro para adoptar planes. Se requiere además que sean capaces de disponer el cumplimiento por parte del resto de la comunidad. Esta disposición puede lograrse de cualquier manera, lo que incluye la amenaza de sanción. Recién cuando se dan estos dos elementos, la autorización y la capacidad de motivación, puede

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 212-214.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 260 y 279.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 259-260.

sostenerse que los funcionarios tienen autoridad jurídica, que tienen la habilidad de planificar para otros⁵⁰.

Si nos preguntamos por qué Rex tiene *autoridad jurídica* en la comunidad S, diríamos que Rex está autorizado por el plan maestro para planificar para los individuos de S y, además, que tiene la capacidad de disponerlos a cumplir con los planes, valiéndose de amenazas de sanción o cualquier otro método de motivación. El plan maestro, a su vez, existe porque los funcionarios, entre los que se cuenta Rex, lo *aceptan*. Pero, ¿cómo han obtenido la autoridad de adoptar el plan cuyo contenido es que Rex habrá de planificar para el resto? Aquí la palabra “autoridad” no debe ser entendida como autoridad jurídica; en lugar de ello, se refiere a la autoridad que todos los individuos tienen para adoptar planes por el mero hecho de ser criaturas que planifican. Las normas de la racionalidad instrumental los facultan a adoptar planes. Por esta misma razón, los funcionarios tienen la facultad de adoptar el plan maestro. Las normas de la racionalidad no son planes, no han sido creadas por ninguna autoridad. El único fundamento del plan maestro está en la racionalidad instrumental, que sirve de sostén normativo a todo el sistema jurídico. En síntesis, la autoridad jurídica es posible porque ciertos agentes son capaces de crear y compartir un plan para planificar y de motivar a otros a cumplir su plan⁵¹. De esta manera Shapiro responde a la paradoja de la autoridad.

La concepción del derecho como plan es una teoría positivista, en tanto la existencia del derecho puede ser determinada mediante la observación social. El teórico no debe más que constatar el hecho de que los funcionarios del sistema han adoptado un plan para resolver las deficiencias morales de las circunstancias de la legalidad. La autoridad jurídica de los órganos no depende de ninguna consideración moral, sino solo de que los funcionarios hayan aceptado un plan que autoriza a ese órgano a planificar para la comunidad y que requiere deferencia hacia él. De esto se sigue que para crear o hacer funcionar un sistema jurídico no es necesario que los funcionarios tengan legitimidad moral

⁵⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁵¹ *Ibidem*, p. 229.

para imponer obligaciones y conferir derechos. Solo se requiere que tengan la habilidad de planificar. Por todo esto, la teoría de Shapiro satisface la *tesis de las fuentes sociales*, ya que no hay plan sin hechos sociales y no hay derecho sin planes, y la *tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral*, ya que el mérito de los planes es una cuestión que nada tiene que ver con sus condiciones de existencia.

A muy grandes rasgos esta es la visión que Shapiro tiene del derecho. Su respuesta a la pregunta de la identidad puede superar el desafío de Hume ya que los enunciados sobre la validez de las normas se refieren a la concepción moral reflejada en el sistema jurídico, a lo que cada uno tiene el deber moral de hacer desde el punto de vista del derecho. Este punto de vista es el de la teoría normativa que sostiene que las normas del sistema son legítimas y moralmente obligatorias. El teórico cuando formula enunciados de validez, o acerca de los derechos y deberes de los individuos, simplemente describe esta perspectiva normativa. La concepción del derecho como plan también resuelve, como se ha visto, la paradoja de la autoridad: la autoridad jurídica es creada por normas (planes), pero no todas las normas son creadas por individuos con autoridad jurídica. El fundamento del sistema es el plan maestro, cuya existencia no depende de que haya sido creado por un grupo de individuos con autoridad jurídica para hacerlo, sino de que sea adoptado y aplicado por algunos miembros del grupo.

V. La teoría del derecho como plan social y las explicaciones externas

Quiero argumentar aquí que la teoría de Shapiro puede ser interpretada de dos maneras diferentes. Puede ser vista como una teoría interna o como una teoría externa. Como teoría interna continúa la tradición hartiana al insistir en que uno de los criterios para evaluar las teorías jurídicas es que da sentido al discurso de los participantes. En la sección anterior, hemos visto cómo Shapiro ofrece una respuesta para cada uno de los interrogantes usuales de la teoría del derecho. Es capaz de encontrar un fundamento último para las normas del sistema, dado

por el plan maestro, que también explica su unidad. A la vez, puede dar cuenta de nuestras intuiciones respecto de la autoridad jurídica y, aunque mi breve reconstrucción no permite apreciarlo totalmente, también es capaz de acomodar todas las verdades obvias que enuncia al comienzo de su libro.

Mas la teoría de Shapiro también admite una lectura externa; en particular, se trataría de una típica explicación funcional, cuyas raíces pueden rastrearse hasta la obra de Emile Durkheim.

Las explicaciones externas parten de la idea de que los significados que los individuos atribuyen a ciertas instituciones como la familia, la religión o el derecho, entre otras, no muestran más que una parte superficial de la realidad social. Durkheim pensaba que es natural que los individuos formen algunos conceptos a fin de reglamentar su vida, pero es un error quedarse con estas nociones que nos resultan más cercanas que las realidades a las cuales se corresponden. La supresión de esta realidad en la labor del investigador es una tendencia que debe ser combatida, porque los individuos tienden a convertir estas nociones superficiales en materia de especulación carente de valor científico⁵².

En este sentido, la teoría de Austin también puede ser interpretada como externa. En general, las críticas hartianas –a las que Shapiro adhiere– suponen que este modelo explicativo hace ininteligible el discurso de los participantes, el modo en que piensan y argumentan en términos de reglas, y la manera en que las utilizan para guiar su comportamiento. Pero si uno interpreta la teoría de Austin como una explicación externa, estas críticas están desencaminadas, ya que su teoría pretendería mostrar que el derecho, más allá de la ornamentación conceptual de los participantes, no es más que un conjunto de actos de fuerza. No importa que los participantes sientan tener una obligación o ser titulares de derechos, lo más relevante para entender el fenómeno jurídico es la figura de un soberano que emite órdenes respaldadas por amenaza de sanción y que es habitualmente obedecido por la mayor parte de la población. No hay nada mágico detrás del derecho que nos

⁵² Durkheim, É., *Las reglas del método sociológico*, México, Fondo de Cultura Económica, [1895], 1986, p. 53.

permita distinguirlo de cualquier otro uso organizado de la fuerza. Por ello, el teórico que se centra en el punto de vista interno se aleja de la verdadera naturaleza del derecho. La paradoja de la autoridad, en este sentido, sería para Austin un pseudoproblema: solo desde el punto de vista interno las autoridades tienen derecho a mandar en virtud de alguna otra norma que les confiere esa potestad.

Pese a lo anterior, para una explicación externa los conceptos con los que los individuos interpretan la realidad no son totalmente inútiles, aunque solo sirven de indicador⁵³. Limitarse a la interpretación de las categorías superficiales constituye, en este sentido, una clase de conformismo teórico, científicamente reprobable. Para Durkheim, la realidad se hace inteligible cuando el investigador logra desentrañar *las necesidades sociales que satisfacen las instituciones* que ordenan la vida de la comunidad⁵⁴. Una vez que se asume esta perspectiva, el mejor modo de dar cuenta de la realidad social es por medio de una explicación funcional.

La explicación funcional se adecúa a los parámetros de las explicaciones que corrientemente se ofrecen en la biología. En este campo de conocimiento, las investigaciones apuntan a descubrir por qué tiene lugar un *proceso* (¿por qué ocurre la fotosíntesis?), qué explica la presencia de algún *órgano* en ciertas especies (¿por qué los peces tienen branquias?) o de algún *rasgo* o *característica* (¿por qué tienen manchas los leopardos?). Las respuestas en todos los casos tienen que ver con la función que cumple un determinado ítem (el proceso, el órgano o la característica) en un ecosistema u organismo. Así, ‘la función del corazón es hacer circular la sangre’, ‘la función de los pulgares de los pies es contribuir a que el individuo mantenga el equilibrio’, ‘la función del hígado es segregar bilis’, son todas proposiciones que tienen la forma de una explicación funcional. En las ciencias sociales la idea de organismo es reemplazada por la de sistema social, y aquello de lo que se predica la función, en lugar de ser un órgano o un rasgo, puede ser una práctica o institución. Ejemplos clásicos en este campo son las explicaciones funcionales de la religión o de la familia: ‘la religión tiene

⁵³ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 140.

por función lograr una mayor cohesión social entre los miembros de una comunidad' o 'la familia cumple la función de proteger a los hijos y entrenarlos de modo que se maximice su aptitud para la supervivencia' son proposiciones que pretenden explicar ciertas instituciones por la función que cumplen en un sistema social.

En la típica explicación funcional, las funciones que cumple una institución en un determinado sistema social son opacas a los participantes, pero no tienen por qué serlo. Los desarrollos teóricos son parte de la vida en sociedad, por lo tanto, es esperable que las funciones descubiertas por los investigadores, luego de algún tiempo, pasen a ser conocidas por el resto de los individuos. Pese a todo, la explicación sigue siendo funcional dado que no depende de la autocomprensión de los miembros de la comunidad, sino que apunta a los efectos beneficiosos producidos por una institución o práctica. En este sentido, no sostengo una versión de la explicación funcional tan exigente como la de Elster, para quien es una parte esencial de este tipo de teorías que el efecto beneficioso de la institución o práctica sea: (a) *no intencional* para los miembros de la comunidad; (b) *no reconocido* por los actores de la comunidad o, al menos, que les sea desconocido cómo es que sus acciones producen el efecto beneficioso⁵⁵. La razón por la que Elster incluye estas condiciones, entre otras, como parte de una explicación funcional es que si los individuos fuesen conscientes de los efectos beneficiosos de sus acciones o si la obtención de estos efectos fuese intencional, la explicación pasaría a ser interna.

Sin embargo, creo que tienen razón quienes critican este modelo⁵⁶. La explicación podría seguir siendo funcional siempre que el efecto beneficioso sea una consecuencia evidente de una acción *intencional* pero los individuos no pretendan producirlo realizando la acción a la que se adscribe la función. Si el reconocimiento de los beneficios que produce la institución es causalmente inerte, no se advierte por qué la

⁵⁵ Elster, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in rationality and irrationality*, revised edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 28.

⁵⁶ Schwartz, J., "Functional Explanation and Metaphysical Individualism", *Philosophy of Science*, 60 (2), 1993, pp. 278-301, en pp. 281-282.

explicación dejaría de ser funcional; el mero hecho de que luego de un tiempo los participantes de la práctica tomen conciencia de los efectos beneficiosos de sus instituciones o patrones de conducta no atenta contra la idea de que una explicación sea funcional. Por ejemplo, la explicación funcional de la religión como un modo de cohesión social podría seguir siendo funcional y no interna o conceptual aunque, después de algún tiempo, todos los participantes de las prácticas religiosas conociesen los efectos beneficiosos, pero no buscados, de la religión. La estructura de la explicación se mantendría siempre que este conocimiento fuese causalmente irrelevante para el mantenimiento de la práctica religiosa; es decir, siempre que el hecho de conocer la función no afectase las razones de los participantes para sostener una religión. Esta idea puede resumirse señalando que las explicaciones funcionales, a diferencia de las explicaciones basadas en razones o propósitos, no presuponen la agencia de los individuos⁵⁷. Sin embargo, es posible que una práctica evolucione y adopte como propósito lo que previamente era una *función*. Por ejemplo, una sociedad altamente desarrollada podría llegar a advertir que su práctica religiosa se basa en creencias falsas, pero aun así preservarla como tradición por su valor en términos de cohesión social. En este caso, la explicación funcional externa sería reemplazada por una intencional interna.

A esta altura ya podrá apreciarse cuál es mi argumento. Creo que, para alguien que pretende desentrañar la naturaleza del derecho mediante un análisis conceptual, Shapiro presta una atención inusual a los beneficios sociales generados por el sistema jurídico. Los planes tienen una infinidad de ventajas comparativas respecto de otros modos de ordenación social del comportamiento. De hecho, las primeras observaciones que realiza Shapiro sobre la planificación apuntan a que es una forma de superar todos los inconvenientes derivados de la racionalidad limitada y de los costes de deliberar. Por supuesto, luego de una reflexión adecuada los individuos podrían aceptar que estas son excelentes razones para planificar, pero dado que la planificación tiene

⁵⁷ Véase Brown, R., *Explanation in Social Science*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1963, p. 109.

lugar con independencia del reconocimiento sus múltiples ventajas, la explicación puede ser entendida como parcialmente externa.

En igual sentido, al analizar las actividades colectivas, Shapiro advierte que los grupos enfrentan dificultades adicionales, relacionadas con que algunos de los problemas de vivir en sociedad requieren soluciones complejas, controvertidas o arbitrarias. En esas circunstancias, los planes colectivos permiten controlar y coordinar la conducta de los miembros del grupo y dar una mayor previsibilidad a sus acciones. Shapiro explícitamente declara que la función de los sistemas jurídicos es superar las deficiencias de las formas alternativas de planificación en las circunstancias de la legalidad. Las instituciones jurídicas deberían permitir a las comunidades superar las dificultades de la vida social que no pueden ser resueltas por otros mecanismos no jurídicos, como la interacción espontánea, la improvisación, los acuerdos privados, etcétera. En la misma línea interpreta a la jerarquía como un *avance tecnológico* fundamental para las sociedades modernas, ya que permiten planificar cuando la deliberación colectiva es imposible, o planificar de modo más eficiente, cuando siendo fácticamente posible sus costes resultan prohibitivos.

Shapiro también cree que todas estas funciones explican por qué consideramos valioso el derecho. Pero en realidad no explican esto. Las razones por las que de hecho se valora el derecho varían de comunidad en comunidad, son una cuestión contingente. Algunas comunidades pueden considerarlo valioso por razones mitológicas, otras por razones religiosas, otras por razones nacionalistas (porque es *su derecho*), etcétera. Pero vista como parte de una explicación funcional, la afirmación de Shapiro es que los beneficios que produce el derecho *deberían contar como buenas razones* para que todas las comunidades lo valoren. Estas son razones objetivas, siempre que se adhiera a una teoría subyacente sobre lo que es objetivamente valioso para todas las comunidades. La coordinación y el control de la conducta de los miembros del grupo, y la eficiencia de la planificación respecto de otras formas de organización social son *beneficiosos* para el grupo desde un determinado punto de vista: el del sistema que se estudia. La teoría de la evolución natural supone que la supervivencia de las especies es algo beneficioso

para ellas. Sin este presupuesto, las explicaciones funcionales de las manchas de los leopardos, de los cromatóforos de los cefalópodos, etcétera, carecen de fundamento. La atribución de función no se limita a señalar *qué hace* cada ítem en el sistema en el cual está alojado, sino que pretende esclarecer *de qué manera aquello que hace es beneficioso* para el sistema. Del mismo modo, la interpretación funcional de la teoría de Shapiro requiere asumir que *la posibilidad de diseñar e implementar de manera eficiente una respuesta para los problemas morales que los individuos identifican* es algo beneficioso para la comunidad.

La adscripción de función es la cuestión más controvertida en este tipo de explicaciones aplicadas a las ciencias sociales. En las ciencias naturales el problema también existe pero no genera tantas controversias. Así, adscribir al corazón la función de hacer circular la sangre requiere presuponer que los corazones usualmente hacen circular la sangre (la mayoría de ellos, pero no los defectuosos), y que esto es algo *bueno* para el cuerpo que los aloja, en el sentido de que contribuye al mantenimiento del organismo con vida⁵⁸. En contraste con esta, las adscripciones de función como las realizadas por los partidarios del análisis económico del derecho pueden provocar fuertes reacciones. Por ejemplo, la afirmación de que la función de la responsabilidad civil es minimizar el coste de los accidentes presupone que la responsabilidad civil tiene la disposición a minimizarlos, y que la minimización es algo beneficioso para la comunidad. Ambas cosas han sido enérgicamente cuestionadas en la literatura. Pese a todo, creo que es menos discutible que la eficiencia en la toma de decisiones, o en la planificación, tiene valor para la comunidad con independencia de la teoría política que se sostenga.

Es importante mencionar que esta concepción de la explicación funcional no es la única disponible. Existen varias alternativas. Así, Wright y Millikan, cada uno a su manera, evitan la inclusión de los efectos beneficiosos al asociar la función del ítem a una cierta etiología

⁵⁸ Véase McLaughlin, P., *What Functions Explain. Functional Explanation and Self-Reproducing Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 191-204.

o historia causal⁵⁹. Tengo la impresión de que en las ciencias sociales en general, y en la comprensión de las instituciones jurídicas en particular, la historia causal es irrelevante. Cómo surgieron las instituciones puede tener interés para la historia del derecho, pero no para el análisis que aquí pretendo realizar. El proyecto que defiendo se centra en cómo opera el derecho o cuál es su contribución al desarrollo de los grupos sociales. Como señala Boorse, “los enunciados funcionales a menudo ofrecen una respuesta a la pregunta ‘¿por qué x está presente?’ (...). Sin embargo, existe otro tipo de explicación que emplea enunciados funcionales y que tiene el mismo derecho a ser llamada así. Este tipo responde la pregunta ‘¿cómo funciona S ?’”⁶⁰, donde x es el ítem que estamos intentando explicar, y S el sistema general del cual x es parte.

De manera similar, Cummins caracterizó previamente las explicaciones funcionales como una explicación de la capacidad del sistema de alcanzar un fin complejo, o de producir ciertos resultados, que apela directamente a las capacidades específicas de sus partes constitutivas. Así, de las muchas cosas que hace un ítem, su función es hacer aquello a lo que apelamos al explicar la capacidad del sistema como un todo⁶¹. El problema de esta concepción es que parece ser sobreincluyente. El cuerpo humano, por ejemplo, “tiene la capacidad de morir de varias enfermedades, y cada una de estas capacidades puede ser analizada de la forma en que Cummins sugiere”⁶². La mayoría de las personas sería reticentes a afirmar que el cáncer tiene una función dada por su contribución a la capacidad general del cuerpo de morir.

El modelo que he expuesto más arriba, aunque no puedo presentar una defensa completa aquí, evita este problema al definir la función del

⁵⁹ Véase Wright, L., “Functions”, *The Philosophical Review*, 82 (2), 1973, p. 139-168; Millikan, R. G., *Language, Thought, and Other Biological Categories. New foundations for Realism*, Cambridge-Mass. – London, England, The MIT Press, 1984.

⁶⁰ Boorse, C., “Wright on Functions”, *The Philosophical Review*, 85 (1), 1976, pp. 70-86, en p. 75.

⁶¹ Cummins, R., “Functional Analysis”, *The Journal of Philosophy*, LXXII (20), 1975, pp. 741-765, en pp. 760-762.

⁶² Véase Griffiths, P. E., “Functional Analysis and Proper Functions”, *British Journal for the Philosophy of Science*, 44, 1993, pp. 409-422, en p. 411.

ítem como su contribución a una capacidad que resulta ser beneficiosa para el sistema general. De esta manera, también intenté preservar la intuición de Durkheim, según la cual una explicación profunda del fenómeno debería intentar elucidar cómo las instituciones sociales pueden ser útiles para las comunidades que las sostienen. Por tanto, si la organización de la conducta es una necesidad vital para cualquier sociedad moderna, el derecho puede ser visto como el tipo de tecnología que la hace posible en las circunstancias de la legalidad.

VI. El punto de vista interno y la relevancia práctica de la teoría del derecho

Shapiro podría resistir esta reconstrucción que he realizado de su teoría, por dos razones. La primera es que atenta contra las propias raíces de su proyecto. Las críticas a Austin, como ya mencioné, se fundan casi exclusivamente en que es una teoría externa y, al parecer, su objeción general contra las teorías externas es que hacen ininteligibles las prácticas jurídicas. El análisis para determinar la naturaleza del derecho se vale de ciertos conceptos explicativos, cuyos contenidos y relaciones mutuas nos permiten esclarecer los aspectos centrales de las prácticas e instituciones jurídicas. En su análisis, Hart consideraba que los conceptos centrales eran los siguientes: reglas de deber, reglas de competencia, reglas de reconocimiento, reglas de cambio, aceptación de reglas, puntos de vista interno y externo, enunciados internos y externos y validez jurídica⁶³. Los conceptos más importantes que Shapiro agrega en su análisis son: planes, plan maestro, punto de vista jurídico y actividad colectiva. Todos estos conceptos iluminan el modo en que opera el derecho ofreciendo una imagen de la actividad jurídica que resulta familiar para los participantes de la práctica. Nótese, además, que la noción de eficiencia o los beneficios de planificar, pese a que Shapiro los menciona permanentemente, no integran el elenco de conceptos

⁶³ Hart, H. L. A., "Postscript", *op. cit.*, p. 240 (12).

centrales. En sentido estricto, entonces, no parecen ser parte de su explicación interna o conceptual del derecho.

La segunda razón por la cual Shapiro podría rechazar esta interpretación externa está íntimamente relacionada con la anterior y, de alguna manera, es más importante. El problema de las explicaciones funcionales es que son incapaces de responder a la pregunta de la identidad. Nada de lo que dice Shapiro sobre los beneficios de contar con sistemas jurídicos nos permite responder a la pregunta sobre qué hace que el derecho sea derecho. Solo nos informa sobre algunas de las ventajas que pueden aprovechar las comunidades cuando abandonan las formas de coordinación menos sofisticadas y optan por una organización *jurídica* del comportamiento de la comunidad. Para Shapiro, la imposibilidad de responder a la pregunta de la identidad es un defecto fatal para cualquier teoría del derecho, no solo porque omite tratar el objeto principal de la reflexión filosófico-jurídica sino porque esta pregunta tiene relevancia práctica.

Explica Shapiro que a menudo no existe ninguna forma de resolver un desacuerdo acerca del contenido del derecho sin tomar una posición sobre la naturaleza del derecho en general⁶⁴. Seguramente, quienes sostengan que el derecho está determinado exclusivamente por fuentes sociales tendrán, en más de una ocasión, opiniones encontradas con quienes creen que su contenido depende también de consideraciones morales. Así, la teoría del derecho tal como él la concibe tiene implicaciones prácticas fundamentales ausentes en una teoría externa.

De todas formas, conviene advertir que nada de lo que dice Shapiro niega que las explicaciones externas también tengan relevancia práctica. El hecho de que no ofrezcan una metodología para determinar el contenido del derecho no dice nada respecto de otras informaciones igualmente valiosas que pueden aportar. Las explicaciones externas todavía se adecúan a los lineamientos de las ciencias naturales. En este sentido, las investigaciones enfatizan, entre otras cosas, la exigencia de comprobación empírica, la observación de regularidades, el establecimiento de relaciones causales entre los fenómenos abarcados por

el objeto de estudio y la formulación de leyes generales, la capacidad predictiva y la cuantificación. Evidentemente, Shapiro no rechazaría el valor de los estudios institucionales comparativos, que intentan precisar los efectos de los esquemas alternativos sobre distintas variables. Por ejemplo, podemos comparar los sistemas de responsabilidad civil con los sistemas de compensación social para los accidentes de tránsito, y ver cuál de ellos produce una menor cantidad de daños, cuál de ellos produce una compensación mayor de las víctimas, cuáles son los efectos de cada uno de estos esquemas sobre los costes del transporte público y privado, etcétera. Toda esta información, que no puede ser extraída del mero análisis conceptual del discurso de los participantes, tendrá una gran relevancia práctica al momento de diseñar el plan óptimo para nuestra vida en comunidad. ¿Qué razón puede tener la comunidad para preferir un sistema de responsabilidad civil antes que un sistema de compensación social? Podría responderse que la responsabilidad civil implementa la justicia correctiva, por lo tanto, es moralmente obligatorio diseñar la compensación de daños de ese modo. Pero si descubriésemos que el sistema de responsabilidad civil deja a las víctimas sin compensación en la mayoría de los casos, ¿seguiríamos diciendo que es un imperativo moral contar con ese sistema?; y si luego descubriésemos que, como consecuencia de que los agentes dañadores quedan impunes, la cantidad de accidentes se multiplican y cada año mueren muchas más personas con este sistema que con un esquema general de seguro obligatorio, ¿seguiríamos insistiendo en que tenemos razones morales para implementar un derecho de daños tradicional? Creo que la relevancia práctica de las explicaciones externas está fuera de discusión, cualquiera sea la concepción de la moralidad que se sostenga, puesto que ofrecen información de cómo es el mundo.

En conclusión, la interpretación funcional de la concepción del derecho como plan social es defendible como modelo teórico, aunque no se adecue al proyecto que Shapiro tenía en mente. Esta explicación no puede responder a la pregunta de la identidad, o no puede responderla de modo que sirva para identificar lo que exige el derecho; pero de todas maneras, reformulando levemente las ideas de Shapiro, podría ofrecerse una respuesta como la siguiente: el derecho es un instrumento

con el cual las comunidades pueden resolver sus problemas sociales, cualesquiera que sean, cuando ellos son tan complejos, numerosos y serios, y sus soluciones tan complejas, controvertidas o arbitrarias que otras formas de organización no jurídicas (la interacción espontánea, la improvisación o los acuerdos privados) se presentan como una manera menos eficiente para guiar, coordinar y controlar la conducta.

Por lo tanto, el enunciado funcional podría ser algo como lo siguiente: la función del derecho es permitir a los grupos sociales superar las circunstancias de la legalidad. Esto significa que: (1) el derecho usualmente permite a los grupos sociales superar las circunstancias de la legalidad⁶⁵; y (2) si, *caeteris paribus*, las instituciones jurídicas estuvieran ausentes, entonces, la probabilidad de que los grupos sociales superasen las circunstancias de la legalidad serían inferiores.

Podría objetarse que esta explicación convierte al derecho en una clase funcional, pero no creo que sea necesario asumir ningún compromiso al respecto. Las teorías externas no están interesadas en “la naturaleza de las cosas”; tampoco se interesan por definiciones⁶⁶. El programa teórico no incluye nada parecido a la captación de esencias; solo se interesa por determinar los beneficios producidos por aquellas instituciones que son habitualmente reconocidas como pertenecientes a cierta clase.

Shapiro no debería tener demasiadas objeciones en contra de esta formulación externa de su teoría. En efecto, sus intuiciones apuntan

⁶⁵ Cuando digo que el derecho usualmente permite a los grupos sociales superar las circunstancias de la legalidad dejo abierta la posibilidad de que exista derecho defectuoso. Así como puede existir un corazón defectuoso, cuya función es hacer circular la sangre aun cuando no pueda alcanzar ese resultado, también puede ocurrir que un sistema jurídico en concreto sea incapaz de organizar la conducta o de guiar el comportamiento. Esta podría ser una manera interesante de apoyar la tesis de que las regla validadas por una regla de reconocimiento incluyente son derecho aun cuando sean incapaces de hacer una diferencia práctica, es decir, de guiar la conducta. Conforme con esta explicación, las reglas de reconocimiento incluyentes serían un fundamento defectuoso de los sistemas jurídicos. No obstante, esta idea es incompatible con el positivismo excluyente que defiende Shapiro.

⁶⁶ Por supuesto, existen diferentes opiniones al respecto. Véase Millikan, R. G., “In Defense of Proper Functions”, *Philosophy of Science*, 56 (2) 1989, pp. 288-302, en pp. 295-297; Neander, K., “Functions as Selected Effects: The Conceptual Analyst’s Defense”, *Philosophy of Science*, 58 (2), 1989, pp. 168-184, en p.180.

muchas veces en esa dirección. Esto puede observarse en su análisis de las reglas de propiedad, los contratos y la responsabilidad extra-contractual. En su opinión, todas estas reglas “pueden comprenderse como planes generales cuya función es crear las condiciones favorables para que emerja un orden espontáneamente. En lugar de actuar como manos visibles que guían directamente las decisiones económicas, brindan a los agentes del mercado las habilidades para desarrollar sus propios planes maximizadores, de modo que la eficiencia económica general se maximice en el proceso”⁶⁷. Claramente, esta interpretación de las instituciones principales del derecho privado sería rechazada por cualquier teórico que pretenda estudiarlas tomando en consideración el punto de vista interno⁶⁸. Esto muestra que, pese a las intenciones de Shapiro, su teoría a veces ofrece explicaciones internas y otras puramente externas. Esto, argumentaré, no debe considerarse una incoherencia metodológica, sino una virtud.

En el próximo apartado intentaré mostrar por qué las explicaciones internas y las externas son complementarias. Abogaré, además, por una comprensión mixta de las prácticas jurídicas. Creo que cada perspectiva ilumina una parte de la realidad social. Ambas explicaciones tienen interés teórico y también relevancia práctica, aunque para cosas distintas. En esta línea, intentaré mostrar que la mejor interpretación de la teoría de Shapiro la concibe como una explicación mixta que profundiza el modelo iniciado por Hart.

VII. Hacia una comprensión mixta de las prácticas jurídicas

El último argumento que deseo ofrecer está dirigido a mostrar que la mayoría de los teóricos del derecho anglosajones, desde la publicación de *The Concept of Law*, han quedado obnubilados por el punto de vista

⁶⁷ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 176.

⁶⁸ Véase, entre muchos otros, Weinrib, E., “Understanding Tort Law”, *Valparaiso University Law Review*, 23(3), 1989, pp. 485-526.

interno⁶⁹. Las críticas que Hart presentó contra Austin, que debían iluminar los problemas de las explicaciones basadas en un modelo puramente externo, han cegado a los teóricos a tal punto que solo se dedican a las interpretaciones internas, al análisis de los conceptos que se emplean en la práctica. Por ejemplo, buena parte de las críticas que reciben los partidarios del análisis económico del derecho tienen que ver con que la imagen que presentan de las instituciones jurídicas es irreconocible para sus participantes. Incluso sus defensores intentan mostrar que el análisis económico puede ofrecer una buena explicación interna⁷⁰. En lugar de reivindicar el valor de las explicaciones externas, todos los teóricos procuran satisfacer el test de la inteligibilidad interna. Creo que es momento de recordar que el modo en que los participantes interpretan su propia realidad puede estar viciado por los mitos y las supersticiones con que el hombre común organiza su vida en sociedad. El estudio de estos aspectos es sin duda valioso, pero también lo es el de aquellas partes de la realidad que no están presentes en el esquema conceptual de los participantes.

Una potencial fuente de disconformidad podría venir del hecho de que aunque las explicaciones externas ofrezcan información valiosa se trataría de cuestiones contingentes que, por tanto, no pertenecen a la teoría general del derecho. Pero esto es un error. La teoría que estoy describiendo explicaría por qué cabe predecir que cualquier comunidad que adopte un determinado esquema de responsabilidad civil tendrá

⁶⁹ El positivismo jurídico europeo está un poco más dividido al respecto. Aunque la obra de Hart ha tenido un gran impacto, el realismo jurídico genovés se mantiene escéptico a veces sobre el proyecto metodológico general y otras veces sobre la precisión, corrección u originalidad de sus ideas. Véase Guastini, R., “Releyendo a Hart”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 37, 2014, pp. 99-110.

⁷⁰ Véase, entre otros, los intentos de Jody Kraus (Kraus, J. S., “Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis”, *Virginia Law Review*, 93 (2), 2007, pp. 287-359). La excepción más clara es Richard Posner. En lugar de pensar el derecho privado y el derecho penal en términos de sus conceptos deberían ser concebidos como instrumentos. Una vez que se da ese paso, puede advertirse que las funciones del derecho privado y del derecho no son tan distintas: ambas ramas del derecho establecen un precio por ciertas conductas a fin de desalentarlas o, al menos, controlarlas. Véase Posner, R., *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 54.

menos accidentes que otra que prescindiera de él. La teoría es general. Al igual que la noción de regla de reconocimiento sirve para analizar los distintos ordenamientos jurídicos concretos, los estudios funcionales o los modelos predictivos servirían para iluminar las realidades sociales concretas de cada grupo social.

Esta tesis no debería ser controvertida, puesto que incluso aquella parte de la realidad que depende exclusivamente de las creencias de la comunidad produce efectos en el mundo. Si las explicaciones internas mejoran nuestra percepción de los fenómenos sociales, seguramente mejoran solo una parte de ellos. Piénsese en el conocido ejemplo del dinero. Algo cuenta como dinero cuando los individuos de una comunidad lo tratan como instrumento de cambio y depósito de valor. Es decir, la existencia de dinero no es un hecho bruto, sino que requiere de la existencia de instituciones. Sin embargo, esto no niega que el dinero pueda cumplir funciones no intencionales, como preservar las relaciones de poder entre quienes tienen dinero y quienes no lo tienen⁷¹. Tampoco va en contra de la afirmación de que una teoría externa que ilumina los efectos positivos de contar con dinero como medio de cambio, en comparación con el trueque, nos ayuda a comprender con mayor profundidad nuestra realidad social.

En definitiva, para comprender completamente la realidad social no hay más alternativas que acudir a explicaciones mixtas. Creo que la teoría de Shapiro es un excelente ejemplo de esto. Por ello, al comienzo de este trabajo sostuve que existen razones para valorar su enfoque incluso si se rechaza la idea de que recurrir al concepto de plan social es necesario para suplir las supuestas falencias teóricas de Hart.

Shapiro, pese a todo, no es el primer autor que tiene estas intuiciones. Hart mismo, que en *The Concept of Law* propone un giro metodológico radical al enfatizar la importancia del punto de vista interno, ofrece una explicación mixta. Todo el mundo está familiarizado con ella, pero en la literatura no se ha advertido suficientemente que el

⁷¹ Véase Searle, J., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995, pp. 20-23 y 123.

punto de vista interno cumple una función limitada en su teoría⁷². El punto de vista interno sirve para definir el concepto de regla social, que a su vez será imprescindible para explicar el fundamento de los sistemas jurídicos. Pero al explicar los elementos del derecho, es decir, la relación entre las reglas primarias y secundarias, Hart ofrece una típica explicación funcional externa. Su razonamiento puede ser reconstruido de la siguiente manera.

En primer lugar, Hart compara la manera en que una comunidad primitiva organizaría su conducta con la forma moderna de organización social. Las comunidades primitivas, obviamente, tienen reglas, en particular, reglas primarias o que imponen deberes. Estas reglas constituyen un conjunto de estándares separados, es decir, no conforman un sistema. Cualquier comunidad primitiva sufriría las debilidades de una estructura social integrada únicamente por normas primarias. Probablemente sufrirían un grado importante de incertidumbre respecto de qué reglas son parte de los estándares legítimos de la comunidad; un segundo problema estaría dado por las dificultades asociadas a la introducción y eliminación de reglas del conjunto existente. Un orden social conformado solo por reglas primarias es esencialmente estático. A fin de contar con un conjunto de reglas útiles para regular las circunstancias que atravesarán a lo largo de su historia en común, los grupos deben contar con una manera de modificar las reglas del sistema; por último, el tercer problema de un orden social constituido solo por reglas primarias es la ineficiencia del control social difuso. Probablemente surgirían gran cantidad de disputas relativas a si una regla ha sido infringida o la manera correcta de aplicar una regla. En breve, el primer paso en el argumento de Hart es identificar los defectos de los órdenes sociales primitivos.

El segundo paso es mostrar que estos tres defectos pueden ser solucionados con tres tipos de reglas. La regla de reconocimiento soluciona los problemas de incertidumbre, las reglas de cambio resuelven las defi-

⁷² Tiempo atrás, Shapiro sugirió que Hart estaba comprometido con una concepción funcional del derecho, aunque no desarrolló suficientemente la idea. En sus trabajos recientes, en cambio, parece haber abandonado esta línea argumental. Véase Shapiro, S., "On Hart's Way Out", *op. cit.*; Shapiro, S., "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, 6 (2), 2000, pp. 127-170, p. 167.

ciencias de los sistemas estáticos y las reglas de adjudicación establecen órganos con autoridad para decidir cuándo las reglas primarias han sido violadas. Cuando un sistema incluye este tipo de reglas, indiscutiblemente será un sistema jurídico⁷³.

Nótese que, en esta explicación, la función de las reglas secundarias es opaca a los participantes, y que señalar sus efectos positivos para la comunidad resulta irrelevante para definirlos. En ninguna de las definiciones se incluye la función. Es decir, para comprender lo que es una regla de reconocimiento o una regla de cambio el intérprete de la realidad social no requiere indagar en sus funciones. Una regla de reconocimiento se define por ser aquella que especifica los criterios de validez de las normas del sistema, no aquella que elimina la incertidumbre respecto de qué reglas forman parte de él. Podría uno pensar que la función se infiere de la definición, en el sentido de que se sigue necesariamente de que R sea una regla de reconocimiento que R tiene la disposición a reducir la incertidumbre respecto de qué reglas forman parte del sistema. Pero esto obvia que la explicación funcional es algo más que la identificación de algo que el ítem tiene la disposición a hacer. También se sigue necesariamente de que M sea una mancha en un leopardo que M tiene la disposición a camuflarlo en ciertos entornos, pero no puede inferirse que ello sea necesariamente beneficioso para el leopardo sin considerar las circunstancias en que se encuentra. Por esta razón, entre otras, no diríamos que la explicación que apunta a los efectos beneficiosos de M para los leopardos es parte de una explicación de la naturaleza de los leopardos. Del mismo modo, los ritos religiosos tienen la capacidad de cohesionar a los feligreses, pero no diríamos que los beneficios de esa cohesión se siguen necesariamente de que algo sea un rito religioso.

La explicación de Hart sobre las funciones de las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación ofrece una información adicional a la que puede obtenerse mediante el análisis conceptual. No se limita al punto de vista interno, aunque de todas maneras ilumina una parte importante del fenómeno jurídico. Hart podría haber prescindido de

⁷³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 91-97 (113-121).

esta explicación externa. Hubiese bastado con señalar que el derecho, a diferencia de otras prácticas normativas, es la unión de reglas primarias y secundarias. Es decir, hubiese sido suficiente con señalar que el derecho es una práctica institucionalizada. Entonces, si avanza en las funciones externas de las reglas secundarias es porque este aspecto de su explicación pone de relieve algo importante, algo que su explicación conceptual deja de lado: los efectos beneficiosos de contar con cierto tipo de reglas.

Por esta razón creo que la crítica de Stephen Perry, según la cual Hart realiza un juicio evaluativo de la práctica que estudia al sostener que un sistema normativo que solo incluya reglas primarias es defectuoso⁷⁴, es equivocada. Hart está ofreciendo una explicación funcional, y la identificación de ciertas necesidades o defectos a ser solucionados es un paso necesario para la adscripción de función. Perry podría responder que, precisamente por esta razón, las explicaciones funcionales siempre requieren presupuestos valorativos. No obstante, esta valoración creo que es epistémica. A diferencia de las explicaciones en ciencias naturales, en las que resulta difícil decir que los leopardos, por ejemplo, tienen un punto de vista sobre lo que es valioso para ellos⁷⁵, en las ciencias sociales aquello que es valioso para los seres humanos puede ser identificado con relativa facilidad por el teórico. No solo contamos con métodos para medir las preferencias de las comunidades, sino que además formamos parte de alguna comunidad. Si, como es razonable también asumir, todos los colectivos tienen necesidades organizativas similares, por el hecho de ser miembros de un grupo social podremos saber cuáles son. Es cierto que puede discutirse que toda comunidad valore la certeza, la posibilidad de modificar su sistema normativo con relativa celeridad y

⁷⁴ Perry, S., "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 427- 467, en p. 438.

⁷⁵ En estos casos, al explicar que las manchas del leopardo tienen por función camuflarlos para hacerlos cazadores más eficaces, el teórico proyecta su propio esquema conceptual en la explicación. Probablemente, los leopardos no tengan una concepción del camuflaje, pero tampoco parece descabellado adscribir esta función si se presupone que: 1) prolongar su vida es beneficioso para los leopardos; 2) los leopardos necesitan cazar para prolongar su vida; y 3) el camuflaje los hace cazadores más eficientes. Dadas estas premisas, es razonable concluir que las manchas producen el efecto positivo de camuflarlos y que esto es beneficioso para el leopardo.

la capacidad de decidir cuándo las normas son violadas; pero si resulta plausible sostener que estos constituyen beneficios, es razonable adscribir a las reglas secundarias las funciones que Hart señala. Quien pretenda negar que estos sean beneficios, deberá también negar que la guía eficiente de la conducta de los miembros de la comunidad es algo valioso. Pero si alguien negase esto último, dudaríamos de su capacidad para comprender la vida en sociedad.

Evidentemente, también para Shapiro la parte externa de la teoría de Hart debe resultar extremadamente interesante, ya que en su libro, cuando en el capítulo IV se ocupa de Hart, su análisis comienza con los problemas del mundo prejurídico. Esto sugiere que existe un vínculo intelectual entre estos dos autores que va mucho más allá de lo obvio. La concepción del derecho como plan no solo intenta profundizar y mejorar la teoría interna de Hart sino que, tal vez sin proponérselo, avanza sobre la teoría externa. Además de los problemas del mundo prejurídico, Shapiro ofrece una explicación de las ventajas de los sistemas jurídicos respecto de otras formas de organización social mucho más sofisticada que la de Hart. Solo por esto los teóricos del derecho deberían recibir esta obra con algún entusiasmo.

Bibliografía

- Boorse, C., "Wright on Functions", *The Philosophical Review*, 85 (1), 1976, pp. 70-86.
- Brown, R., *Explanation in Social Science*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1963.
- Cummins, R., "Functional Analysis", *The Journal of Philosophy*, LXXII (20), 1975, pp. 741-765.
- Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico*, México, Fondo de Cultura Económica, [1895], 1986.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986.

- Elster, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in rationality and irrationality*, revised edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.
- Griffiths, P. E., "Functional Analysis and Proper Functions", *British Journal for the Philosophy of Science*, 44, 1993, pp. 409-422.
- Guastini, R., "Releyendo a Hart", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 37, 2014, pp. 99-110.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro Carrió.
- Hart, H. L. A., "Commands and Authoritative Reasons", en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Hart, H. L. A., "Legal Duty and Obligation", en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- Himma, K. E., "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, J. L., Shapiro, S., Himma, K. E., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Kraus, J. S., "Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis", *Virginia Law Review*, 93 (2), 2007, pp. 287-359.
- Lewis, D., *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969.
- Macdonald, G. y Pettit, P., *Semantics and Social Science*, London-Boston-Henley, Routledge and Kegan Paul, 1981.
- Martin, M., *Verstehen: The Uses of Understanding in the Social Sciences*, New Jersey, Transaction Publishers, 2000.
- McLaughlin, P., *What Functions Explain. Functional Explanation and Self-Replicating Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Millikan, R. G., *Language, Thought, and Other Biological Categories. New foundations for Realism*, Cambridge-Mass. – London, England, The MIT Press, 1984.
- Millikan, R. G., "In Defense of Proper Functions", *Philosophy of Science*, 56 (2) 1989, pp. 288-302.

- Neander, K., "Functions as Selected Effects: The Conceptual Analyst's Defense", *Philosophy of Science*, 58 (2), 1989, pp. 168-184.
- Perry, S., "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 427- 467.
- Posner, R., *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- Raz, J., *Practical reasons and norms*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Searle, J., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995.
- Shapiro, S., "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4 (4), 1998, pp. 469-507.
- Shapiro, S., "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, 6 (2), 2000, pp. 127-170.
- Shapiro, S., "What is the internal point of view", *Fordham Law Review*, 75 (3), 2006, pp. 1157-1170.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Schwartz, J., "Functional Explanation and Metaphysical Individualism", *Philosophy of Science*, 60 (2), 1993, pp. 278-301.
- Von Wright, G. H., *Explanation and Understanding*, London, Routledge & Kegan Paul, 1971.
- Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen, 1971.
- Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1922.
Citado por la traducción española de Giner, S., *La acción social: Ensayos metodológicos*, Barcelona, Ediciones Península, 1984.
- Weinrib, E., "Understanding Tort Law", *Valparaiso University Law Review*, 23(3), 1989, pp. 485-526.
- Winch, P., *The idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1958.
- Wright, L., "Functions", *The Philosophical Review*, 82 (2), 1973, p. 139-168.

¿Hay algo que los planes puedan hacer por la teoría del derecho?*

What Can Plans Do for Legal Theory?

Bruno Celano**

We're only making planes for Nigel...

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: En su libro, *Legalidad*, Scott Shapiro afirma ofrecer una respuesta, “nueva que, con suerte, será mejor” (es decir, mejor de las que han sido ofrecidas hasta el momento), a la pregunta fundamental ‘¿qué es el derecho?’. La tesis central de esta nueva explicación –la tesis de los planes– es que la actividad jurídica es una forma de planificación social: “Las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden tener autoridad, tanto diciendo a sus miembros qué pueden, o no pueden, hacer, como identificando quiénes tienen derecho a afectar lo que otros pueden o no hacer”. La noción relevante de planes es la noción moldeada, en la filosofía de la acción, por Bratman. Según Shapiro, este enfoque hace posible un progreso sustancial en la teoría del derecho. ¿Qué pueden hacer los planes (bratmanianos)

* Traducción de Federico José Arena.

** Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli Studi di Palermo, Italia. E-mail: celano@unipa.it; www.unipa.it/celano. Una versión previa de este trabajo fue presentada en el workshop “The Planning Theory of law. A Workshop with Scott Shapiro” (Università Bocconi, Milán, 10 y 11 de diciembre de 2009). Quisiera agradecer a todos los participantes en ese workshop, como también a Scott Shapiro, por la valiosa discusión.

para la teoría del derecho? ¿Recurrir al concepto de plan de Bratman, tal como propone hacerlo Shapiro, brinda efectivamente una nueva y especial visión de la naturaleza del derecho? Mi argumento es que la respuesta es negativa.

Palabras clave: Bratman, filosofía de la acción, Shapiro, tesis de los planes.

Abstract: In his book, *Legalidad*, Scott Shapiro puts forward what he claims to be “a new, and hopefully better” (better, namely, than the ones given so far) answer to “the overarching question of ‘What is law?’”. The central claim of this new account – the “Planning Thesis” – is that “legal activity is a form of social planning”. “Legal institutions plan for the communities over which they claim authority, both by telling members what they may or may not do and by identifying those who are entitled to affect what others may or may not do. The relevant notion of a plan is the notion moulded, in the philosophy of action, by M. E. Bratman. According to Shapiro, this approach makes substantial progress in legal theory possible. What, then, can (Bratmanian) plans do for legal theory? Does resort to Bratman’s concept of a plan – along the lines followed by Shapiro – in fact provide new and special insight into the nature of law? I argue that the answer is negative.

Keywords: Bratman, philosophy of action, planning thesis, Shapiro.

I. Introducción

En su libro, *Legalidad*¹, Scott Shapiro afirma ofrecer una respuesta, “nueva que, con suerte, será mejor” (es decir, mejor de las que han sido ofrecidas hasta el momento), a “la pregunta fundamental ‘¿qué es el derecho?’”², es decir, una explicación de “la naturaleza fundamental del derecho”³. La tesis central de esta nueva explicación es que “las reglas fundamentales de los sistemas jurídicos son planes. Su función es estructurar la actividad jurídica, de manera que los participantes

¹ Shapiro, S. J., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014.

² *Ibidem*, p. 28.

³ *Ídem*.

puedan trabajar juntos y así lograr bienes y realizar valores que de otra forma serían inalcanzables”⁴.

Shapiro agrega que la idea central del libro –la “Tesis de los planes”– es que la actividad jurídica es una forma de planificación social⁵ (la actividad jurídica es definida como “el ejercicio de la autoridad jurídica”⁶):

Las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden tener autoridad, tanto diciendo a sus miembros qué pueden, o no pueden, hacer, como identificando quiénes tienen derecho a afectar lo que otros pueden o no hacer. Siguiendo esta idea, las reglas jurídicas son ellas mismas planes generalizados, o normas similares a los planes, emitidas por quienes están autorizados a planificar para otros. Y la decisión judicial supone la aplicación de estos planes, o normas similares a los planes, a quienes les son aplicables. Así, el derecho organiza el comportamiento individual y colectivo para que los miembros de la comunidad puedan alcanzar bienes morales que, de otro modo, no se hubiesen conseguido, o no se hubiesen conseguido tan bien⁷.

Shapiro sostiene que la teoría del derecho como plan ofrece una solución para algunas de las paradojas que durante mucho tiempo han aquejado a la teoría del derecho. Más específicamente, ofrece una solución a la paradoja de la autoridad (¿cómo es posible la autoridad del derecho?) y permite también superar el desafío de Hume (usted no puede derivar un “deber” de un “es”). Además, la teoría hace todo ello defendiendo la concepción positivista del derecho, frente a las principales objeciones dirigidas contra sus versiones más influyentes (*i. e.*, la de Austin y la de Hart). Asimismo, según Shapiro, las respuestas (como la teoría de los planes) a la pregunta sobre la naturaleza del derecho con-

⁴ *Ibidem*, p. 160, he omitido las cursivas.

⁵ *Ibidem*, p. 200.

⁶ *Ibidem*, p. 245.

⁷ *Ibidem*, pp. 200-201.

tribuyen también a responder las preguntas relativas a qué es el derecho en situaciones particulares, puesto que dan fundamento a afirmaciones sobre la autoridad del derecho y contribuyen a establecer cuáles son los métodos interpretativos apropiados en una determinada jurisdicción⁸. (Las respuestas a la pregunta por la naturaleza del derecho producen una diferencia práctica, puesto que contribuyen a determinar cuáles hechos jurídicos se verifican y, por lo tanto, permiten determinar la verdad o falsedad de las proposiciones de derecho).

Todo esto se logra, básicamente, recurriendo al concepto de *plan*, y a la idea central según la cual los seres humanos son agentes que planifican. Ciertamente, el término “plan”, en sí mismo, no dice mucho (y lo mismo puede decirse de la expresión “agentes que planifican”). La noción relevante de plan es la noción elaborada, en sus trabajos sobre filosofía de la acción, por Bratman. Así, cuando Shapiro afirma que los humanos son agentes que planifican, debe entenderse como una referencia a la teoría de la agencia como planificación desarrollada por Bratman. Es precisamente mediante este recurso al concepto de plan, y al modo en que Bratman entiende la agencia humana como planificación, que es posible, según Shapiro, producir un avance sustancial en teoría del derecho, en los términos sugeridos más arriba.

Preguntémosnos, entonces, ¿qué pueden hacer los planes (bratmanianos) por la teoría del derecho? ¿Recurrir al concepto de plan elaborado por Bratman nos permite efectivamente construir un enfoque nuevo y especial de la naturaleza del derecho? ¿La tesis de la planificación –entendida (como se debe) según las líneas de Bratman– nos dice, en efecto, algo especialmente informativo acerca de qué es el derecho y qué son las normas jurídicas? La pregunta es, de hecho, doble. Primero, ¿el aparato conceptual, la sintaxis teórica y la terminología de la teoría de la agencia como planificación de Bratman nos permite descubrir y formular algunas verdades importantes acerca de la naturaleza del derecho, verdades que no habría sido posible formular, usando la terminología ordinaria de las normas, reglas, principios, o incluso, quizás, de las órdenes, amenazas, obediencia o aquiescencia? Segundo, ¿la noción

de plan de Bratman puede efectivamente desempeñar la función que Shapiro le atribuye? En otras palabras, ¿pueden las normas jurídicas (o quizás solo las normas jurídicas “fundamentales”) ser legítimamente caracterizadas como planes (bratmanianos)? Tengo dudas respecto de ambas preguntas⁹.

II. Planificar en tercera persona

Los planes –por supuesto, bratmanianos (este adjetivo será evitado en lo que sigue)– son creados y adoptados por un agente respecto de *su propia* acción y deliberación futuras. Son un dispositivo relativo a la *autogestión* de los agentes. ¿Es de ayuda pensar al derecho a partir del modelo de la *autogestión*?

¿De todos modos, por qué hablar de “autogestión”? Esto no es del todo correcto. Bratman es claro como el agua cuando afirma que los planes para la *autogestión* son un tipo especial de planes. Típicamente son un tipo especial de políticas, relativas a qué ha de ser tratado como una razón, y que se encuentran en una relación jerárquica respecto de las actitudes de primer orden¹⁰.

El punto, sin embargo, es que los planes se refieren a las propias acciones y actitudes del agente. Y, según Shapiro, el derecho debe ser entendido como un conjunto de planes referidos también, y sobre todo, a las acciones y deliberaciones de otras personas y no solo de quien planifica. Las normas jurídicas son, típicamente, planes creados y adoptados (también y principalmente) para otros.

Ciertamente es posible, en algún sentido, hacer planes para otros. Me parece, sin embargo, que planificar es un fenómeno interesante e iluminador cuando es concebido como un aspecto de la acción en

⁹ Bratman es bastante favorable al matrimonio entre sus propios puntos de vista y la teoría del derecho; y, en sus trabajos más recientes, reconoce a Shapiro el haberle hecho sugerencias y lúcidos comentarios sobre esa y otras cuestiones. Lo que me pregunto es cuán sólido puede ser ese matrimonio.

¹⁰ Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007, capítulos 1, 2, 7-10.

primera persona (singular o plural, véase *infra* § 5). Caracterizando los planes como un “fenómeno interesante e iluminador”, lo que tengo en mente aquí es el conjunto de regularidades y de normas a ellos asociadas (tales como coherencia medio a fin, consistencia entre planes y planes-*cum*-creencia, aglomeración, estabilidad razonable) que Bratman identifica¹¹. Precisamente, este conjunto de regularidades, y los requerimientos normativos asociados a ellas, hacen de la actividad de planificación un objeto teóricamente interesante y vuelven la teoría de los planes de Bratman una concepción iluminadora de la agencia humana. Ahora bien, desde mi punto de vista, cuando se trata de “planificar” para otros, este conjunto de fenómenos no está en juego (lo que no significa negar que otro tipo de fenómenos, similares, puedan estarlo). “Planificar” para otros conlleva, en cambio, el viejo y conocido abanico de cuestiones relativas a la autoridad, la fuerza obligatoria, el poder la coerción, etc. No ganamos nada recurriendo a una mera reformulación de esta red de cuestiones interrelacionadas utilizando los términos de la planificación. Es más, algunas distinciones resultarán debilitadas. En el caso de la tercera persona, hablar de “planes” –planes adoptados por una determinada persona para otra– no ofrece ninguna perspectiva nueva o iluminadora. Por lo tanto, tampoco puede ofrecernos ninguna perspectiva o enfoque nuevo con relación al derecho. Esta, creo yo, es la conclusión a la que inevitablemente llegaremos luego de analizar algunos de los argumentos de Shapiro que analizaré a continuación.

III. La autoridad de los planificadores

Argumentaré que, en algunos pasajes cruciales, Shapiro se apoya ilegítimamente en la normatividad que los planes (bratmanianos) poseen

¹¹ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987; Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *Ethics*, 119, 2009, pp. 411-443.

respecto del agente (o los agentes) que planifica para sí mismo, con la finalidad de sostener que el derecho también es normativo (*i. e.*, es “obligatorio”, tal como lo pone Shapiro)¹² –aun cuando esa normatividad no proviene de su legitimidad moral–.

La razón en virtud de la cual, según Shapiro, “entender que las normas jurídicas fundamentales son planes no solo vindica la concepción positivista, sino que ofrece una solución convincente a nuestra paradoja respecto de cómo es posible la autoridad jurídica” es en última instancia que “la creación y la persistencia de las reglas fundamentales del derecho se funda [sic] en la capacidad que poseen todos los individuos de adoptar planes”¹³. Existe, por lo tanto, una “capacidad” peculiar cuando se trata de planes. Esta potestad, señala Shapiro, “no nos es conferida por la moral”¹⁴. Cierto. Pero entonces, ¿de qué tipo de capacidad o poder se trata?

La respuesta –de Bratman– es la siguiente: formar una intención, o adoptar un plan, es un tipo especial de “compromiso” mediante el cual nos damos a nosotros mismos un “esquema de razones” (véase *infra*, § 6, *sub* [5]) y a través del cual quedamos sujetos a un conjunto específico de exigencias normativas¹⁵. Gracias al ejercicio de esta capacidad –es decir, en virtud de la creación y la adopción de un plan– los individuos crean, y se sujetan a, ciertas exigencias normativas. De ahora en adelante, denominaré a esta capacidad “la autoridad de los planificadores”¹⁶. Esta última debe ser entendida, tal como hemos visto, como

¹² Nótese que lo que está en juego aquí, en la teoría del derecho como plan, es la posibilidad de concebir el derecho como “vinculante” (Shapiro, S. J., *op. cit.*, pp. 211-212, 252, 271), o, como Shapiro dice en una ocasión (*ibidem*, p. 214), como provisto de “fuerza vinculante”. En otras palabras, lo que está en juego es “cómo es posible la autoridad del derecho” (*ibidem*, p. 160).

¹³ *Ibidem*, pp. 160-161.

¹⁴ *Ibidem*, p. 161.

¹⁵ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, cap. 7.

¹⁶ La autoridad en cuestión no tiene que ver, directamente, con la autonomía, o la autogestión y el autogobierno. Las tesis de Bratman acerca de (lo que llama) “autoridad agencial” –la autoridad que una actitud puede tener para hablar por el agente– son bastante complejas (véase Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, *op. cit.*, y Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *op. cit.*), y no es necesario detenernos sobre ellas aquí. Las intenciones, y las actitudes similares a

un tipo especial de poder que da lugar a compromisos y, por lo tanto, crea ciertas exigencias normativas.

¿Cómo es posible que la autoridad de los planificadores dé lugar a “una solución convincente a nuestra paradoja respecto de cómo es posible la autoridad jurídica”¹⁷? La idea central de Shapiro parece ser la siguiente (o, al menos, no logro ver otro argumento alternativo a favor de lo que escribe): al igual que, en virtud de su propia autoridad, los planificadores pueden dar lugar a exigencias normativas; del mismo modo, mediante la creación y la adopción de planes, los funcionarios pueden dar lugar a exigencias normativas y, por lo tanto, imponer tales exigencias a los individuos relevantes –su autoridad (“autoridad jurídica”) consiste precisamente en hacer eso–. La autoridad de los funcionarios es por lo tanto nada más y nada menos que un caso especial de autoridad de los planificadores.

Existe, sin embargo, una cuestión importante que, creo, debe ser señalada. La “capacidad que poseen todos los individuos de adoptar planes”¹⁸ –que ha de ser entendida, tal como hemos visto, como la capacidad para asumir un tipo especial de compromiso y constituye fuente de exigencias normativas– es la capacidad que cada individuo posee para adoptar planes para *sí mismo*¹⁹. En cambio, lo que está en juego cuando se trata de la autoridad jurídica es principalmente la creación de planes *para otros*. Y, cuando la cuestión es la de una autoridad adoptando planes para otro –esto es, diciéndoles qué hacer (“las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden tener autoridad [...] diciendo a sus miembros qué pueden, o no pueden, hacer”²⁰)– todo el abanico de cuestiones referidas a la autoridad social, política y jurídica se presenta nuevamente. Nada ha sido dicho todavía para resolver las bien conocidas paradojas.

las intenciones (*e. g.*, los planes) no poseen, en cuanto tales, este tipo de autoridad y tampoco la creación o la adopción de aquellos constituye un ejercicio de esta última.

¹⁷ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 160.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ La importante excepción de las intenciones compartidas será abordada más abajo, 5, y 6, *sub* (1).

²⁰ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 200-201.

Ahora bien, concedamos que la capacidad que cada uno de nosotros posee para adoptar planes “no nos es conferida por la moral”, sino que más bien “es una manifestación del hecho de que somos seres que planifican” (*i. e.*, se trata de un componente central del “especial tipo de psicología” característica de los seres humanos adultos en el mundo moderno²¹). Esto, en sí mismo, no muestra todavía que todos nosotros tenemos ese mismo tipo de capacidad de adoptar planes para otros, es decir, la misma capacidad (entendida en términos bratmanianos) para asumir un tipo especial de compromiso y fuente de exigencias normativas. Tampoco muestra que esta última capacidad, en el caso de que exista, “no nos es conferida por la moral”. La autoridad que cada uno de nosotros posee para crear y adoptar planes para uno mismo es algo que nos viene dado por los principios de la racionalidad instrumental. Esto es, existe una presión de racionalidad (instrumental) en favor de la planificación, que fundamenta las exigencias normativas a las que esa actividad está sometida (coherencia medio a fin, por ejemplo)²². Pero, ¿por qué deberíamos suponer que todo ello también se aplica cuando se trata de la “planificación” para otros?

Al respecto, hay un pasaje central que citaré de manera completa para luego comentarlo. Cuando una persona adopta un plan personal, dice Shapiro (nótese que se está considerando aquí, específicamente, el caso de la adopción de planes *personales*), “se sitúa [dado que los “planes son normas”] bajo la regulación de una norma. Esta facultad de auto-regulación le es conferida por los principios de la racionalidad instrumental”²³. La capacidad en cuestión es, por lo tanto, una “facultad de auto-regulación”. No es la moral la que confiere ese poder a *X* (véase también el pasaje de p. 160, citado más arriba), ese poder se posee en virtud de “los principios de la racionalidad instrumental”. Esto ha de entenderse como una consecuencia del hecho de que la

²¹ Tal como sostiene Bratman (Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 160).

²² Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*; Bratman, M. E., “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 29-62; Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *op. cit.*

²³ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 169.

planificación posee, tal como Shapiro (siguiendo al Bratman²⁴) sostiene en una de las subsecciones precedentes, un “sentido pragmático”²⁵. Es decir, existen buenas razones pragmáticas, o instrumentales (tales como la complejidad de fines, los recursos escasos, la “desconfianza en nuestro yo futuro”²⁶) a favor de que los seres humanos se embarquen en la actividad de planificación.

Todo esto lo sabemos ya. Pero leamos todavía más. “Cuando una persona adopta un plan personal, se sitúa [dado que “los planes son normas”] bajo la regulación de una norma. Esta facultad de auto-regulación le es conferida por los principios de la racionalidad instrumental. Los seres que planifican [continúa Shapiro], en otras palabras, tienen la capacidad racional de sujetarse a normas”²⁷. Aquí ha de entenderse que la planificación, en el sentido relevante, se relaciona con el gobierno de sí mismo (o *autogobierno*). De ello no se sigue que las criaturas planificadoras posean la capacidad racional de imponer normas a otras criaturas (capacidad que ha de ser entendida, del mismo modo, como “poder para gobernar”, es decir, como el poder para poner a alguien “bajo la regulación de una norma”). Por ello, esta última afirmación se encontraría, al menos hasta este punto, infundada. Es por ello que debería explicarse en qué consiste esta última capacidad y cuál es su origen. Es cierto, puede darse ocasionalmente el caso de que formulemos, para otros, normas de conducta que son instrumentalmente racionales. Pero el éxito de tal empresa depende de muchas otras cosas además del poder que, por hipótesis, tendríamos *qua* criaturas planificadoras. (La primera pregunta que me viene en mente es, obviamente, la siguiente: ¿“instrumentalmente racionales” desde el punto de vista de quién? Véase *infra*, en esta sección). El poder que *X* tenga para imponer normas a *otros*, si y cuando lo tenga, ciertamente no es algo que posea simplemente *en virtud de ser una criatura planificadora*.

²⁴ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*

²⁵ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 164.

²⁶ *Ídem.*

²⁷ *Ibid.*, p. 169.

Pero –se objetará– Shapiro está hablando aquí de los planes *personales*; y por lo tanto no sorprende que su tesis no se aplique al caso de la “planificación” para otros.

Sin embargo, las cosas no son así de simples. Continúa Shapiro:

En efecto, *esta* capacidad explica la eficacia de la planificación. La psicología de la planificación es singular no solo porque permite a los planificadores la formación de estados mentales que controlan la conducta futura, sino en tanto les permite reconocer que la formación de estos estados genera una presión racional para actuar en consecuencia²⁸.

Pero ¿esto se aplica solo a los planes personales, o también al derecho (recuérdese que el derecho es un caso de “planificación para otros”)? Si se aplica también al derecho, entonces aquí hay algo que no funciona. ¿Por qué debería aceptar, en virtud únicamente del hecho que compartimos una “psicología planificadora”, que los planes que tú has hecho y adoptado para mí, *me* ponen bajo una “presión racional de respetarlos”? Ciertamente se necesita algo más –ya sea la moral, o razones prudenciales–. “Así [el texto continúa], cuando un individuo adopta un plan de autoregulación, la disposición a seguirlo no se asemeja a un puro reflejo; por el contrario, está mediada por el reconocimiento de que el plan es un estándar justificado de conducta e impone una exigencia racional de llevarlo a cabo”²⁹. Debe subrayarse, creo, que todo esto no se aplica al caso de la “planificación para otros” y por lo tanto tampoco se aplica al derecho. Shapiro no dice que se aplique y –como veremos más abajo– incluso en algunos lugares argumenta lo contrario. Pero, y este es mi punto, Shapiro no es del todo claro sobre esta cuestión; no siempre asume la misma posición al respecto. La esencia de la teoría del derecho como plan es, precisamente, que aquello que permite explicar la naturaleza del derecho es nuestra psicología planificadora, es decir, que “comprender el derecho implica comprender nuestra especial psicología [como agentes que planifican] y las

²⁸ *Ídem*, cursivas agregadas.

²⁹ *Ídem*.

normas de racionalidad que regulan su correcto funcionamiento”³⁰; y, además, “la creación y la persistencia de las reglas fundamentales del derecho se funda en la capacidad que poseen todos los individuos de adoptar planes”³¹. La “racionalidad interna” del derecho³², basada en las exigencias impuestas por la racionalidad de la planificación, proviene de esa capacidad. Por ello, creo, existe una analogía, o una identificación, no argumentada entre el caso de la primera persona (ya sea “yo” o “nosotros”, véase *infra* § 5) y de la tercera persona.

Escribe Shapiro:

En lo que sigue, mi propósito será teorizar sobre la base del análisis del capítulo anterior, demostrando que las *tecnologías de la planificación* incluso las más complejas que son activadas por el derecho, *pueden ser construidas mediante la agencia humana exclusivamente. En otras palabras, para construir o hacer funcionar un sistema jurídico no se necesita tener la legitimidad moral de imponer obligaciones jurídicas y conferir derechos jurídicos: solo se necesita la capacidad de planificar*³³.

Ahora bien, esta última afirmación que he puesto en cursivas es, desde mi punto de vista, sorprendente. Puesto que sugiere que los sistemas jurídicos, si bien no son necesariamente el resultado del ejercicio de una autoridad moral, se distinguen, *obviamente*, de una mera estructura de órdenes e incentivos, por más compleja que sea. Ello en cuanto los sistemas jurídicos poseen algún tipo de autoridad (“autoridad jurídica”³⁴). Y se distinguen *porque* son el resultado del ejercicio de nuestra habilidad para planificar, *i. e.*, porque gozan de la autoridad que poseemos como planificadores. “La existencia del derecho, entonces, refleja el hecho de que los seres humanos somos seres que planifican, dotados de capacidades cognitivas y volitivas para organizar el com-

³⁰ *Ibidem*, p. 161.

³¹ *Ibidem*, pp. 160-161.

³² *Ibidem*, p. 231.

³³ *Ibidem*, p. 202. Cursivas agregadas.

³⁴ *Ibidem*, p. 160.

portamiento a lo largo del tiempo y entre las personas a fin de alcanzar metas muy complejas”³⁵.

La afirmación según la cual existe, en el argumento de Shapiro, una analogía, o una identificación, infundada entre los casos de la primera y de la tercera persona resulta corroborada, creo, por el pasaje que se encuentra en p. 170:

mientras que todos los planes son normas intencionales positivas, no todas las normas intencionales positivas son planes. Las amenazas son creadas por la acción humana, y son creadas para guiar la acción, pero no son normas típicamente estructuradas: a diferencia de los planes, no son característicamente parciales, ni compuestas, ni tienen una estructura anidada.

Esto sugiere que la *differentia* de los planes es su estructura. La sugerencia es, sin embargo, equivocada a la luz de lo que sigue a continuación:

Más importante, estas normas [las amenazas] no están destinadas a guiar la conducta decidiendo cómo actuar, ni pretenden resolver tales cuestiones. [Más abajo discutiré el significado que “resolver” posee aquí, 6, *sub* (5)]. Las amenazas se supone que han de ser meramente, y se pretende que sean, un factor a ser considerado entre muchos otros. No es irracional o irrespetuoso deliberar sobre si uno debe rendirse ante la amenaza – el asaltante, después de todo, le da una opción: ‘el dinero o la vida’. En cambio, cuando uno ha adoptado un plan, para sí mismo o para otra persona, el plan debería excluir las deliberaciones sobre sus méritos, y también tiene la pretensión de brindar una razón para excluir las deliberaciones sobre sus méritos³⁶.

Así, la *differentia* de los planes es (lo que podríamos llamar) su “fuerza excluyente”. Pero nótese que los planes solamente *pretenden* poseer fuerza excluyente (*i. e.*, reclaman autoridad) –y, por lo tanto, preten-

³⁵ *Ibidem*, p. 202. Cursivas agregadas.

³⁶ *Ibidem*, p. 170. Cursivas agregadas.

den “excluir”, u “ofrecer razones para excluir”, la deliberación—. ¿Está queriendo decir Shapiro que, al contrario de lo que sucede en el caso de las amenazas, cuando se trata de un plan adoptado por X para Y, el hecho que Y delibere sobre si dejar que sus acciones se guíen por el plan adoptado por X muestra algún tipo de irracionalidad o falta de respeto por parte de Y? Shapiro no dice eso, en cambio, escribe que si bien en el caso de las amenazas ello no es muestra de irracionalidad, los planes, hayan sido adoptados para quien planifica o para otros, *se suponen* destinados a excluir (y tienen la *pretensión* de ofrecer razones para excluir) la deliberación. Bien. Pero argumentando en este sentido, Shapiro no advierte una importante diferencia entre los planes personales y los “planes” creados para otros. Mientras (tal como se sigue de cualquier teoría aceptable sobre la razonable estabilidad de los planes) hay un tipo de irracionalidad que se manifiesta cuando constantemente se reconsideran lo planes personales una vez adoptados, y también hay un tipo de irracionalidad que se manifiesta al considerar un plan personal, ya adoptado, como una razón más que ha de ser balanceada junto a todas las demás razones relevantes aplicables al caso (esto puede llevar a ciertas paradojas de circularidad: los planes, según Bratman, funcionan como “esquemas de razones”³⁷, y dan lugar a problemas relativos a los medios, los pasos preliminares, la elección de opciones relevantes y el descarte de opciones inconsistentes con ellos), por el contrario, analizar si seguir o no un “plan” que otra persona ha adoptado para uno, o sopesar el hecho de que alguien ha adoptado un “plan” para mí junto a las demás razones de primer orden relevantes, no implica, en sí mismo, ningún tipo de irracionalidad. Y esta es una profunda diferencia. Bajo este aspecto, los “planes” adoptados para otros se encuentran al mismo nivel de las órdenes respaldadas por amenazas y otros tipos de prescripciones basadas en incentivos. Entonces, ¿dónde está la diferencia?³⁸. Cuando “planificamos” para otros, lo que hacemos es, banalmente, formular

³⁷ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*

³⁸ Recuérdese que, dadas las premisas básicas y los propósitos de la teoría del derecho como plan, Shapiro no puede recurrir a la respuesta obvia: los planes legales no son meras órdenes respaldadas por amenazas, sino que consisten en dictados de una autoridad moralmente legítima.

órdenes o, más en general, formular prescripciones basadas en incentivos (“amenazas” dice aquí Shapiro)³⁹.

En otras palabras. Concedamos, tal como sostiene Bratman, que los planes deben su autoridad a la racionalidad instrumental y que se encuentran sujetos a sus normas. La racionalidad instrumental es la racionalidad en la consecución de fines, propósitos. ¿Los propósitos y los fines de quién? En el caso de la planificación en primera persona, la respuesta es clara: *mis* fines y propósitos (o quizás *nuestros* fines y propósitos, véase *infra* § 5), cualquiera sea el modo en que hayan de determi-

³⁹ En la sección “La introducción de la jerarquía” (Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, p. 184 y ss.) lo que el chef principal hace es, banalmente, formular órdenes (“es decir, puedo ordenarles hacerlo”, *ibidem*, p. 185). Es únicamente en virtud de que nosotros, los chefs asistentes, aceptamos los planes adoptados para nosotros, o porque aceptamos la autoridad del chef principal, que sus órdenes son vinculantes para nosotros (acerca del papel de la aceptación y el consentimiento en el argumento de Shapiro, véase *infra* § 6, *sub* [2]). Shapiro escribe (*ibidem*, p. 185): “cuando el chef principal ordena realizar alguna acción al asistente, puede decirse que ‘adopta un plan’ para él”. Entonces, ¿cualquiera puede, a voluntad, adoptar planes para mí? No, pero no sorprende que si acepto los planes que otra persona adopta (*i. e.*, *adopción*, en primera persona, del plan) y asumo el *compromiso* de llevarlos a cabo, entonces se me aplican las exigencias normativas que gobiernan la planificación. Por lo tanto, “al emitir la orden, el chef principal coloca al asistente bajo una norma pensada para guiar su conducta y para ser empleada como estándar de evaluación. Además, el chef principal no pretende que su orden sea tratada como una consideración más a tener en cuenta cuando el asistente planifique qué hacer. Por el contrario, pretende que decida la cuestión a su favor. Y como el asistente acepta la relación jerárquica, adoptará el contenido de la orden como *plan* [cursivas mías] y revisará sus otros planes para que sean consistentes con la orden. Tratará la orden como si él la hubiera formulado y adoptado” (*idem*). De nuevo: “una parte del plan compartido autoriza a ciertos miembros del grupo a elaborar o aplicar las otras partes del plan. Estas ‘autorizaciones’ son aceptadas cuando los miembros del grupo *acuerdan ceder su potestad exclusiva de planificar y se comprometen a conformarse a los planes formulados y aplicados por los miembros autorizados* [cursivas mías]. Por tanto, cuando alguien autorizado por el plan compartido emite una orden, extiende de ese modo el plan y brinda a los miembros del grupo nuevos subplanes, a los cuales han de conformarse” (*ibidem*, p. 186). Cuando otra persona adopta un plan para mí, y yo mismo lo adopto –o me comprometo a ello (quizás, porque de algún modo le he transferido el poder de adoptar planes para mí)– entonces tengo un plan. ¿Es esto todo lo que Shapiro intenta decir? ¿O, en cambio, la teoría del derecho como plan afirma que, como cuestión de necesidad conceptual o de la “naturaleza fundamental” del derecho, los individuos afectados por el derecho adoptan los planes legales? (Véase *infra* § 6, *sub* [2]).

narse tales fines o propósitos. Pero, en el caso de los “planes” adoptados para otros, surge una disyuntiva. Estamos hablando de normas que son instrumentalmente racionales ¿para quien planifica o para aquellos respecto de los cuales el “plan” es adoptado? A menos que presupongamos que ambos coinciden –lo que sería una asunción infundada– debemos conceder que lo que es instrumentalmente racional para uno puede no serlo para los otros, y viceversa⁴⁰. La idea de que las normas jurídicas son planes con un fundamento pragmático y que están sujetas a las exigencias que la racionalidad instrumental impone a los planes, descansa, parece, en la asunción según la cual nosotros –todos los funcionarios y los ciudadanos de a pie– compartimos los mismos fines y propósitos relevantes. Es decir, supone que todos los individuos involucrados en el funcionamiento de un sistema jurídico necesariamente comparten los mismos propósitos o fines relevantes, como una cuestión de necesidad conceptual, o relativa a la “naturaleza fundamental” del derecho. Pero esto parece ser demasiado irénico, y de todos modos es una cuestión puramente contingente (véase también *infra*, § 5).

Así, no parece ser cierto que “entender que las normas jurídicas fundamentales son planes [...] ofrece una solución convincente a nuestra paradoja respecto de cómo es posible la autoridad jurídica”⁴¹. De ello resultaría entonces que las normas jurídicas no son, en cuanto tales (*i. e.*, simplemente *qua* normas jurídicas) planes. Las normas de racionalidad a las que se encuentran sujetas las normas jurídicas no son las normas de racionalidad que gobiernan el correcto funcionamiento

⁴⁰ La dificultad puede advertirse con claridad, desde mi punto de vista, cuando Shapiro propone su solución a la paradoja de la autoridad (Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 228-229): “los funcionarios públicos tienen la potestad de adoptar el plan compartido que establece estas reglas fundamentales en virtud de las normas de la racionalidad instrumental. Puesto que estas normas que confieren la capacidad racional de planificar no son planes ellas mismas, no han sido creadas por ninguna otra autoridad. Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos”. ¿Los fines de *quién* son servidos por las reglas fundamentales de un sistema jurídico, y *quién* se encuentra sometido a las presiones de la racionalidad en cuestión?

⁴¹ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 160.

de nuestra especial psicología como agentes planificadores⁴². (Podría darse que “comprender el derecho implica comprender nuestra especial psicología [como agentes que planifican] y las normas de racionalidad que regulan su correcto funcionamiento”⁴³, pero, hasta aquí, nada ha sido dicho para mostrar que así sea).

En definitiva, parece falso que “la creación y la persistencia de las reglas fundamentales del derecho se funda en la capacidad que poseen todos los individuos de adoptar planes”⁴⁴. Todo lo que Shapiro ha mostrado es, en cambio, que están basadas en nuestra capacidad para formular “amenazas” y otros tipos de prescripciones apoyadas en incentivos⁴⁵.

IV. Un diagnóstico preliminar

Entonces, para repetir, me parece que, en ciertos puntos centrales de su argumento, Shapiro se apoya en la normatividad (bratmaniana) de la planificación en primera persona (*i. e.*, en la autoridad de los planificadores, véase *supra* § 3) para afirmar que el derecho también es normativo. Normativo en un sentido que no involucra legitimidad moral (con la finalidad de explicar “cómo es posible la autoridad

⁴² A la cuestión de la violación de una norma (*i. e.*, la no observancia deliberada de la norma) corresponde, en el caso de las intenciones y los planes, la cuestión de la tentación. Para Bratman, la clave racional para resistir a la tentación está en que el agente anticipe las quejas futuras (Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, cap. 4; Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays, op. cit.* cap. 12). Esto tiene sentido ya que, en el caso de las intenciones y los planes, el agente es siempre el mismo, el planificador. No veo cómo instaurar un paralelo con las normas jurídicas.

⁴³ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 161.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 160-161.

⁴⁵ Lo que no significa negar la posibilidad de que existan normas de racionalidad a las cuales estén sujetas las normas jurídicas, en cuanto prescripciones. Como tampoco significa negar que exista presión racional de coherencia medio a fin, consistencia y aglomeración que deriven de tales normas de racionalidad. Las normas que definen “la racionalidad interna del prescribir” pueden ser identificadas, a partir de asunciones derrotables sobre la psicología de quienes prescriben (Celano, B., *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 127-150, 187-191, 269-282).

jurídica”⁴⁶). Los planes son, de hecho, normativos⁴⁷, y su normatividad se basa en normas de racionalidad instrumental. Sin embargo, esto no es así cuando, como en el caso del derecho, “planificamos” para otros, *i. e.*, les decimos qué tienen que hacer, quieran o no, y les ofrecemos incentivos para hacerlo. Shapiro reconoce que el derecho pretende poseer fuerza moral vinculante, y que puede fracasar en ello. Pero de todos modos no deberíamos establecer por mera definición, o como un punto conceptual o una cuestión de su “naturaleza fundamental”, que cuando el derecho tiene éxito y posee fuerza moral vinculante, la posee en virtud de normas de racionalidad instrumental⁴⁸.

⁴⁶ Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷ Esto es un atajo para decir que la adopción de un plan es una forma especial de compromiso, sujeta a específicas exigencias normativas.

⁴⁸ Mi punto es, por lo tanto, que la analogía relevante entre la planificación individual, por un lado, y la “planificación” jurídica, por el otro, no se sostiene. Shapiro explícitamente sostiene que pretende invertir la analogía platónica entre alma y Estado (Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 243 y ss.). En lugar de pasar de una investigación acerca de la naturaleza de (la justicia en) el Estado, a una investigación acerca del individuo; Shapiro pasa de una investigación acerca del individuo como agente planificador a considerar el derecho como un conjunto de planes. Las normas jurídicas, sostiene, “cumplen en la vida social la misma función que las intenciones cumplen en la agencia individual y compartida: son medios universales que nos permiten coordinar nuestra conducta intra e interpersonalmente” (*ibidem*, p. 244). Pero, creo yo, la primera parte de este enunciado es equivocado, por las razones que he intentado ofrecer. La segunda parte bien puede ser cierta. De hecho, muchos aspectos de la analogía individuo-Estado, en la versión de Shapiro, resultan, creo yo, correctos. Véase, por ejemplo, en *ibidem*, p. 250: “al caracterizar la actividad jurídica como una actividad de planificación, mi propósito ha sido iluminar la naturaleza gradual del comportamiento regulador del derecho. Pero el paralelismo no acaba aquí. Como deseo mostrar, la actividad jurídica también persigue los mismos objetivos básicos que los planes comunes y ordinarios, a saber, guiar, organizar y controlar la conducta de los individuos y los grupos. Lo hace contribuyendo a que los agentes reduzcan sus costes de deliberación, negociación y celebración de acuerdos, incrementen la predictibilidad de su comportamiento, contrarresten la ignorancia y el mal carácter y dispongan de formas de responsabilidad”. No tengo nada que decir contra ello. Tampoco respecto de lo siguiente (*ibidem*, pp. 253-254, en cap. 7): “como he intentado mostrar en los últimos capítulos, no toda forma de guiar la conducta cuenta como ‘planificación’. En efecto, la planificación es una manera muy particular de guiar la conducta. Por esta razón, la Tesis de la planificación realiza una afirmación iusfilosófica fuerte. Según esta, la actividad jurídica no consiste simplemente en la creación y aplicación de reglas. Es un proceso incremental cuya función es guiar, organizar y

Si se concede que hemos encontrado en el argumento de Shapiro una analogía, o identificación, infundada, ¿de dónde proviene? Mi diagnóstico preliminar es el siguiente.

Shapiro refuerza el vínculo entre los planes y las intenciones, y esto le trae algunos problemas. La teoría de los planes de Bratman es, primero y sobre todo, una teoría de *la intención* como plan. Una de las piedras basales de la teoría de los planes de Bratman es que los planes son “intenciones extendidas” y que, en consecuencia, las intenciones han de ser entendidas como elementos que componen los planes –las intenciones son, podríamos decir siguiendo a Bratman, el material del que están hechos los planes–⁴⁹. Las normas jurídicas, sin embargo, no son intenciones “extendidas”. Lo que interesa a Shapiro, para ofrecer un esquema conceptual que permita comprender el derecho, son los “planes” en un sentido mucho más débil, menos informativo y no bratmaniano. En la “planificación” jurídica, las formas de compromiso y las exigencias de racionalidad que son características de los planes bratmanianos⁵⁰ (coherencia medio a fin, consistencia, aglomeración, razonable estabilidad), o bien no se verifican o se verifican en un modo bastante diferente. Un modo este último que es, podríamos decir sobre la base de lo que hasta aquí ha probado Shapiro, característico de las órdenes, las amenazas y, en general, de las prescripciones basadas en incentivos⁵¹.

Apelar a los planes parece, a primera vista, promisorio para la teoría del derecho por dos razones. Los planes son un tipo de normas (1)

controlar el comportamiento mediante la resolución de cuestiones normativas y que, en condiciones normales, dispone a sus destinatarios a cumplir”. En estos pasajes, la noción relevante de plan es una noción más bien débil, mucho menos exigente que la elaborada por Bratman (véanse *infra*, n. 52 y 81).

⁴⁹ Del mismo modo, lo que interesa a Bratman, en cuanto se refiere a formas de socialidad (véase *infra*, § 5), son las *intenciones* compartidas (que están presentes tanto en ACC, como, si bien de manera menos exigente, en ACI). (El modo en que Bratman trata el “caso de la Mafia” como actividad compartida – en Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, pp. 100, 117-118; Bratman, M. E. “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *Philosophical Studies*, 144, 2009, p. 158– me parece demasiado oscuro. Pero ello no es de todos modos relevante aquí).

⁵⁰ O de las intenciones compartidas bratmanianas (*infra*, § 5).

⁵¹ Es decir, un modo que permite definir lo que puede denominarse “la racionalidad interna del prescribir” (*supra*, n. 45).

positivas y (2) provistas de autoridad (una autoridad que proviene de los principios de la racionalidad instrumental). Por lo tanto, podría resultar que recurriendo al concepto de plan –es decir, sosteniendo que las normas jurídicas son planes y que la clave para entender la naturaleza del derecho es nuestra especial psicología como agentes planificadores– sea posible resolver, en vena positivista, las conocidas paradojas acerca del derecho que provienen de su doble naturaleza (el derecho es un hecho social y además, al menos *prima facie*, es normativo). Las apariencias sin embargo pueden ser engañosas. Solo los planes personales (autoimpuestos) poseen, en cuanto tales, ambas propiedades (ser positivos y provistos de autoridad). Los “planes” adoptados para otros son, efectivamente, positivos, pero en cuanto tales no poseen ninguna autoridad. Si, y cuando, tales planes –o sus autores– poseen autoridad, ha de ser establecido sobre otras bases. Bases que son completamente diferentes de la autoridad conferida por los principios de la racionalidad instrumental al autor de un plan autoimpuesto. Las normas jurídicas, sin embargo, son en su mayor parte normas adoptadas para otros. Por lo tanto, si el punto de tratar a las normas jurídicas como planes era la supuesta posibilidad de explicar, de un modo simple y económico, el hecho que son, al mismo tiempo, positivas y autoritativas; la tesis de la analogía –o de la identidad (las normas jurídicas son planes)– se desmorona. Entonces, ¿por qué tratar a las normas jurídicas como planes? Por supuesto, podríamos todavía afirmar que son “planes” creados y adoptados para otros⁵². Pero esto, en sí mismo, no dice mucho más

⁵² Una aclaración importante. Si Shapiro ha de ser entendido como sosteniendo que los “planes” se distinguen únicamente por su estructura (parcialidad, anidamiento, etc.), entonces no tengo nada que reprocharle. Pero esto equivale a quedarse con el concepto de plan de Bratman. Véase el párrafo final de la sección *Planificación Individual* del capítulo 5 (Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 162), donde se ofrece lo que parece ser una definición resumida de la noción relevante de plan: “para concluir, un plan es una clase especial de norma. En primer lugar, tiene una estructura característica, a saber, es parcial, compuesta, y anidada. En segundo lugar, es creada por un cierto tipo de proceso, a saber, uno incremental, intencional y que dispone a los destinatarios a cumplir con las normas creadas”. No tengo nada en contra de concebir a las normas jurídicas de este modo, por supuesto. Así entendida, la afirmación que las normas jurídicas son planes resulta ser bastante débil (si se la compara con lo que son los planes en la teoría

que decir que se trata de normas positivas. Y esto es algo que sabíamos desde el principio⁵³.

Quizás podríamos todavía ir más allá para encontrar una explicación al hecho que Shapiro use una analogía o identificación infundada. Shapiro adopta un enfoque desentremollado de la validez como fuerza vinculante⁵⁴. Según este enfoque una norma es válida en el caso en que se deba hacer lo que la norma prescribe (“finalmente, tal como emplearé el término, no es necesario que las normas sean válidas. Las normas siempre *pretenden* indicar lo que debe hacerse o lo que resulta deseable, bueno o aceptable, pero que consigan hacerlo es una cuestión completamente diferente. Una norma que ordena hacer algo que uno no debería hacer es una norma inválida. Es una mala norma, una no-norma”⁵⁵). No me es del todo claro, sin embargo, si Shapiro piensa que las normas *jurídicas* (las leyes) son, en cuanto tales, válidas. Me parece que, a veces, el referirse a las normas jurídicas como planes lleva a que Shapiro superponga, respecto de las normas jurídicas,

de Bratman). (Tanto la idea de la parcialidad de las normas jurídicas, como la de la especificación incremental en su aplicación, pueden encontrarse, creo, en la teoría de Kelsen. Lo mismo, por supuesto, sucede con la reflexividad de los planes, “planes sobre la planificación”: el derecho regula su propia producción).

⁵³ Quizás, al menos algunas de las profundas diferencias que, a pesar de las apariencias, trazan (o al menos eso he sostenido) una división entre la teoría de la agencia como planes de Bratman y el modo en que Shapiro concibe la naturaleza fundamental del derecho, pueden ser advertidas a partir de una diferencia ulterior acerca de la ontología de los planes. Una diferencia desconcertante en virtud de su claridad, pero respecto de la cual no es sencillo determinar sus implicaciones y su conexión (si existe) con las dificultades que Shapiro enfrenta y que he indicado en el texto. En breve, los planes bratmanianos han de ser entendidos como actitudes, mientras que los “planes” de Shapiro son el contenido abstracto, el objeto, o el contenido de actitudes posibles. Véase respectivamente Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, p. 37, 248; y Shapiro S. J., *op. cit.*, p. 169 (“por ‘plan’ no me refiero al estado mental de ‘tener un plan’. Las intenciones no son planes, más bien toman a los planes como objeto. Para mis propósitos, los planes son entidades proposicionales abstractas que exigen, permiten o autorizan a los agentes a actuar, o no actuar, de ciertas maneras en ciertas circunstancias”).

⁵⁴ Acerca de la validez como desentremollado, véase Celano, B., “Validity as Disquotiation”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 35-77.

⁵⁵ Shapiro, S. J., *op. cit.*, pp. 72-73.

la existencia con la validez. Además, esta parece ser una estrategia central, si bien oculta, en la construcción de las bases de la teoría del derecho como plan.

Esto puede ser visto, de manera crucial, en los pasajes donde Shapiro introduce su propia solución de la cuestión relativa al derecho y la moral. “¿Por qué podría afirmarse –como hacen los positivistas– que el derecho y la moral no comparten como fundamento las mismas reglas básicas? ¿Por qué *la determinación de la validez jurídica* depende de una indagación sociológica, antes que moral?”⁵⁶.

En su respuesta a esta última pregunta, Shapiro parece conectar estrechamente la existencia y la validez:

Espero que mis respuestas a estas preguntas sean evidentes ahora: a saber, que las reglas fundamentales de un sistema jurídico constituyen un plan compartido y, como hemos visto, la manera adecuada de evaluar la existencia y el contenido de un plan compartido es mediante un examen de los hechos sociales relevantes. Un plan social solo existe si fue diseñado con un grupo en mente, de manera que puedan participar en una actividad conjunta, es públicamente accesible y es aceptado por la mayoría de los miembros del grupo en cuestión. Como resultado, si se desea descubrir la existencia o el contenido de las reglas fundamentales de un sistema jurídico, debemos observar exclusivamente estos hechos sociales. En otras palabras, debemos observar solo qué piensan, pretenden, afirman y hacen los funcionarios aquí⁵⁷.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 224. Cursivas agregadas.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 224, Shapiro continúa: “Adviértase además que la existencia de un plan compartido no depende de que se verifique ningún hecho moral. El plan compartido puede ser moralmente repulsivo. Puede ceder el control total de la planificación social a un dictador malevolente o privilegiar los derechos de ciertos subgrupos de la comunidad por encima de otros. El plan compartido puede no tener ningún apoyo de la población general; quienes están bajo su gobierno pueden odiarlo absolutamente. Pese a todo, si tienen lugar los hechos del plan compartido –si la mayoría de los funcionarios acepta un plan públicamente accesible y diseñado para ellos– entonces existirá el plan compartido. Y si el plan compartido establece una actividad de planificación social que es jerárquica y altamente impersonal, y la comunidad en general obedece los planes

Entonces, las normas pueden ser válidas (*i. e.*, vinculantes) o no. Su existencia es una cosa, sus méritos o deméritos, otra. La razón en virtud de la cual resulta iluminador recurrir a los planes es que, claramente, las condiciones de existencia de los planes son independientes de sus méritos o deméritos⁵⁸. Pero, los planes autoimpuestos son normativos en virtud de la autoridad que la racionalidad instrumental confiere a cada uno de nosotros para adoptar planes y políticas. En los pasajes citados (véanse las palabras en cursivas), lo que Shapiro sostiene es que ello arroja luz sobre la *validez* de las normas jurídicas. Es decir, sostiene que ello explica cómo esas normas pueden determinarse únicamente sobre la base de hechos sociológicos, tal como afirman los positivistas. Pero las normas jurídicas son planes creados para otros y, como tales, no poseen ninguna autoridad sobre (algunos de) sus destinatarios. Es precisamente bajo este aspecto que son completamente diferentes de los planes autoimpuestos y de las intenciones. Sostener que el ser planes explica la *validez* de las normas jurídicas –y que esa explicación se mantiene dentro de las filas positivistas ya que los planes existen si son adoptados– equivale a eliminar una diferencia relevante.

De todos modos, debemos todavía complicar el cuadro. Shapiro no es ciertamente tan ingenuo como sugiere mi lectura poco caritativa de los pasajes comentados. Shapiro explícitamente reconoce que “el hecho de que alguien adopte un plan para que otros lo sigan no significa que, desde el punto de vista moral, ellos *deban* obedecer. El plan puede ser insensato o malvado, por tanto, salvo que haya costes sustanciales asociados al incumplimiento, los sujetos deberían moral-

creados conforme a él, entonces, también existirá un sistema de autoridad jurídica” (*idem*).

⁵⁸ Véase *Ibid.*, p. 160: “Mi estrategia es mostrar que existe otro ámbito cuyas normas solo pueden descubrirse mediante la observación social, no moral, a saber, el ámbito de los *planes*. El modo adecuado de determinar la existencia de planes, como argumentaré más adelante, consiste simplemente en señalar el hecho de su adopción y aceptación. Que hoy tenga el plan de ir a la tienda, o que esta noche tengamos el plan de cocinar la cena juntos, no depende de que estos planes sean deseables, sino de que de hecho los hayamos adoptado (y nos los hayamos descartado luego). En otras palabras, el positivismo es trivial e incontrovertiblemente verdadero en el caso de los planes: la existencia de un plan es una cosa, sus mérito o demérito otra muy distinta”.

mente abstenerse de llevarlos [sic] adelante”⁵⁹. Además, trabaja sobre la teoría de Bratman, agregando aclaraciones, extensiones, distinciones que están destinadas, creo, a evitar las dificultades que, quizás un tanto apresuradamente, he afirmado su teoría no logra superar. Debemos entonces analizar algunas de estas estrategias.

V. Agencia en primera persona del plural

Hasta aquí mi argumento se ha apoyado en la afirmación según la cual la adopción de planes por parte de los agentes es relativa a sus *propias* acciones y deliberación futuras. Bajo este aspecto, he sostenido, la “planificación” legal se diferencia de manera crucial de la planificación propiamente dicha. ¿Significa esto que los planes son relevantes solo cuando se trata de la agencia *individual*?

Si ello es así, mi argumento se basaría en un grave error. Bratman mismo ha desarrollado y extendido su teoría para dar cuenta de la actividad compartida y otras formas de agencia social⁶⁰. Es en estos casos donde, parece, hacemos planes también para los demás y no solo para nosotros mismos.

Comprensiblemente, Shapiro otorga gran peso a esta extensión que Bratman hace de la teoría de la intención como plan, con la finalidad de dar cuenta de otras formas de agencia social, e intenta capitalizarla. Pero este no es, argumentaré, un camino promisorio.

La actividad jurídica es, sostiene Shapiro, actividad compartida⁶¹. Aquí, la noción relevante de actividad compartida ha de ser entendida

⁵⁹ *Ibidem*, p. 186.

⁶⁰ Bratman, M. E., *Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, caps. 5-8; Bratman, M. E., “Dynamics of Sociality”, *Midwest Studies in Philosophy*, 30, 2006, pp. 1-15; Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, *op. cit.*, cap. 13; Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*

⁶¹ Véase Shapiro, S. J., *op. cit.*, p. 255: “La Teoría de los planes realiza una afirmación más fuerte. No solo algunos aspectos de la actividad jurídica son compartidos, sino que lo es todo el proceso. La actividad jurídica es una actividad compartida en el sentido de que los diferentes actores involucrados cumplen ciertas funciones en la propia actividad de planificación social: algunos participan creando y afectando planes y

como un desarrollo de la idea ofrecida por Bratman de la actividad compartida. Pero, creo yo, el hecho que la actividad compartida sea en primera persona del singular o del plural no produce, respecto de las dificultades señaladas en las secciones anteriores, ninguna diferencia relevante⁶².

¿Por qué? Porque el elemento central de la actividad compartida (bratmaniana) es la intención compartida y el compromiso⁶³. El modelo es el de un grupo reducido de personas llevando a cabo una actividad bien delimitada, con una finalidad bien definida (cada uno de nosotros “tiene la intención que nosotros hagamos J”). Simplemente, tal como el mismo Shapiro reconoce y enfatiza, el tipo de intenciones y compromisos que, según Bratman, son constitutivos de la actividad compartida no encajan con lo que sucede en la práctica jurídica, cuando se la considera en su totalidad (tal como, según la tesis de la agencia compartida de Shapiro, debería ser vista)⁶⁴. Brat-

otros participan aplicándolos. A cada uno le toca cumplir una parte en la planificación para la comunidad. Llamemos a esto la “Tesis de la agencia compartida”: “la actividad jurídica es una actividad compartida” (*idem*).

⁶² Hablar de agencia en primera persona del plural no es, estrictamente hablando, correcto dentro del modelo de actividad compartida elaborado por Bratman. La concepción de Bratman de la intención compartida posee, de hecho, un espíritu individualista (Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, pp. 108, 111, 129; Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 163). Las intenciones compartidas bratmanianas son un conjunto de intenciones individuales adecuadamente entrelazadas, que satisfacen ciertas condiciones (Bratman denomina “constructivismo” a su teoría de la intención compartida. La explicación de la intención compartida procede a partir de la “construcción de una estructura de intenciones individuales interrelacionadas, y de las normas que se aplican a, y guían, tales intenciones”; Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 155). Hablar de agencia en primera persona del plural ha de ser entendido, en el texto, de manera correspondiente.

⁶³ En la socialidad “modesta” (véase *infra*, en esta sección, *sub* [1]), “un compromiso respecto de nuestra actividad, similar a las intenciones, funciona en el razonamiento práctico de cada uno de nosotros” (Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 155).

⁶⁴ Como es bien sabido, la historia comienza con la afirmación de Jules Coleman según la cual la regla de reconocimiento de un sistema jurídico ha de ser entendida como una Actividad Cooperativa Compartida bratmaniana (o ACC; Coleman, J. L., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University

man felizmente acepta que la actividad jurídica *puede* –algunas veces, en algunos círculos, bajo algunos aspectos– consistir en una Actividad Cooperativa Compartida (ACC) o en una Actividad Conjunta Intencional (ACI)⁶⁵. No tengo nada en contra de esta afirmación, por supuesto. Que algunos grupos de funcionarios jurídicos, o de funcionarios-*cum*-ciudadanos, puedan, en algunos casos, verse involucrados en una actividad compartida de tipo bratmaniano (¡o incluso en una ACC!), o que sea posible concebir un sistema jurídico que encaje en este modelo, no es algo que mi argumento excluya. En cambio, considero equivocada la afirmación conceptual u ontológica, es decir, la afirmación según la cual necesariamente, como cuestión de su “naturaleza fundamental”, el derecho, considerado en su totalidad, siempre y en todo lugar, encaja en ese modelo (*i. e.*, consiste en la planificación compartida, en el sentido de Bratman).

De nuevo, al reforzar la relación entre los planes (bratmanianos) y las intenciones (recuérdese que, según Bratman, los planes son intenciones “extendidas” y las intenciones son los ladrillos de los que están contruidos los planes; y esto también es así en la actividad compartida), el recurrir a los “planes” en ámbito de filosofía del derecho se vuelve genérico y poco informativo. No tenemos ninguna razón para suponer que en la “planificación” jurídica, las formas de compromiso que caracterizan a los planes bratmanianos –y a los modelos bratmanianos de actividad y deliberación compartida– tengan algún tipo de espacio. Así, una vez más, nada de lo que Shapiro ha mostrado nos

Press, 2001, dando crédito a Shapiro por la idea básica), y sigue con la afirmación de Shapiro según la cual debería, en cambio, ser entendida (más plausiblemente) como una variación de la Actividad Conjunta Intencional bratmaniana (ACI; Shapiro, S. J., “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, 8 (4), 2002; véase la discusión en Celano, B., “La regola di riconoscimento è una convenzione?” en Redondo, M. C. (eds.), “Il “Postscript” di H. L. A. Hart”, *Ragion pratica*, 21, 2003, pp. 347-360). Ninguna de las dos propuestas funciona, tal como rápidamente reconoció Shapiro. A partir de ello Shapiro ha relajado las exigencias bratmanianas, haciendo espacio a participantes alienados en ACM (véase *infra*).

⁶⁵ Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays, op. cit.*, p. 309; véase también Bratman, M. E., “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, 8, 2002, p. 511, n. 2 y p. 524, n. 13.

asegura que las normas de racionalidad que gobiernan la actividad de planificar se aplicarán también a la “planificación” jurídica⁶⁶.

El modelo de actividad compartida de Bratman (ACC y, genéricamente, ACI), se muestra así inadecuado respecto del funcionamiento de un sistema jurídico, considerado como un todo. Tal como he afirmado algunas líneas más arriba, el mismo Shapiro reconoce y enfatiza este punto. La noción de Agencia Compartida Masiva (en adelante ACM) tiene precisamente la pretensión de lidiar con esta dificultad y, a su vez, de mantenerse dentro de un esquema bratmaniano más amplio. Sin embargo, encuentro que ACM es una noción problemática. En ACM todos los participantes comparten un plan, pero “Yo tengo la intención de que nosotros hagamos J” no es verdadero respecto de cada uno de ellos, mientras que sí lo es en las ACI bratmanianas. Tal como Shapiro moldea estos conceptos, el compartir un plan y el llevar a cabo la actividad compartida no exigen tener la intención de llevar a cabo la actividad compartida⁶⁷. Esto, sin embargo, no resulta compatible con el punto de vista de Bratman: “si planeo hacer algo, tengo la intención de hacerlo”⁶⁸.

⁶⁶ Acerca de “valoraciones compartidas” véase *infra*, n. 80.

⁶⁷ Véase e. g. Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, p. 179: “compartir un plan no exige que los miembros del grupo *deseen* o *pretendan* que el plan sea exitoso” (y véase el ejemplo de Dudley y Stephens, en nn. 11, 12 del cap. 5); *ibidem*, pp. 193-194: “Para que un grupo actúe en conjunto, no es necesario que pretenda tener éxito en la empresa conjunta. Solo necesita compartir un plan”. Lo que explica el *actuar juntos* es el *compartir un plan* (*ibidem*, p. 180; p. 181: “Harry y yo actuamos en conjunto porque compartíamos un plan”; “los planes compartidos son constitutivos de la agencia compartida”; véase también, *ibid*, n. 14, p. 181: “La analogía aquí es con la agencia individual: al igual que la acción individual es un comportamiento individual explicable por el plan individual, la acción compartida es un comportamiento grupal explicable por un plan compartido”). Las condiciones adicionales para la existencia de actividad compartida no son aquí relevantes (“el grupo actúa intencionalmente en conjunto solo cuando todos sus miembros cumplen su parte del plan intencionalmente y la actividad tiene lugar por esta razón”, *ibid*, p. 181; conocimiento común de la existencia del plan, y la disposición a “resuelven sus conflictos de forma pacífica y abierta”, *idem*).

⁶⁸ Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency, op. cit.*, nota 37. La idea central en la construcción de una intención compartida en la socialidad modesta son las “intenciones de cada uno de nosotros a favor de nuestra actividad conjunta” (Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 155).

La actividad compartida es, en el modelo de Bratman, una actividad que se explica mediante una *intención* compartida⁶⁹; correlativamente, las normas que gobiernan la actividad compartida se basan en las normas a las que están sujetas las intenciones individuales⁷⁰.

Así, en ACM, compartir un plan es independiente de tener la intención de que nosotros hagamos J; y esto va en contra del modelo de actividad compartida de Bratman. Podría responderse, por supuesto, lo siguiente: ¿y cuál es el problema?⁷¹ Una vez más, la cuestión es si hablar de planes en este sentido no-bratmaniano es iluminador. ¿Cambia algo respecto del hablar de normas o, por ejemplo, de órdenes respaldadas por amenazas u otros incentivos?

La idea central de Shapiro sigue siendo, al final, la de un pequeño grupo de amigos llevando a cabo conjuntamente una actividad bien delimitada y con una meta bien definida. Este modelo no encaja con la práctica jurídica; o, al menos, no deberíamos decretar que encaja necesariamente, como una cuestión de análisis conceptual o relativa a la “naturaleza fundamental” del derecho. Es cierto, Shapiro es bien

⁶⁹ El constructivismo de Bratman “persigue [...] articular una profunda continuidad – conceptual, metafísica y normativa– entre la agencia de planificación individual y la socialidad modesta” (Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 155). En la n. 12, p. 179, Shapiro observa: “dado que Dudley y Stephens no pretenden actuar en conjunto, no están sujetos a las mismas restricciones de racionalidad que Henry y yo”. El cuadro resultante no parece ser, sin embargo, un caso plausible de agencia compartida. ¿Cómo es posible decir en ese caso que estas personas “comparten un plan”?

⁷⁰ “La teoría persigue, en cambio, generar la normatividad relevante a nivel social, a partir de la normatividad individual ligada primariamente al contenido de las intenciones de cada uno” (Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 161).

⁷¹ Shapiro (Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, cap. 5, nn. 12-13, pp. 179-181) explícitamente discute con Bratman sobre este punto (reforzando el vínculo entre las intenciones de los participantes y el actuar juntos) y sostiene que, para dar cuenta de la actividad conjunta, el requisito de la intención compartida es demasiado “fuerte”. A pesar de lo que a veces parece decir Shapiro, no se trata aquí de un mero conflicto de intuiciones relativas a dónde trazar los límites del concepto de *actuar juntos*, pues ello bien podría ser un mero desacuerdo verbal. En cambio, tal como sostengo en el texto, lo que está en juego aquí es la aplicabilidad misma, a las ACM (y, por lo tanto, al derecho) del concepto de plan de Bratman, y de las propiedades necesarias que se le atribuye.

consciente de esto. Él mismo extiende progresivamente el modelo, relajando las exigentes condiciones bratmanianas acerca de las intenciones compartidas de los participantes, hasta el punto de introducir lo que llama ACM. Pero, creo yo, la extensión no logra llevar a cabo el trabajo necesario, por tres razones.

(1) El modelo de ACM no tiene en cuenta un elemento esencial de las “circunstancias” de la legalidad y de la política, a saber, la existencia de conflictos serios y profundos. ACM da espacio a la posibilidad que existan participantes “alienados”. Y Shapiro reconoce el carácter controvertido de las cuestiones que el derecho está destinado a resolver. Pero, en ese cuadro, no entra el conflicto serio y profundo –que no es ni la mera “alienación”, ni el desacuerdo acerca de cómo resolver juntos una cuestión que todas las partes han identificado del mismo modo–. En términos de teoría de los juegos, Shapiro no toma seriamente en cuenta los dilemas del prisionero, los problemas de *free-rider*, u otros graves problemas que pone la acción colectiva⁷². Shapiro se limita a

⁷² Shapiro de hecho discute la adopción de políticas dirigidas a combatir los *free-riders* en su narración sobre la Isla de los Cocineros, pero tales políticas son concebidas, aquí, como adoptadas conjuntamente por todas las partes interesadas, y como conducentes a la instauración de una economía de mercado. Ciertamente, en esa narración sobre la Isla de los Cocineros, Shapiro también contempla el desacuerdo, la falta de consenso, etc. Pero todos estos factores son concebidos como conducentes a la adopción colectiva y unánime de un plan maestro, compartido en virtud del hecho que todas las partes concuerdan que es necesario resolver conjuntamente cualquier cuestión que resulte decisiva. (“El carácter controvertido de una actividad puede provenir de su complejidad, o del mero hecho de que los miembros del grupo tengan preferencias y valores diferentes. En cualquier caso, es muy importante identificar y resolver de antemano los conflictos potenciales. La función de los planes es resolver las disputas correcta y definitivamente, antes de que se cometan errores y se tornen irreversibles”, Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, p. 175). Bajo este aspecto, la teoría de Shapiro parece albergar una filosofía política normativa de corte contractualista y de vertiente lockeana (“el plan que establece la jerarquía para la isla es un plan compartido”, *ibidem*, p. 211). Es verdad que aquí Shapiro afirma a continuación que “no es necesario que la comunidad acepte el plan compartido para que este tenga lugar”, *ibidem*, p. 212: esta cuestión será analizada más abajo, 6, *sub* (2). El modelo del libre mercado como dispositivo para la solución de conflictos (*La planificación para actividades compartidas de pequeña escala, ibidem*, p. 171 y ss.) es claramente insuficiente –o al menos se necesita un argumento sustantivo (tanto normativo como empírico) para mostrar que no lo es–.

considerar problemas de coordinación y de (un tipo limitado de) batalla de los sexos⁷³.

(2) El modelo de Bratman da cuenta de casos en los que realizamos una actividad perfectamente delimitada, persiguiendo un fin bien definido. En esos casos, cada uno de nosotros tiene la intención de que nosotros hagamos J. ¿En qué consiste J cuando se trata del derecho, entendido como una ACM? No existe, en el caso de las prácticas jurídicas consideradas como un todo, una actividad bien delimitada (que pueda ser especificada de un modo no vacío)⁷⁴, o, al menos, no deberíamos decretar que necesariamente existe una, como una cuestión del verdadero concepto de *derecho*, o de la “naturaleza fundamental” del derecho⁷⁵.

(3) La noción de ACM es ella misma, como hemos visto, problemática. Si los participantes no poseen, cada uno de ellos, la intención “que nosotros hagamos J”, entonces no hay intención compartida, ni actividad compartida (en el sentido de Bratman). Y tampoco hay un plan compartido *à la* Bratman (recuérdese que cada vez que planificamos, tenemos una intención). Puede ser que haya aquí “planes” en algún sentido genérico diferente. Pero nada particularmente informativo se seguiría de ello. Puesto que todo lo que Shapiro nos ha mostrado es que en ACM –y, por lo tanto, en el derecho–, las órdenes, respaldadas por amenazas y otros tipos de prescripciones basadas en incentivos desempeñan un papel central.

Esta es la razón por la que, creo yo, el enfoque que Shapiro ofrece de la agencia compartida no logra, al final, despegarse del punto de partida. Es decir, no logra ir más allá de la interacción entre un número reducido de individuos que llevan a cabo una actividad bien delimitada

⁷³ Se trata quizás de un rasgo que el enfoque de Shapiro comparte con la teoría de Waldron (véase Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, cap. 6, nota 11, p. 217). Véase: Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 y, sobre este punto, Gaus, G. F., “The Legal Coordination Game”, *American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 1, 2002, Benditt, T. M., “Acting in Concert or Going It Alone: Game Theory and the Law”, *Law and Philosophy*, 23 (6), 2004.

⁷⁴ Por “especificación vacía” entiendo por ejemplo una especificación como “el mantenimiento del sistema jurídico”, o “involucrarse en la práctica del derecho”, y otras de este tipo.

⁷⁵ Véase Celano, B., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *op. cit.*

con una meta bien definida. La extensión que Shapiro lleva a cabo se revela problemática, diluye el punto de partida (*i. e.*, el análisis de Bratman) y resulta inadecuada para llevar a cabo la tarea encomendada (explicar qué es el derecho). Dejando las complicaciones de lado, lo que todavía resulta confuso es, básicamente, la asunción según la cual el derecho debe ser entendido a partir del modelo del *autogobierno* (esté *auto* por “yo” o por “nosotros”); y que la autoridad del derecho deba ser entendida sobre la base de la autoridad que cada agente, o grupo de agentes, posee para crear y adoptar planes para ellos mismos⁷⁶. Pero abandonar esta asunción llevaría, de hecho, a abandonar la noción de plan para explicar la “naturaleza fundamental” del derecho.

VI. Complicaciones adicionales

(1) *Planificar en contextos institucionales.* En la sección anterior he avanzado algunas objeciones contra el uso que Shapiro hace de las tesis que Bratman ofrece sobre la agencia compartida. Se me replicará que mis objeciones, por un lado, no toman en cuenta ciertos rasgos importantes del derecho, en virtud de los cuales es bastante natural que los modelos de Bratman de ACI y de intención compartida no sean aplicables directamente a la práctica jurídica. Y, por otro lado, que tales objeciones no advierten, y están en conflicto con, el hecho de que Shapiro mismo reconoce la cuestión e introduce modificaciones a las tesis de Bratman

⁷⁶ Nótese que, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, mi objeción no se ve contradicha por el modo en que Bratman trata, en el caso de la intención compartida, la violación patente de la “condición relativa a la *determinación*” que se aplica a las intenciones (las intenciones pueden razonablemente referirse únicamente a aquello que consideramos podemos determinar por nosotros mismos; Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, p. 149 y ss.). Es cierto, cuando cada uno de nosotros tiene la intención de que hagamos J, vamos más allá de la autoridad que poseen los planificadores para planificar para sí mismos. La intención compartida es, sin embargo, un sistema de intenciones entrelazadas e interdependientes. Cuando cada uno de nosotros tiene la intención de que hagamos J, la “condición relativa a la *determinación*” no resulta necesariamente violada porque yo puedo predecir cuál será tu intención (*ibidem*, p. 157). Esto no encuentra paralelismo en el derecho.

—específicamente, introduce la noción de ACM con el propósito de dar debida consideración a tales rasgos—. Los rasgos relevantes son la jerarquía, las relaciones de autoridad, y el carácter institucional del derecho.

Efectivamente, es cierto que Bratman en repetidas oportunidades⁷⁷ enfatiza que su enfoque de la actividad compartida y de la intención compartida hace abstracción de “las estructuras institucionales y de las relaciones de autoridad”. Sus investigaciones se limitan a lo que ahora llama socialidad “modesta” (“agencia compartida intencional de pequeña escala en las que están ausentes relaciones asimétricas de autoridad”⁷⁸). Esto deja deliberadamente lugar para desarrollos en la dirección de las instituciones y la autoridad⁷⁹. Y, por otro lado, es cierto que gran parte del esfuerzo de Shapiro está dedicado precisamente a esa tarea.

En ausencia de un tratamiento explícito y sustancial de estas cuestiones por parte de Bratman, no nos queda más que imaginar qué forma habría dado Bratman a sus ideas, con relación a la actividad compartida en contextos institucionales (*i. e.*, donde están en pie “estructuras institucionales y relaciones de autoridad”)⁸⁰. Esto claramente no es un argumento. En defensa de mis objeciones puedo solo decir que no creo que los agregados propuestos por Shapiro vayan en la dirección correcta, precisamente por las razones indicadas en la sección precedente (véase también *infra*, en esta sección, *sub* [2]). En la teoría de Shapiro, las tesis relevantes (normas jurídicas como planes, la actividad legal como actividad de planificación) son defendidas al

⁷⁷ Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, p. 94 y 142; Bratman, M. E., “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *op. cit.*, p. 512; Bratman, M. E., “Dynamics of Sociality”, *op. cit.*; Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸ Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁹ “Reflexionar acerca de la estructura subyacente a la socialidad modesta puede también ayudarnos a pensar casos de mayor escala, tales como el derecho y/o la democracia” (Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 150).

⁸⁰ La discusión que Bratman ofrece de las “valoraciones compartidas” (Bratman, M. E., “Dynamics of Sociality”, *op. cit.*; Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, *op. cit.*, cap. 13) parece ser el primer paso en esta dirección (véase especialmente su análisis de la adopción, en un departamento universitario, de una política relativa a la admisión de estudiantes, y su relación con las actitudes de cada miembro individual). En mi

precio de diluir demasiado las nociones de plan y de planificación, hasta el punto tal de hacerlas poco informativas⁸¹.

(2) *Aceptación*. Al sostener que las normas jurídicas son planes, y que la actividad legal es actividad compartida, Shapiro asume en general que aquellos para quienes se adoptan los planes, ya sean los miembros del Club de la Cocina, las personas trabajando en la compañía Club de la Cocina, los habitantes de la Isla de los Cocineros, los residentes en el Del Boca Vista, o las personas involucradas en el funcionamiento

opinión, en tanto y en cuanto las valoraciones compartidas conlleven también una forma de *compromiso* por parte de las personas involucradas –compromiso respecto de una cierta política de deliberación (véase esp. Bratman, M. E., “Dynamics of Sociality”, *op. cit.*, p. 3)– las valoraciones compartidas serán un fenómeno completamente diferente del que podría presentar cualquier explicación plausible del concepto, o de la “naturaleza fundamental” del derecho. (Deberíamos, creo, resistir a la tentación de considerar al derecho como una parte esencial del “paquete cerrado” en el que consiste nuestra socialidad, *ibidem*, p. 4; de otro modo se asumirían demasiadas cosas que deberían ser en realidad probadas). Así, las normas de racionalidad involucradas en las valoraciones compartidas –las exigencias racionales a las que están sujetas– no se aplican, *eo ipso*, a la “planificación” legal (si bien normas diferentes, que constituyen la “racionalidad interna del prescribir” pueden ser aplicables –véase *supra*, n. 45–; y pueden existir profundas afinidades entre las primeras y estas últimas).

⁸¹ Planificar “en contextos institucionales” se diferencia, sostiene Shapiro, de la planificación “individual”, al menos bajo un aspecto crucial: “En contextos institucionales [...] es posible crear un plan aunque quien lo adopta no haya intentado crear una norma”; en el caso de la planificación individual, por el contrario, “el proceso es la actividad psicológica de formarse intenciones” (Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 170). Pero entonces, ¿por qué hablar de “planes” cuando nos referimos al derecho? A menos que la noción relevante de plan sea la noción débil introducida más arriba (n. 52), yo no veo que quede espacio aquí para los planes y las exigencias que los acompañan. No resulta ya correcto decir que “comprender el derecho implica comprender nuestra especial psicología y las normas de racionalidad que regulan su correcto funcionamiento” (*ibid.*, p. 161; esta era, recuérdese, una de las tesis fundamentales de la teoría del derecho como plan). Además, aun cuando sea cierto que, en contextos institucionales, a diferencia de la planificación personal, “es posible crear un plan aunque quien lo adopta no haya intentado crear una norma” (*ibidem*, p. 170), resulta de todos modos oscuro de qué modo esto tiene lugar. (Las teorías del derecho de Kelsen y Olivecrona también enfrentan esta dificultad; por ejemplo, cuando se refieren a las normas jurídicas como “órdenes despsicologizadas”, o como “órdenes impersonales y anónimas”, véase Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, pp. 35-36.) Un esbozo de explicación puede encontrarse en Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 263: “La introducción de la normatividad

de un sistema jurídico, *aceptan* los planes que los otros hacen y adoptan para ellos (nótese que ello también es cierto con relación a ACM)⁸². Esto, por supuesto, evitaría la mayoría de mis objeciones. Si *asumimos* que todos los individuos involucrados aceptan los planes relevantes, y

institucional es un avance revolucionario en la planificación social. Es posible adoptar planes sin que los planificadores pretendan en realidad que la comunidad actúe de conformidad. En consecuencia, la comunidad no necesita preocuparse por si los planificadores tuvieron estas intenciones. Pueden saber que tienen la obligación jurídica simplemente porque los planificadores siguieron los procedimientos correctos. Por supuesto, la institucionalización del derecho está en última instancia basada en las intenciones. *Las reglas son jurídicamente válidas porque fueron creadas de conformidad con una regla que la mayoría de los funcionarios aceptan* [las cursivas son mías]. Si los funcionarios dejasen de aceptar el plan, entonces los planes creados de acuerdo con él también dejarían de ser jurídicamente válidos”. Esto parecería instaurar una continuidad entre la psicología de la planificación individual y la planificación institucional. Una continuidad que parecería rescatar la tesis según la cual la comprensión de la segunda implica la comprensión de la primera, pero esta conexión me resulta de todos modos misteriosa. Respecto de esta cuestión, como también de otros puntos cruciales del argumento de Shapiro, todo el trabajo explicativo y justificatorio necesario es llevado a cabo, de hecho, por una implícita teoría de la legitimidad, basada en la aceptación (véase *infra*, en esta sección, *sub* [2]). Y, ¿estamos asumiendo que los funcionarios, todos ellos, poseen las *intenciones* relevantes? (Recuérdese que supuestamente la actividad legal es una ACM; v. *supra*, § 5).

⁸² Véase, por ejemplo, Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, pp. 193-194: “Para que un grupo actúe en conjunto, no es necesario que pretenda tener éxito en la empresa conjunta. Solo necesita compartir un plan. Ese plan, a su vez, puede ser desarrollado por quien pretende el éxito de la actividad conjunta. En la medida en que los participantes acepten el plan, cumplan intencionalmente con su parte y resuelvan sus problemas pacífica y abiertamente, y todo esto sea de conocimiento común, están actuando en conjunto de manera intencional”. Parte del material relevante ha sido citado más arriba, en la n. 39. Véase también *ibidem*, p. 230 y la sección del capítulo 6, “La racionalidad interna del derecho”. Aquí, las normas de la racionalidad instrumental (“las normas distintivas de la racionalidad que asisten a la actividad de planificar”, *ibid.*, p. 231: consistencia, coherencia, la no reconsideración del plan en ausencia de razones perentorias) se aplican solo a quienes acepten las normas jurídicas fundamentales (*i. e.*, el plan maestro). Es decir, se aplican solo a los funcionarios y a los “buenos” ciudadanos. (Las normas relevantes de racionalidad gobiernan la actividad de planificación; así, se aplican únicamente a quienes están comprometidos con el plan). Los *bad men* no están sujetos a sus exigencias. (“La racionalidad interna del derecho es un conjunto acotado de restricciones, porque las normas de la planificación solo se aplican a quienes aceptan planes. Por lo tanto, el hombre malo no puede ser criticado racionalmente por no obedecer a las autoridades jurídicas en tanto no acepta el derecho”, *ibidem*, p. 231).

los hacen propios tal como si los hubieran diseñado y adoptados ellos mismos, entonces hablar de autoridad de los planificadores se vuelve ciertamente apropiado. O, en todo caso, se hace verdadero por hipótesis que la actividad bajo análisis es una actividad compartida. Pero este modo de formular las tesis en cuestión (que las normas jurídicas son planes, que la actividad legal es actividad de planificación, y que las normas jurídicas poseen, en cuanto tales, fuerza vinculante, no basada en su legitimidad moral) las hace trivialmente verdaderas y las priva de todo poder informativo o explicativo relevante. Esta estrategia –asumir que todas las partes involucradas aceptan los planes relevantes– no arroja ninguna luz en situaciones menos irónicas. Primero, en el caso del derecho la asunción es problemática. No deberíamos hacer una cuestión de necesidad conceptual, o de la “naturaleza fundamental” del derecho, que todas las personas sujetas a las normas jurídicas las aceptan⁸³. Y, segundo, el trabajo teórico necesario es llevado a cabo aquí por una teoría del consenso implícita. Se trata de una teoría normativa, sustancial (si bien no necesariamente moral) de la legitimación mediante aceptación⁸⁴. En pocas palabras, si asumimos que los indivi-

⁸³ Quizás las tesis de Shapiro (las normas jurídicas son planes, etc.) se refieren solo a los funcionarios, y no pretenden incluir todos los individuos involucrados en el funcionamiento del sistema jurídico. (Me resulta difícil determinar si, en el texto de Shapiro, “participantes” en un sistema jurídico comprende solo a los funcionarios, o a todos los miembros del grupo social relevante). Pero, incluso si adoptamos esta lectura (que no encaja del todo bien con muchas de las cosas que escribe Shapiro, véase, por ejemplo, *ibidem*, p. 215), resulta igualmente dudosa la tesis según la cual la actividad legal es actividad de planificación compartida, en tanto descansa en la asunción de que todas las partes involucradas aceptan el plan relevante. Si asumimos que (siempre y en todo lugar) es cierto que todos los funcionarios aceptan los “planes” legales –concibiendo a los funcionarios como un grupo unificado, en el que todos están de acuerdo en aceptar los “planes” legales–, y consideramos esta asunción como una base suficiente para concluir que la actividad legal es actividad compartida; entonces esta última conclusión resulta, desde mi punto de vista, poco informativa.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, p. 193: “Como hemos visto, respondemos al desafío de dirigir a un grupo numeroso de individuos sin experiencia ni motivación exigiéndoles que nos cedan en gran medida la potestad de planificar. Al aceptar el plan compartido, no solo asumen ciertas funciones, sino que transfieren su potestad de adoptar y aplicar planes cuando ellos entran en conflicto con los planes de los supervisores”. La “Transferencia de potestad de planificar” a través de la aceptación,

duos relevantes se someten o se comprometen ellos mismos a cumplir con el derecho, entonces no debería sorprendernos verificar que se encuentran sometidos o comprometidos⁸⁵.

o el consentimiento, posee claramente aroma contractualista. ¿Las tesis de Shapiro (normas jurídicas como planes, actividad legal como actividad compartida) descansan entonces en premisas normativas implícitas, de corte contractualista o cuasicontractualista? Algunos fragmentos de una teoría sustantiva y normativa de la legitimidad pueden recabarse en el texto de Shapiro. Considérese por ejemplo el principio siguiente (*ibidem*, p. 186): “el hecho de que alguien adopte un plan para que otros lo sigan no significa que, desde el punto de vista moral, ellos *deban* obedecer. El plan puede ser insensato o malvado, por tanto, salvo que haya costes sustanciales asociados al incumplimiento, los sujetos deberían moralmente abstenerse de llevarlos adelante. Sin embargo, si el sujeto ha aceptado el plan compartido que establece la jerarquía, entonces, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, está obligado a prestar atención al plan. Si alguien accediese a la planificación de otra persona y luego ignorase una orden dirigida a él, estaría actuando de manera inconsistente con su propio plan [las cursivas son mías]. Su desobediencia estaría en conflicto frontal con su intención de deferir”.

⁸⁵ A veces, sin embargo, Shapiro argumenta de manera diferente. En la Isla de los Coniceros, “el plan que establece la jerarquía para la isla es un plan compartido” (Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 211). Shapiro continúa diciendo (*ibidem*, pp. 211-212): “Adviértase también que, como el plan compartido fue diseñado para unos pocos planificadores sociales, son ellos quienes comparten el plan, no los isleños en conjunto. Esto significa que no es necesario que la comunidad acepte el plan compartido para que este *tenga lugar* [las cursivas son mías] –aunque, de hecho, nosotros aprobamos el plan–. Al considerar que los planificadores sociales tienen legitimidad moral, nuestro plan es permitir que quienes adoptan y aplican planes lo hagan para nosotros. Por esta razón, consideramos que el plan compartido es el ‘plan maestro’ para nuestro grupo”. (Véase también *ibid.*, p. 194, sobre ACM, *ibidem*, p. 224, y *supra*, sobre el *bad man*, n. 82). Por supuesto, esto no encaja bien con los comentarios que he hecho aquí. Pero tampoco logro ver cómo ello encaja con los argumentos de Shapiro. No me resulta del todo claro qué es lo que significa el “*tenga lugar*” escrito en cursivas. Específicamente, ¿los habitantes que no han aceptado el plan se encuentran de todos modos sujetos a la presión de las normas de racionalidad instrumental que se aplican a los planificadores? Si la respuesta es no, entonces, ¿en qué sentido las normas jurídicas son planes compartidos? ¿En qué sentido la actividad legal es actividad de planificación? (Recuérdese la “tesis de la planificación”, *ibidem*, pp. 200-201: “las instituciones jurídicas planifican para las comunidades sobre las que pretenden tener autoridad, tanto diciendo a sus miembros que pueden, o no pueden, hacer, como identificando quiénes tienen derecho a afectar lo que otros pueden o no hacer. Siguiendo esta idea, las reglas jurídicas son ellas mismas planes generalizados, o normas similares a los planes, emitidas por quienes están autorizados a planificar para otros. Y la decisión judicial supone la aplicación de estos planes, o normas similares a los planes, a quienes les son aplicables”). Y no logro ver cómo la respuesta pueda ser, en algún sentido plausible,

(3) *Coerción*. Bratman⁸⁶ sostiene que puede haber intención compartida y ACI (si bien no una ACC) incluso en presencia de coerción o de “fuerte negociación”. Estas son buenas noticias para la teoría del derecho como plan. Parece que ahora es posible liberar a la tesis según la cual las normas jurídicas son planes, y la actividad legal es actividad compartida, de la sospecha de descansar en una mirada irénica de las actitudes de los funcionarios o de los sujetos jurídicos en general. Por supuesto, la actividad legal se apoya en la aceptación del derecho por parte de todos los involucrados (véase *supra*, en esta sección, *sub* [2]), pero esto no debería preocuparnos, puesto que también la aceptación bajo *coerción* sería suficiente. Y, se dirá, cada vez que un sistema jurídico existe –cada vez que no está teniendo lugar una revolución o una guerra civil– existirá al menos aceptación bajo *coerción*.

Shapiro efectivamente explota esta línea argumentativa. En ACM y, por lo tanto, en la actividad legal, la aceptación de la jerarquía, y la “transferencia de poder de planificación” a los superiores que ella conlleva (y que supuestamente funda la aplicación de las normas relevantes de racionalidad instrumental a aquellos para quienes se adoptan los planes; véase *supra*, en esta sección, *sub* [2]) puede ser el resultado de la coerción⁸⁷.

sí. Una vez más (*supra*, § 3), ¿por qué diantres el plan que tú creaste o adoptaste para mí debería *eo ipso* ponerme bajo una “presión racional para actuar en consecuencia” (*ibidem*, p. 169)?

⁸⁶ Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, *op. cit.*, pp. 101-102, 122, 132; Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁷ “Tampoco debería pasarse por alto que los individuos podrían aceptar una función subordinada en una actividad compartida porque carecen de otras alternativas viables. Podrían necesitar el dinero desesperadamente o temer el sufrimiento de un daño si no lo hacen. Incluso en casos de coerción económica o física, una vez que los individuos forman la intención de otorgar a las directivas de sus superiores más peso que a los propios planes, han transformado su situación normativa y están racionalmente –no moralmente– comprometidos a seguirlas a menos que aparezcan de repente nuevas razones que los fueren a reconsiderar” (Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 187). Véase también *ibidem*, pp. 227-228. Si los miembros de la comunidad no están dispuestos a observar los planes legales (téngase en cuenta que la existencia de esa disposición es, en la teoría de Shapiro, una condición necesaria para la existencia de un plan)

Confieso que no poseo un verdadero argumento contra esta estrategia. Me parece simplemente demasiado fácil conservar la actividad compartida al precio de diluir las nociones de agencia compartida y de planificación. De nuevo, si *asumimos* que, siempre y en todo lugar, hay aceptación y que, por lo tanto, los “planes” adoptados para otros son sus propios planes (de manera tal que las normas relevantes son aplicables a ellos), la teoría de los planes será trivialmente verdadera, y no poseerá ningún poder informativo o explicativo significativo.

(4) *Alternativas a un fundamento pragmático de la planificación*. Como hemos visto, la teoría de los planes debe mucho a la tesis de Bratman según la cual la planificación posee un fundamento pragmático. Los planes son instrumentos multiuso, de manera análoga a los bienes primarios de Rawls. La tesis que los planes –y, por lo tanto, el derecho– están sujetos al gobierno de normas de racionalidad instrumental puede, en última instancia, ser rastreada hasta esta idea fundamental.

En escritos recientes, Bratman ha desarrollado, junto a una justificación instrumental de la planificación, un fundamento ulterior, diferente, que tiene que ver con nuestra búsqueda de autogobierno y autonomía⁸⁸ (*i. e.*, con las “conexiones entre la planificación y el autogobierno”⁸⁹).

¿Se aplica esto a la “planificación” legal? No, creo yo; a menos que, una vez más, entendamos que la autoridad del derecho es análoga

“las autoridades jurídicas pueden disponerlos a cumplir mediante distintas formas de intimidación” (este punto se repite en pp. 227 y 252-253).

⁸⁸ Al igual que con el papel de la planificación en aquellas formas de socialidad a las que atribuimos gran importancia (sobre esto, véase *supra*, § 5, y en esta sección, *sub* ([1]). Véase, por ejemplo, Bratman, M. E., “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, *op. cit.*, p. 36, y n. 74 (“las estructuras de planificación intertemporal e interpersonal son, en parte, constitutivas de [...] formas de integridad intertemporal y de formas de autogobierno y socialidad intertemporales que consideramos altamente valiosos”); Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *op. cit.*, p. 412, esp. n. 2 (“para agentes planificadores como nosotros, nuestra razón para cumplir con las normas de la racionalidad práctica deriva en parte de nuestra razón para gobernar nuestras propias vidas”), cap. 5, nn. 7-13, p. 176-180; cap. 8, nn. 35-44, p. 312-315; cap. 11, nn. 8-25, pp. 381-385. Shapiro hace una referencia indirecta a estos desarrollos en la n. 4 del cap. 5.

⁸⁹ Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *op. cit.*, p. 412.

o idéntica a (*i. e.*, un caso particular de) la autoridad que un agente posee sobre sus propias acciones y deliberación (esto es, a menos que concibamos, una vez más, a la totalidad de los agentes jurídicos, o de funcionarios, como un cuerpo unificado que persigue una meta bien definida y converge en la aceptación de los “planes” legales; véase *supra*, en esta sección, *sub* [2]). Lo que me deja perplejo, en estas afirmaciones recientes de Bratman acerca de las razones que los humanos poseen para planificar, es que se apoyan en las capacidades que los planes, y las intenciones, proveen a los agentes para el auto-gobierno. Y esto, como he sostenido (*supra*, § 3) es precisamente lo que impide cualquier analogía plausible con la “planificación” legal⁹⁰.

(5) *La fuerza excluyente de los planes (algunas observaciones poco concluyentes)*. La adopción de un plan es un modo para definir un curso de acción. Los planes, las intenciones y, en general, las actitudes similares a planes no entran en el balance de razones a favor o en contra de un

⁹⁰ Parte de la justificación más reciente y compleja de la agencia planificadora, ofrecida por Bratman, según la cual es constitutiva de formas de integridad y auto-gobierno, se relaciona explícita y directamente con la autoridad que los planificadores poseen sobre sus propias acciones y deliberaciones (específicamente, con las actitudes que poseen autoridad agencial; véase, por ejemplo, Bratman, M. E., “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, *op. cit.*, p. 38: “esta cuestión [qué significa que un pensamiento o una actitud habla por el agente, que significa que posee autoridad agencial] está implícita en varias de las razones relativas a la agencia planificadora que he esbozado. He asumido que nuestra respuesta a la pregunta ¿por qué ser un agente planificador? apelará a estructuras relativas a la integridad intertemporal y a la autonomía. Y, en ambos casos, estas estructuras involucran la guía mediante actitudes básicas que hablan por el agente, que poseen autoridad agencial. He también asumido que nuestra respuesta a la pregunta ¿por qué ser un agente planificador? apelará al papel de la agencia planificadora en la agencia efectiva en general – efectiva en el sentido de defender los valores, intereses, metas y propósitos que constituyen el punto de vista práctico del agente. Y la pregunta, ¿qué es lo que constituye el punto de vista práctico del agente?, es una cuestión relativa a la autoridad agencial”). Es interesante notar que aquí, la línea argumentativa de Bratman va de las condiciones para el autogobierno y la autoridad agencial a la relevancia de la planificación. No se trata únicamente de que la planificación presupone la autoridad de los planificadores (tal como he asumido hasta ahora, *supra* §§ 2-3). También, al revés, es nuestro interés en la autoridad agencial que nos conduce a (*i. e.*, justifica) la planificación. (Véase también *ibidem*, p. 39). Esto, creo, refuerza la conexión entre la planificación y la autoridad sobre la que me he apoyado desde el principio y que, he sostenido, no se verifica en el caso de la “planificación” legal.

determinado curso de acción (esto sería tanto demasiado débil como demasiado fuerte, y produciría una circularidad inadmisibles). Por el contrario, proveen lo que Bratman llama “esquema de razones” y dan lugar a problemas relativos a los medios, los pasos preliminares, la elección de opciones relevantes, el descarte de opciones inconsistentes⁹¹. Los planes, dice Shapiro, “han de excluir”, y pretenden ofrecer razones para excluir⁹², la deliberación sobre el balance de razones y estructuran la deliberación sucesiva acerca de cómo llevarlos a cabo. Y esto también es así en la teoría del derecho como plan, puesto que las normas jurídicas son planes⁹³.

Todo esto parece acercarse bastante a la idea de que los planes, y las normas en general, son (si válidos) razones excluyentes⁹⁴. Los planes bratmanianos, sin embargo, no son razones excluyentes (o protegidas) *à la Raz*⁹⁵. Y esto es así bajo al menos dos aspectos: (a) las normas que determinan la razonable estabilidad de los planes dan de todos modos espacio a la posibilidad de reconsideración, mientras que las razones excluyentes no lo hacen. (b) El modo en que las intenciones, los planes y demás estructuran el razonamiento práctico –es decir, como esquema de razones– es diferente al modo en que lo hacen las razones excluyentes. Sería interesante investigar estas diferencias.

⁹¹ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*

⁹² Shapiro, S. J., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 169-171.

⁹³ Véase, por ejemplo, p. 252 (“las instituciones jurídicas no se encargan de hacer recomendaciones o peticiones. No presentan sus reglas como un factor más que los sujetos habrían de considerar al decidir qué deberían hacer. Más bien, su tarea es *resolver* las cuestiones normativas en su favor y reivindican el derecho de exigir el cumplimiento. Por esta razón, la deliberación o la negociación con los funcionarios respecto de si corresponde la obediencia normalmente expresa una profunda falta de respeto hacia ellos y la autoridad del derecho. Más allá de que los cinturones de seguridad sean una buena idea, se exige a los pasajeros que los utilicen – después de todo, es el derecho”); *ibidem*, p. 337 (“Las normas guían la conducta del mismo modo en que lo hacen los planes, a saber, suprimiendo la deliberación y orientando al sujeto a actuar de acuerdo con el plan”).

⁹⁴ Raz, J., *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975; Raz, J., “Reasons for Action, Decisions, and Norms” (1975), en Raz, J. (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

⁹⁵ Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 178 y 180; Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, *op. cit.*, p. 290.

Según Shapiro, las normas jurídicas, al igual que los planes –los planes ordinarios, de cada día– son derrotables. Un rasgo peculiar de las normas jurídicas, en comparación con los planes de todos los días, es, sin embargo, que el derecho en sí mismo especifica las condiciones bajo las cuales han de revisarse las normas jurídicas o ha de bloquearse su aplicación⁹⁶. Las normas jurídicas especifican sus propias condiciones de derrotabilidad⁹⁷.

Ahora bien, las normas jurídicas son, según Shapiro, planes, o normas similares a planes. Pero, podríamos preguntar, ¿pueden los planes especificar de manera no vacía las condiciones de su propia revisión o abandono? La pregunta tiene dos caras. (a) ¿Es conceptualmente posible que una norma especifique anticipadamente, en términos no vacíos ni triviales (*e. g.*, “a menos que haya razones perentorias en contrario”), sus propias condiciones de derrotabilidad? (b) ¿Pueden los planes (en el sentido estricto de Bratman) especificar anticipadamente las condiciones bajo las cuales han de ser revisados o abandonados?

En otro lugar⁹⁸ he argumentado que tratar las normas como algo que puede especificar anticipadamente, de manera no vacía ni trivial, sus propias condiciones de derrotabilidad es –dejando de lado contextos especiales– eminentemente irrazonable. (Por supuesto, esto no es un argumento). La última pregunta puede, también, poseer aquí consecuencias significativas. Puesto que, si descubriéramos que un plan, propiamente dicho, no puede, en cuanto tal, satisfacer esta condición, y

⁹⁶ Véase Shapiro, S. J., *Legalidad, op. cit.*, pp. 252-253 (“Que el derecho haya de resolver, y pretenda resolver, cuestiones normativas no debe interpretarse como que el derecho exige que sus prescripciones sean obedecidas *pase lo que pase*. Como todos los planes, las leyes son típicamente derrotables. Cuando existen razones de peso, el derecho nos permitirá en general reconsiderar sus prescripciones y deliberar sobre los méritos. La cuestión es que el derecho pretende la prerrogativa de determinar las condiciones de su propia derrotabilidad. Intenta determinar cuándo los problemas que ha solucionado se vuelven inestables”); *ibidem*, p. 368 (“el derecho [...] regula el modo de su propia derrotabilidad: identifica las clases de razones que suspenden las exigencias jurídicas”).

⁹⁷ Hablar de una única norma que hace ese trabajo, o de normas adicionales que especifican las condiciones de derrotabilidad de cierta norma, no produce ninguna diferencia relevante, creo.

⁹⁸ Celano, B., *True Exceptions: Defeasibility and Particularism, op. cit.*

concediéramos a Shapiro que una norma jurídica sí la satisface, la tesis de Shapiro según la cual las normas jurídicas son planes, o similares a los planes, se encontraría desafiada. Shapiro no podría consistentemente afirmar al mismo tiempo que las normas jurídicas son planes, o similares a los planes, y que especifican sus propias condiciones de derrotabilidad. Y, en mi opinión, la idea de que los planes pueden, de manera no vacía, especificar anticipadamente sus propias condiciones de derrotabilidad es bastante ajena a la teoría de Bratman. (Si bien esto tampoco es un argumento).

VII. Conclusión

Quizás Shapiro vería todo esto como la consecuencia de una serie de incomprensiones. Quizás Shapiro quería solamente afirmar que las normas jurídicas son típicamente “parcial[es], compuesta[s] y anidada[s]”, y que usualmente son “creada[s] por un [...] proceso, [...] incremental, intencional y que dispone a los destinatarios a cumplir con las normas creadas”⁹⁹, y rechazaría toda analogía impropia entre la planificación en primera persona y la planificación para otros. Si ello es así, entonces no estamos en desacuerdo. Lo que antecede debería entonces ser entendido como previniéndonos sobre ciertas implicaciones potencialmente engañosas de algunos pasajes cruciales del libro de Shapiro. De todos modos, agregaría que si se descarta la analogía, entonces hablar de normas jurídicas como planes resulta poco informativo. La fuerza principal de la teoría de los planes de Bratman reside en su capacidad para arrojar luz sobre la autoridad que los agentes planificadores (agentes individuales o grupos de ellos) pueden tener sobre ellos mismos, sobre sus acciones y sobre su deliberación. Y es precisamente llegados a este punto que nos vemos compelidos a reconocer, creo yo, que hablar de planes no tiene mucho para ofrecer a la teoría del derecho.

Bibliografía

- Benditt, T. M., “Acting in Concert or Going It Alone: Game Theory and the Law”, *Law and Philosophy*, 23 (6), 2004, pp. 615-630.
- Bratman, M. E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.
- Bratman, M. E., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Bratman, M. E., “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, 8, 2002, pp. 511-517.
- Bratman, M. E., “Dynamics of Sociality”, *Midwest Studies in Philosophy*, 30, 1, 2006, pp. 1-15.
- Bratman, M. E., *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Bratman, M. E., “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *Ethics*, 119, 2009, pp. 411-443.
- Bratman, M. E., “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *Philosophical Studies*, 144, 2009, pp. 149-165.
- Bratman, M. E., “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 29-62.
- Celano, B., *Dover essere e intenzionalità. Una critica all’ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Celano, B., “Validity as Disquotation”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 35-77.
- Celano, B., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, en Redondo, M. C. (ed.), “Il “Postscript” di H. L. A. Hart”, *Ragion pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.
- Celano, B., “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en Ferrer Beltrán, J. y Ratti, G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 268-287.

- Coleman, J. L., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Gaus, G. F., "The Legal Coordination Game", *American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 1, 2002, pp. 122-128.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.
- Raz, J., "Reasons for Action, Decisions, and Norms" (1975), in Raz, J. (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- Shapiro, S. J., "Law, Plans, and Practical Reason", *Legal Theory*, 8 (4), 2002, pp. 387-441.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso*

*A Look from the Point of View of Analytical Realism: Old
Metaphysics, Ruling Platitudes and Suspicious Legal Positivism*

Pierluigi Chiassoni**

*“The (pseudo) statements of metaphysics do not serve for
the description of state of affairs [...] They serve for the
expression of the general attitude of a person towards life”.*

Rudolf Carnap¹

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 20/12/2018

Resumen: El escrito busca proporcionar un análisis crítico, desde el punto de vista de un positivismo jurídico analítico y realista, de la filosofía y metafilosofía del derecho defendidas por Scott Shapiro en su libro *Legalidad*. Contiene cuatro partes. La primera parte ofrece una

* Traducción de Alejandro Calzetta, revisada por revista *Discusiones*.

** Profesor de Filosofía del derecho, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Tarello Institute for Legal Philosophy, Università degli Studi di Génova. E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it. Versión ampliamente revisitada de Chiassoni, P., “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism”, en Canale, D., Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Dordrecht - Heidelberg - New York - London, Springer, 2013, pp. 153-168.

¹ Carnap, R., “The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language”, trad. de A. Pap (www.ditext.com/carnap/elimination.html) del artículo original “Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache”, *Erkenntnis*, Vol. II, 1932.

crítica de la ambición del libro de ofrecer una teoría “metafísica” que descubre “verdades filosóficas” acerca de “la naturaleza fundamental del derecho”. La segunda parte contiene una crítica del uso que Shapiro hace de las “verdades obvias” al construir su teoría. La tercera parte considera críticamente, en dos pasos, la concepción del positivismo jurídico de Shapiro. La cuarta, y última, parte, pone en tela de juicio la solución que Shapiro ofrece para la “paradoja de la autoridad”.

Palabras clave: filosofía del derecho, teoría analítica del derecho, metodología filosófica, positivismo jurídico, autoridad.

Abstract: The paper purports to provide a critical analysis of Scott Shapiro’s philosophy and meta-philosophy of law as set forth in his book *Legalidad*, from the standpoint of a realistic and analytical legal positivism. It articulates into four parts. The first part contains a critique of Shapiro’s “metaphysical” ambition of discovering “philosophical truths” concerning the “fundamental nature of law”. The second part sets out a critique of the role Shapiro ascribes to truisms in the working out of his legal theory. The third, two-pronged, part concerns Shapiro’s conception of a positivist theory of law. The fourth, and final, part provides a critical analysis of Shapiro’s solution to the “Possibility Puzzle”.

Keywords: philosophy of law, analytical jurisprudence, philosophical methodology, legal positivism, authority.

I. *Legalidad* en tela de juicio

En *Legalidad*, Scott Shapiro confirma ser un filósofo del derecho muy bien preparado, prudente e imaginativo, además de sofisticado².

Nos señala que su trabajo se sitúa en el marco de la “filosofía del derecho analítica” de corte positivista, que se contrapone a la “filosofía del derecho normativa”. Esta última sería una empresa cognoscitiva que concierne al problema de la justificación moral del derecho, presentándose en una variante “interpretativa” y en otra “crítica”³.

² Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014.

³ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 26-27. Sea dicho de paso, es dudoso, y en todo caso sujeto a discusión, que la filosofía normativa del derecho, a la luz de las tareas que Shapiro

Cabe advertir, sin embargo, que las ideas que Shapiro tiene de la filosofía del derecho analítica y del positivismo jurídico resultan sospechosas desde la perspectiva de un positivismo analítico y realista –o, por brevedad, de un realismo analítico– que puede atribuirse a maestros como Bentham, Austin, Kelsen y Ross. Las sospechas surgen apenas se consideren algunos puntos centrales de la teoría de Shapiro. En particular, los que atañen a la concepción de la filosofía analítica del derecho (la metafísica o metateoría del derecho), al rol de las verdades obvias (*truismos, platitudes*), al análisis conceptual y, en último lugar pero no por ello menos importante, a la separación entre ser y deber.

En cuanto a la metafísica, Shapiro parece encontrarse afectado por cierta nostalgia de la “vieja metafísica” o primera filosofía, que se presume capaz de obtener “verdades filosóficas” (una frase central en el libro de Shapiro) acerca de la “naturaleza fundamental del derecho”, y capaz, por lo tanto, de proveer a la gente una forma más elevada de conocimiento, que se encuentra más allá del conocimiento empírico, que es fatalmente superficial⁴.

Además, en lo relativo al lugar que corresponde a las verdades obvias en la construcción de teorías, Shapiro parece adscribirles un rol “señorial”, que tal vez va mucho más allá del requerido por una concepción crítica de la investigación filosófica⁵.

Estas dos posturas resultan en lo que, desde el punto de vista del realismo analítico, parece ser una concepción demasiado ambiciosa del análisis conceptual, pues Shapiro lo entiende como el medio que permite desenterrar las “verdades filosóficas” acerca de la “identidad” y las “propiedades necesarias” del derecho, de las cuales las verdades obvias son pruebas indiciarias⁶.

Finalmente, en lo concerniente a la separación entre ser y deber, la ley de Hume, y la distinción entre cuestiones descriptivas y cues-

le adscribe, sea verdaderamente conocimiento: ya sea “de los fundamentos morales concretos del derecho vigente”, ya sea de lo que el derecho, desde un punto de vista moral, “debería ser”.

⁴ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 26-27, 36 y ss.

⁵ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 38-45.

⁶ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 45-55, 59-63.

tiones normativas, Shapiro parece estar bien al tanto de las mismas, y profundamente preocupado por superar el test que ellas plantean, o al menos tratar de escapar a las restricciones que ellas ponen. No obstante, su teoría del derecho como plan, es decir, su propuesta teórica original acerca de “la naturaleza fundamental del derecho”, la que corresponde a la contribución propia de Shapiro al gran juego de la filosofía jurídica, parece darse de bruces contras esos pilares de la filosofía del derecho analítica.

En suma, vistas desde el realismo analítico, las posturas metafísicas y metodológicas arriba citadas han llevado a Shapiro a adoptar posiciones dudosas, las cuales consisten en (1) pasar por alto el objetivo, quizás modesto, pero valioso, de una clarificación y reconstrucción conceptual valorativamente neutral del discurso filosófico acerca del derecho, (2) avanzar una teoría del derecho que refleja una forma espuria de positivismo jurídico, (3) asumir una actitud indulgente respecto del positivismo jurídico excluyente, y, en fin, (4) presentar una solución sorprendente de la “paradoja de la autoridad”.

Soy consciente de haber formulado cargos muy serios. En las secciones siguientes trataré de proporcionar algunos argumentos aptos para fundamentarlos.

II. Vieja metafísica y señorío de las verdades obvias

La teoría de las verdades obvias que Shapiro ofrece en su libro contiene dos ingredientes básicos: primero, un inventario de verdades obvias acerca del derecho; segundo, una afirmación metafísica acerca del papel que les corresponde en la construcción de (buenas) filosofías del derecho.

Shapiro nos provee de un inventario de “verdades obvias” o “truismos” (“*platitudes*”) relativos al derecho, destacando cinco diferentes categorías:

1. Verdades obvias concernientes a las “instituciones jurídicas básicas” (“Todos los sistemas jurídicos tienen jueces”, “Los tribunales interpretan el derecho”, “Una de las funciones de los tribunales es

- resolver conflictos”, “Todo sistema jurídico cuenta con instituciones para cambiar el derecho”).
2. Verdades obvias concernientes a las “normas jurídicas” (“Algunas normas son reglas”, “Algunas normas imponen obligaciones”, “Las normas son siempre parte de los sistemas jurídicos”, etc.).
 3. Verdades obvias concernientes a la “autoridad jurídica” (“La autoridad jurídica es conferida por reglas jurídicas”, “Las autoridades jurídicas tienen el poder de obligar, incluso cuando sus juicios son erróneos”, etc.).
 4. Verdades obvias concernientes a la “motivación” jurídica de las acciones individuales (“El simple conocimiento de que el derecho exige actuar de cierta manera no nos motiva a actuar de esa manera”, “Es posible obedecer el derecho aunque uno no crea que está moralmente obligado a hacerlo”, etc.).
 5. Verdades obvias concernientes a la “objetividad” del derecho (“Existen respuestas correctas para algunas preguntas jurídicas”, “A veces, los tribunales cometen errores al interpretar el derecho”, “Algunas personas saben de derecho más que otras”, etc.)⁷.

Sostiene, además, que toda investigación filosófica adecuada acerca del derecho debe tomar en serio estas verdades obvias, para así poder llegar, como ya he dicho, a las “verdades filosóficas” acerca de *la naturaleza fundamental del derecho*, lo que Shapiro considera como una cuestión de “metafísica” del derecho⁸.

La teoría de las verdades obvias, y la metafilosofía que la acompaña, merecen algunos comentarios.

(1) Adhiriéndose a una manera de pensar milenaria, Shapiro ve la “metafísica” como la rama del saber que se ocupa de las propiedades en virtud de las cuales una cosa es *esa* cosa y no otra cosa (por ejemplo, de las propiedades en virtud de las cuales alguna cosa es, digamos, una gaita y no un lavarropas), tratando, en particular, de “descubrir”, sea la

⁷ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 41.

⁸ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 26-27, 41-42.

“identidad” de las cosas, sea las “implicaciones necesarias” del ser las cosas tales como son, es decir, sus “propiedades necesarias”⁹.

Por ende, la filosofía jurídica, en cuanto metafísica del derecho, tiene que descubrir la identidad del derecho y las propiedades necesarias del derecho: es decir, tiene que descubrir, sea las propiedades en virtud de las cuales una cosa es *derecho*, y no otra cosa (como sería, por ejemplo, tal cual sugiere Shapiro, algún sistema normativo totalmente idiosincrático que algún filósofo desee presentar –abusivamente– como derecho), sea las propiedades que necesariamente se siguen del ser el derecho *derecho*.

Cabe observar, sin embargo, que filósofos adherentes al realismo analítico procederían, en este punto, de un modo un tanto diferente.

Primero, los realistas analíticos comenzarían por analizar la mismísima cuestión concerniente a “la naturaleza del derecho”¹⁰. A diferencia de Shapiro, ellos no darían por sentado que preguntarse por “la naturaleza del derecho” significaría simplemente plantearse las preguntas que, sobre las huellas de la vieja metafísica, Shapiro se plantea. En cuanto analíticos y realistas, ellos comenzarían sus investigaciones planteando –a mi modo de ver, de un modo muy sensato– preguntas como las siguientes: ¿qué tipo de respuestas la gente espera de los filósofos del derecho, como respuestas *adecuadas*, cuando les preguntan acerca de “la naturaleza del derecho”? ¿Qué es lo que los filósofos del derecho, de hecho, hacen cuando tienen que lidiar con la cuestión de “la naturaleza del derecho”? ¿Qué es lo que los filósofos pueden estar buscando cuando se enfocan en “la naturaleza del derecho”? ¿Estamos seguros de que la investigación por “la naturaleza fundamental del derecho” tenga sentido (¿qué es, en efecto, la “naturaleza fundamental” de algo)? ¿Estamos seguros de que la investigación sobre “la naturaleza fundamental del derecho”, admitiendo que tenga sentido, sea “descubrimiento”?

Segundo, los realistas analíticos enfatizarían que, en lo que concierne al conocimiento de algo (pongamos, al conocimiento del fenómeno

⁹ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁰ H. L. A. Hart ejemplifica la muy prudente actitud del analítico en este punto. Acerca de este aspecto del enfoque de Hart, ver, *e. g.*, Chiassoni, P., “The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart’s Metaphilosophy of Law”, en *Problema*, 5, 2011, pp. 53-80, en las pp. 66-67.

social del derecho), *no hay* un tercer tipo de cuestiones, además de las *cuestiones factuales* (empíricas), por un lado, y de las *cuestiones conceptuales* (que atañen a la construcción de los aparatos de términos y conceptos cognoscitivamente –más– adecuados para referirnos a los hechos que hemos investigado, observado, previsto), por el otro. Las llamadas cuestiones “metafísicas”, siempre que la *buena* metafísica esté en juego, no son otra cosa más que cuestiones *conceptuales*, que, por supuesto, son tratadas a menudo en relación con cuestiones empíricas. Ahora bien, las cuestiones conceptuales tienen que ser encaradas y solucionadas mediante una forma adecuada de análisis conceptual. Es decir, mediante un análisis que incluya, a grandes rasgos, una etapa de detección y descripción conceptual, y, sobre la base de ello, una etapa de revisión o reconstrucción conceptual. Y cuya última etapa tiene que conducir a algún concepto filosófico que, por hipótesis, no es ni verdadero ni falso, pero debe estar justificado a la luz de algunos estándares de conveniencia teórica (o, si estamos en el marco de la filosofía de la justicia y de la política del derecho, de conveniencia práctica). De otro modo, una investigación “metafísica” sería una investigación misteriosa, que pretende proporcionar algún tipo de conocimiento “superior” y “profundo” acerca del derecho, tal como pretendía hacer la vieja (y mala) metafísica.

(2) En cuanto a las verdades obvias (“truismos”, “verdades autoevidentes”), los realistas analíticos notarían que el rol que tienen en la filosofía (jurídica) no es en ningún sentido algo que esté asentado ni compartido. En efecto, añadirían ellos, se pueden destacar tres actitudes distintas en torno a esta cuestión.

Encontramos, para empezar, a los *desconfiados de las verdades obvias*. Para estos filósofos, las llamadas verdades obvias son a menudo prejuicios basados en el hábito y la falsa consciencia: modos de pensar simplistas, que deberían ser dejadas de lado en cualquier investigación filosófica que sea “bien ordenada”, útil y genuina¹¹.

¹¹ En sus *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* de 1797 (trad. de Lizzaraga, G., *Principios metafísicos del derecho*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1873 - <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>) Kant demuestra ser un caso claro de desconfiado de los truismos: él desconfía de los truismos porque son (supuestos) fragmentos de un conocimiento empírico *a posteriori* acerca del derecho.

También encontramos, además, a los *analistas de las verdades obvias*. Estos filósofos creen que las verdades obvias pueden, de hecho, estar compuestas por prejuicios y falsa consciencia. También creen, sin embargo, que las verdades obvias se encuentran entre los puntos de partida necesarios para una investigación filosófica fructífera. Por supuesto, dicha investigación puede conducirnos a ver cómo muchos de estas verdades obvias son, de hecho, prejuicios carentes de base, creencias falsas, confusas, o de otro modo insostenibles, o incluso juicios cargados de valor y basados en el interés. Desde el punto de vista de los analistas (que es, pues, el punto de vista de los realistas analíticos), las verdades obvias están al servicio de la investigación filosófica, pero no vale el contrario; porque, de habernos conformado simplemente con las verdades obvias, no se hubiese llevado a cabo casi ningún progreso en el mundo físico ni en el moral¹². Para ponerlo en otros términos: las verdades obvias, en este enfoque, son estímulos (*inputs*) de conocimiento útiles y, en efecto, hasta necesarias, para la investigación filosófica; son la principal fuente de dudas filosóficas, e impiden que las investigaciones filosóficas naveguen a la deriva. Los criterios que miden el éxito de una investigación filosófica, sin embargo, son independientes de las verdades obvias (“verdades obvias-independientes”). Los criterios de éxito son, en cambio, criterios de racionalidad, tales como los de la fundamentación empírica, de la determinación semántica, de la precisión conceptual, de la coherencia, de la desmitificación y de la fuerza explicativa¹³.

Para finalizar, están los *crédulos de las verdades obvias*. Para estos filósofos las verdades obvias son las puertas que conducen a las verdades filosóficas. Deben tomarse en serio, al pie de la letra, y ser objeto de explicaciones escrupulosas. Ellas dominan la investigación filosófica, de principio a fin, ya que señalan las propiedades naturales del objeto al que

¹² El método socrático de examen crítico y refutación es quizá el ejemplo más antiguo de esta actitud crítica hacia los truismos.

¹³ Hans Kelsen, Karl N. Llewellyn, Herbert Hart y Norberto Bobbio, por mencionar a unos pocos, parecen compartir este enfoque en sus trabajos.

se refieren. Ello en cuanto tienen en vista *algún objeto único*, y arrojan luz sobre él, capturando algunas de sus propiedades naturales y necesarias.

Ahora bien, Shapiro presenta su postura como cercana a la de los analistas¹⁴. Sin embargo, su manera de tratar a las verdades obvias acerca del derecho parece ponerlo en efecto más allá, en (o cerca de) el grupo de los crédulos de las verdades obvias.

Por un lado, Shapiro considera a las verdades obvias como la referencia definitiva de la genuina filosofía jurídica, pues asume que capturan, contienen o reflejan varios aspectos de la verdadera naturaleza del derecho y son por ende índices de la corrección de cualquier teoría filosófica acerca del derecho.

Por el otro, al redactar el inventario de las verdades obvias acerca del derecho que hemos visto antes, lo hace con escaso sentido crítico, no advirtiendo, antes que todo, que estas supuestas verdades obvias no son todas del mismo género, sino que forman un conjunto heterogéneo de afirmaciones.

Algunos de ellas parecen en efecto transmitir fragmentos de información genuina e incuestionable acerca de algunas características de los sistemas jurídicos positivos (“Todos los sistemas jurídicos tienen jueces”, “Los tribunales interpretan el derecho”, etc.), aunque también podrían funcionar como fragmentos de conceptos estipulativos de “derecho”, “tribunales”, “sistema jurídico”, etc.

Otras supuestas verdades obvias, sin embargo, aunque se presenten como aserciones (fragmentos de un discurso en función descriptiva), resultan en cambio útiles para transmitir actitudes *prácticas* acerca de la manera –moralmente, estratégicamente, prudencialmente– *adecuada* de ver la práctica jurídica y de actuar en ella (“La autoridades jurídicas tienen el poder de obligar, incluso cuando sus juicios son erróneos”, “Existen respuestas correctas para algunas preguntas jurídicas”, “A veces, los tribunales cometen errores al interpretar el derecho”). En tales casos, las verdades obvias son, más bien, fragmentos de una *ideología* del derecho, y parece dudoso, por ende, asumirlas como criterios de corrección de las *teorías* del derecho.

¹⁴ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 41-44.

Otra señal del abandono de una postura adecuadamente crítica tiene que ver con lo siguiente. En efecto, de frente a las supuestas verdades obvias acerca del derecho que “todos” (nosotros incluidos) compartimos, surge una nueva pregunta: ¿de dónde vienen estas verdades obvias? ¿Cuándo aparecieron, y por qué? ¿Cuál es, en otros términos, su genealogía? Antes de darlas por sentado, parecería adecuado llevar adelante una investigación acerca de su pedigrí. Quizá algunas verdades obvias simplemente reflejan observaciones, creencias y actitudes razonadas y convergentes de “todos” respecto al derecho. Pero, por más incómodo que sea, no podemos descartar que algunas de tales creencias y actitudes podrían estar siendo adoptadas bajo el efecto de una mala filosofía y una falsa teoría; o bien a fuerza de una suerte de calambre mental; o aun más, debido a algún interés –material o ideológico– que nos empuja a creer en lo que creemos.

En suma, desde el realismo analítico, parece menester concluir que una bien entendida idea de corrección en la investigación filosófica aconseja encarar a las verdades obvias acerca del derecho con una mirada crítica, más fría que la que Shapiro parece adoptar. Tanto más fría, cuanto lo que se mira son (supuestas) verdades avaladas por el sentido común, que, como se sabe, es a menudo engañoso.

III. Positismo sospechoso: ¿es positivista la teoría del derecho como plan?

Afirmé que Shapiro, aunque se profese positivista¹⁵, ha elaborado una teoría del derecho –el “positivismo acerca de los planes” o la “teoría del derecho como plan”– que, desde el realismo analítico, representa una instancia sospechosa de positivismo jurídico: algo que se parece más a una forma de *positivismo espurio*, de *cuasipositivismo*¹⁶ (*supra*, § 1).

¹⁵ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 294: “La teoría de los planes es una explicación positivista que, en definitiva, fundamenta el derecho exclusivamente en hechos sociales”.

¹⁶ La expresión “cuasipositivismo” fue introducida, como es sabido, por Alf Ross en su crítica a la teoría pura del derecho, para resaltar el (supuesto) carácter paradójicamente normativo de la concepción kelseniana de la validez (Ross, A., “El problema de la

Estos son cargos muy serios, los cuales deben sostenerse con argumentos igual de serios. No estoy completamente seguro de estar dotado con toda la seriedad necesaria para tal tarea. Ya veremos a medida que avance el argumento.

Lidiar con el “positivismo jurídico” es un asunto riesgoso. En efecto, como es bien sabido, una variedad de posturas heterogéneas (ideas, teorías plenamente desarrolladas, pretensiones, ideologías, actitudes, enfoques, etc.) van de la mano bajo esa etiqueta en la arena de la filosofía del derecho¹⁷.

Algunos filósofos analíticos (Hart, Bobbio, Ross, Scarpelli) a fines de la década de 1950 y a principios de la de 1960 trataron de identificar y destacar las más importantes de esas posturas, con el propósito, por un lado, de desarticular malentendidos y cualquier tipo de retórica cargada de emoción, y, por el otro, de despejar el camino para discusiones significativas e investigaciones fructíferas¹⁸.

Tomando en cuenta, y continuando, ese trabajo de análisis y desarticulación, podemos destacar seis posturas, con una o más de las cuales el “positivismo jurídico” puede ser –y de hecho ha sido– identificado de vez en cuando.

1. *Formalismo (o legalismo) ético*. Una primera postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico” es la teoría normativa (ideología, doctrina) relativa a la obligación política. Según esta teoría, los individuos tienen el deber moral de obedecer las normas jurídicas positivas, solo porque son normas jurídicas positivas. El deber puede considerarse, a su vez, o bien como (cuasi) absoluto o incondicio-

validez y el positivismo jurídico”, 1961, en Ross, A., *El problema de la validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1969, pp. 7-46).

¹⁷ He intentado proporcionar una reseña desapasionada de diferentes formas de “positivismo jurídico” en Chiassoni, P., *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016, cap. I.

¹⁸ Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965; Hart, H. L. A., “Legal Positivism”, en Edwards, P. (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, Macmillan, 1967; Ross, A., *op. cit.*; Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

nal (Hobbes), o bien relativo o condicionado (Locke). Los nuevos iusnaturalistas pos Segunda Guerra Mundial tenían precisamente esta postura en mente cuando acusaban al “positivismo jurídico” de haber sido cómplice del régimen nazi y de otras dictaduras totalitarias y autoritarias.

2. *Colaboracionismo doctrinal*. Una segunda postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico” es la ideología profesional de acuerdo a la cual los juristas deben colaborar con cualquier régimen que domine su sociedad: los juristas, siendo los técnicos del derecho, deben estar al servicio del derecho, cualquiera que este sea y de donde sea que venga.
3. *Custodia del Estado de derecho (ideología profesional de fidelidad al estado legislativo o constitucional)*. Una tercera postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico” es la ideología profesional de los juristas que trabajan en el marco o bien de un Estado de derecho democrático legislativo, o bien de un Estado de derecho democrático constitucional. Fija en ellos el deber, de ética o deontología profesional, de colaborar con estos sistemas jurídicos positivos, con el propósito de hacerlos más eficientes en las dos dimensiones, formal y sustantiva, del “gobierno de la ley” (*rule of law*) y de la garantía de los derechos fundamentales. No se trata pues, nótese, de una cooperación de meros sirvientes. Por el contrario, los juristas deben funcionar aquí de guardianes ilustrados: usualmente, con el propósito de proteger el Estado de derecho de políticos desconsiderados o canalleros.
4. *Desarrollo de teorías generales y descriptivas del derecho positivo*. Una cuarta postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico” consiste en (el desarrollo de) teorías generales del derecho positivo, que tienen por objeto dar cuenta de las actuales o posibles estructuras, ingredientes, y funciones de los sistemas jurídicos positivos. Esto es precisamente lo que los iuspositivistas analíticos vienen haciendo desde el cuarto final del siglo XVIII en adelante.
5. *Epistemología empirista acerca del conocimiento del derecho en general*. Una quinta postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico”

consiste en un enfoque epistemológico (“metodológico”, “conceptual”) acerca del estatus y del método de la teoría jurídica. Aquí, el positivismo jurídico afirma que: (a) es valioso distinguir cuidadosamente entre el conocimiento objetivo y empírico del derecho positivo como en efecto es, por un lado, y su evaluación y crítica moral en virtud de alguna ideología acerca de cómo debería ser, por el otro; (b) los ordenamientos jurídicos positivos pueden ser objeto de fructíferas investigaciones empíricas; (c) mediante la comparación de varios ordenamientos jurídicos existentes, es posible desarrollar teorías generales acerca de sus ingredientes, estructuras, y funciones recurrentes (acerca de qué y cómo son, y cómo es que funcionan); (d) tomando en cuenta que el derecho es, en una parte relevante, un fenómeno lingüístico, compuesto por actos de habla, oraciones, palabras, y conceptos, una parte importante de la teoría del derecho debe lidiar, como decía Bentham, con la “terminología”: *i. e.*, con analizar y clarificar los conceptos básicos que encontramos en la mayoría de las experiencias jurídicas existentes.

6. *Epistemología empirista acerca del conocimiento del contenido de sistemas jurídicos particulares.* Una sexta, y para mis fines última, postura que viaja bajo el nombre de “positivismo jurídico” es la teoría de la ciencia jurídica según la cual la descripción de la existencia y del contenido de cualquier sistema jurídico positivo, para ser una genuina descripción, es cuestión de describir, desde el punto de vista externo de una sociología del discurso jurídico (hermenéutica), las prácticas que se autocualifican de creación de normas, aplicación de normas y cumplimiento de normas, tal cual estas son desarrolladas por los participantes del sistema jurídico (legisladores, jueces, funcionarios, juristas dogmáticos, meros ciudadanos, etc.), juntos con sus resultados.

Entre las seis posturas, las primeras dos tienen su origen en el pensamiento iusnaturalista y en la teología moral de poderosas instituciones religiosas, y representan formas de “positivismo” no “científico”, sino “ideológico”, con carácter de “idolatría” más o menos radical frente al derecho positivo en cuanto tal. La tercera postura representa,

en cambio, una concepción “política” del positivismo jurídico, la cual surge históricamente en conexión con, y como complemento de, el positivismo estrictamente “científico”¹⁹. Es decir, del positivismo, representado por las posturas teoréticas y epistemológicas de (4) a (6), que se propone el establecimiento de un conocimiento científico (empírico, objetivo, exacto) del derecho positivo, sobre la base de una demarcación tajante, dentro de la cultura y la opinión jurídica, entre la teoría del derecho expositiva y la teoría del derecho censoria. Esto es, una demarcación entre el rol del expositor y el muy diferente, pero, nótese, no por ello menos importante, rol del censor; entre el conocimiento científico del derecho y la política del derecho.

Armados de este trasfondo, pasamos ahora a ver cuál es la forma de “positivismo jurídico” a la cual adhiere Shapiro, en su teoría del derecho como plan, y por qué, desde el realismo analítico, esa forma aparece sospechosa.

Aparentemente, Shapiro identifica al positivismo jurídico con una teoría acerca del concepto de derecho positivo. Se trataría, más precisamente, de una teoría que se propone definir el concepto de derecho de manera tal que la existencia y el contenido de las normas que componen un ordenamiento jurídico positivo cualquiera, respecto de cualquier cuestión de derecho que pueda surgir, sean susceptibles de un conocimiento objetivo y empírico.

Esta variedad de “teoría positivista”, nótese:

- a. se propone definir un concepto de derecho tal que proporcione una respuesta a dos problemas distintos: tanto al problema capital que debe abordar cualquier enfoque filosófico del derecho (¿qué es derecho?, *quid ius?*), como al problema capital para cualquier agente que actúe o se proponga actuar bajo la jurisdicción de un ordenamiento jurídico positivo dado (¿cuál es el derecho acerca de...?, *quid iuris?*)²⁰;

¹⁹ Abogan por un “positivismo político” Uberto Scarpelli (Scarpelli, U., *op. cit.*) y Luigi Ferrajoli (véase, por ejemplo, Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014).

²⁰ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 50-63.

- b. no es propiamente *científica* o *epistemológica*, aunque dependa de una epistemología jurídica empirista;
- c. tampoco pertenece a algún tipo de *axiología moral* acerca del derecho; las normas jurídicas existentes pueden tener un contenido moralmente repugnante, y aun así ser “derecho”, aunque un (muy) mal derecho²¹.

Entonces: ¿qué tipo de positivismo es el positivismo según Shapiro, si es que es alguno?

Por lo visto, comparece aquí algo de la vieja (y mala) metafísica. Nótese, en efecto, que, de acuerdo con Shapiro, la propiedad “ser susceptible de conocimiento objetivo”, en cuanto propiedad que concierne a la existencia y al contenido de las normas jurídicas:

- a. *no es* una propiedad, ni un objetivo, *extrínseco*, que el derecho, por así decirlo, recibe *desde afuera*, desde el mundo externo de los deseos e intereses contingentes de las personas;
- b. *es* más bien, como la teoría del derecho como plan de Shapiro deja en claro, una propiedad, y un objetivo, *intrínseco*, que el derecho posee *dentro de sí*, y tal que podemos verlo una vez que entendemos su *verdadera naturaleza*, la cual se resume en la función de *organizar y coordinar las conductas humanas por medio normas jurídicas-como-planes, al fin de hacer toda deliberación moral innecesaria para los sujetos ordinarios del derecho*²².

El positivismo jurídico –en la versión de la teoría del derecho como plan– pretende ser, pues, una teoría general del derecho positivo que, por medio del concepto de derecho que la misma desarrolla (de clarísimo sabor Raziano), nos hace *ver* el derecho así como el derecho mismo, si es que fuese una entidad que hablase, nos sugeriría que lo veamos. Esto nos lleva, a su vez, a un concepto de derecho de acuerdo con el cual el derecho positivo consiste, en todo momento y lugar, en

²¹ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 230.

²² Shapiro, S., *ibidem*, caps. 6-13.

los *significados determinados*, empíricamente cognoscibles, de las normas jurídicas (normas-como-planos) producidas por autoridades jurídicas competentes y capaces de planificar²³.

Ahora bien: los partidarios de esta forma de positivismo jurídico parecen considerarlo una instancia genuina de positivismo *teorético*, descriptivo y avalorativo. A los ojos de un realista analítico, sin embargo, esta forma de “teoría positivista del derecho” resulta fatalmente engañosa²⁴. Por las siguientes razones.

1. La teoría del derecho como plan nos proporciona un concepto de derecho relativamente estrecho, una vez que lo comparamos con otros conceptos de derecho teóricos en la tradición positivista. Piénsese, por ejemplo, al concepto de derecho de Hans Kelsen. Este concepto, estrictamente teórico general, no hace de la determinación semántica el test para establecer si “hay derecho” o no, acerca de un asunto determinado, sugiriendo que dicha cuestión está afuera de la competencia de una teoría del derecho genuinamente conforme al postulado de neutralidad valorativa.

Por un lado, de acuerdo con Shapiro, *cuando* la norma jurídica general a ser aplicada en un caso resulta *indeterminada*, no hay “derecho

²³ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 316-318. En este último punto, en afirmar la coextensión entre el derecho vigente y el significado determinado de las normas jurídicas, de forma que, donde hay indeterminación, no hay (todavía) derecho, la teoría de Shapiro coincide con las teorías de Hart, Raz y Marmor. Véase Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994, cap. VII, 272-274; Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 210-237; Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 103-121; Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2011, p. 136-159; Marmor, A., *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, cap. 2.

²⁴ Esto pasa también, como es sabido, a los ojos de los “interpretativistas” capitaneados por Ronald Dworkin, quienes acusan a esta forma de positivismo jurídico de proporcionar, aunque de manera encubierta y quizás inconsciente, una teoría interpretativa, valorativamente comprometida, de rumbo convencionalista, acerca de lo que el derecho, en cada momento, dispone. Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana, 1986; Stavropoulos, N., “Legal Interpretivism”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First Published Tue Oct 14, 2003; substantive revision Tue Apr 29, 2014.

que conocer”. Esto es así porque, *o bien* el derecho provee *una respuesta clara* al caso en cuestión, que es susceptible de conocimiento objetivo, empírico, basado en hechos sociales como los usos lingüísticos o la intención legislativa, *o bien* no hay *derecho* para tal caso²⁵.

Por el otro, de acuerdo a Kelsen, las normas jurídicas generales *siempre son semánticamente indeterminadas*, a la luz de los diversos métodos de interpretación disponibles en nuestros sistemas jurídicos. Desde un punto de vista teórico, sin embargo, dicha situación no significa que *no hay* derecho que conocer. Por el contrario, hay algo que puede ser conocido y que delimita los bordes más extremos del derecho positivo para un caso: y este es el *marco (Rahme)* de las diversas interpretaciones alternativas, metodológicamente posibles, de la norma general en juego²⁶.

En la visión de Shapiro, el derecho en relación a un caso está siempre, desde un punto de vista interpretativo, *o bien determinado*, y entonces *hay* derecho para ser conocido y aplicado, *o bien indeterminado*, y entonces *no hay* derecho para ser conocido y aplicado²⁷.

En la visión de Kelsen, en cambio, el derecho preexistente respecto de un caso dado se encuentra siempre indeterminado, desde el punto de vista de la interpretación y la aplicación futuras. Esto no quiere decir que no hay derecho; quiere decir, más bien, que nos vemos confrontados, al menos desde un punto de vista metodológico, con un *exceso de riqueza*, que refleja la fatal indeterminación que afecta a la producción de normas “inferiores” sobre la base de, y aplicando, normas “superiores”²⁸.

Para Shapiro, el derecho preexistente coincide estrictamente con el producto *determinado* de los métodos interpretativos. En este sentido, hay derecho, si, y solo si, todos los métodos interpretativos disponibles se apoyan en investigaciones fácticas y apuntan a *un mismo y claro resultado* (derecho = fuentes autoritativas + los productos interpretativos unívocos y determinados que pueden obtenerse a partir de las mismas)²⁹.

²⁵ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 310-318.

²⁶ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Zweite Aufgabe, Wien, Deuticke, 1960, cap. VIII.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

Contrariamente, para Kelsen, las normas generales preexistentes, además de estar acompañadas por la cláusula alternativa tácita, siempre son “productos semiacabados”, que necesitan ser (“auténticamente”) acabados por los órganos de aplicación (derecho = fuentes autoritativas + cualquier producto interpretativo que los órganos de la aplicación pueden obtener de las mismas).

Aparentemente, nos vemos enfrentados a dos visiones diferentes acerca del mismo fenómeno. Ahora bien: ¿cuál de estas dos visiones deberíamos aceptar desde un punto de vista estrictamente teórico?

Seguramente podríamos meramente dar cuenta de la diferencia y detenernos allí. Si, en cambio, nos preguntamos por alguna justificación pragmática, si es que hay alguna, para tal diferencia, llegamos aparentemente a la siguiente conclusión.

La visión proporcionada por Kelsen parece encontrarse más en sintonía con el ideal de una teoría jurídica puramente descriptiva y libre de valoraciones, la cual rechaza metódicamente toda tentación de incluir en su reconstrucción del derecho cualquier característica que sea dependiente de evaluación alguna. Por esta razón, Kelsen sostiene que las normas jurídicas generales son siempre indeterminadas, desde el punto de vista de los métodos interpretativos, sea cuando ellas tienen que ser usadas por los jueces para resolver un caso, sea cuando se trate de manejarlas, por los juristas y abogados, para formular propuestas acerca de cómo resolver casos.

La visión proporcionada por Shapiro, contrariamente, parece preocupada con presentar al derecho como una empresa racional. El concepto de derecho de la teoría del derecho como plan está tan estrechamente definido, podría decirse, solo con el propósito de presentar al derecho como algo que satisface las presuntas necesidades prácticas de los individuos, concebidos como agentes planificadores. La teoría del derecho de Shapiro está, por ende, comprometida con el valor, o estándar práctico, de la racionalidad de medios a fines del derecho en relación al fin de proporcionar planes cuya identificación no requiera argumentación moral.

2. Shapiro parece resistirse a una interpretación tal de su teoría. En efecto, el concepto de derecho de la teoría del derecho como plan es presentado como el núcleo de una descripción (metafísica) de cómo, en general, es el derecho³⁰.

Desafortunadamente dicha “descripción” es, por así decirlo, *teleológica* en vez de *funcional*: está basada en la idea de que hay una verdadera, principal y esencial función del derecho y que la teoría jurídica, en cuanto investigación metafísica sobre la naturaleza fundamental del derecho, puede descubrirla, y, una vez descubierta, debe sacar todas las consecuencias que de ella se siguen.

Sin embargo, para quien asuma la perspectiva del realismo analítico, la idea que haya una verdadera y esencial función del derecho va más allá de los límites de una genuina investigación empírica y valorativamente neutral, y claramente pertenece al reino de las valoraciones, incluso cuando se trate de valoraciones *en términos de racionalidad o irracionalidad* instrumental de un conjunto normativo.

En suma: a los ojos de un realista analítico, la pretendida teoría positivista de Shapiro es un amasijo de hechos y de valores, algo que tiene el sabor antiguo de los tiempos pre-benthamianos. Representa en efecto el resultado de una filosofía del derecho que pretende ser ejercicio de genuina, a-valorativa, metafísica, pero que de hecho tiene carácter de propuesta ético-normativa (la teoría de los planes). De modo tal que transforma el objetivo epistemológico del positivismo científico (proporcionar un conocimiento empírico, objetivo y exacto del derecho positivo tal cual es), en un rasgo ontológico del derecho positivo mismo³¹. A pesar de sus pretensiones, esta teoría, en lugar de ser de una forma mejorada de positivismo, como sugiere Shapiro, es un ejemplo de *cuasipositivismo*, de circunfusa teleología metafísica y de valoraciones disfrazadas de verdades filosóficas.

³⁰ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 26-28.

³¹ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 55-56.

IV. Positivismos sospechoso: ¿una capa de barniz para el positivismo jurídico excluyente?

La teoría del derecho como plan se coloca en el marco del así llamado positivismo jurídico excluyente (PJE)³². Las tesis básicas del PJE, de acuerdo a Shapiro, son las siguientes.

1. Una norma es considerada derecho si, y solo si: (a) tiene un origen (pedigrí) social, y (b) es aplicable sin la necesidad de recurrir al razonamiento moral. Estas dos ideas corresponden a la tesis del “Carácter excluyente” y a la tesis del “Carácter último”: “los hechos jurídicos están determinados exclusivamente por hechos sociales” y, por lo tanto, “los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por hechos sociales”³³.
2. La teoría de Dworkin acerca de la adjudicación de los casos difíciles está equivocada (pues “malinterpretó la evidencia”): el comportamiento judicial en los casos difíciles no muestra ni que el formalismo sea verdadero, ni que los jueces carezcan de discreción fuerte³⁴.
3. En los casos difíciles, cuando las normas preexistentes dotadas de pedigrí se han “agotado”, “los jueces [...] simplemente *tienen una obligación jurídica de aplicar estándares extra-jurídicos* [...], el hecho de que los jueces [...] tengan la obligación de aplicar normas sin pedigrí no implica que estén obligados a aplicar derecho preexistente; en lugar de ello, sencillamente tienen una obligación de ir más allá del derecho y aplicar las normas de la moral”; esto significa, en otras palabras, que “cuando los estándares con pedigrí se agotan, los jueces [...] tienen simplemente la obligación jurídica de ejercer una discreción fuerte,

³² Shapiro, S., *ibidem*, pp. 333 y ss., 333 nota 16.

³³ Shapiro, S., *ibidem*, p. 331.

³⁴ Shapiro, S., *ibidem*, p. 334.

observando la moral más allá del derecho para resolver el caso que les ocupa”³⁵.

Centrémonos en la tercera tesis del PJE. Ahora bien: desde un punto de vista metateórico, el PJE, si pretende ser una teoría general de la adjudicación de los casos difíciles, es claramente falso. Aunque, por supuesto, puede tener cierta utilidad como teoría descriptiva de un contexto institucional específico (un fragmento de *particular jurisprudence*), sea como ejemplo de una teoría normativa del derecho: es decir, como ejemplo de una teoría que postula un modelo ideal de derecho, un modelo de lo que el derecho debería ser. Para una conclusión tal se pueden aducir las siguientes razones.

1. Lo que los jueces deban jurídicamente hacer ante los casos difíciles, a saber, el contenido de su obligación jurídica, si hay alguna, ante tal predicamento, puede ser ya sea una cuestión para una teoría del derecho descriptiva y local, que dé cuenta de algunos ordenes jurídicos, observando cómo estos funcionan desde el punto de vista de sus participantes, ya sea una cuestión para una teoría normativa del derecho que fije dicho deber, según los casos, como propuesta interpretativa (*de iure condito*), o bien como propuesta legislativa (*de iure condendo*). No hay una tercera alternativa más allá de las dos mencionadas. Puede ocurrir, por supuesto, que uno pretenda derivar la existencia de un deber jurídico dado del concepto mismo y “verdadero” de derecho, o bien de la naturaleza misma y “verdadera” del derecho. Se trataría, empero, de una pretensión ilusoria, ya que, desde cualquier punto de vista razonable, se trataría solo de una propuesta normativa relativa a los deberes del juez, avanzada (y

³⁵ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 334, 335; p. 336: “Tanto el positivista excluyente como el incluyente coinciden en que los jueces tienen la obligación de aplicar normas morales una vez se agotan las normas con pedigrí. Simplemente discrepan acerca de cómo describir lo que están haciendo: para el positivista jurídico incluyente, los jueces están *aplicando* normas jurídicas; para el positivista jurídico excluyente, están *creando* normas jurídicas”.

- disfrazada) bajo el amparo del mito de un concepto verdadero (conceptualismo), o de una naturaleza verdadera (pensamiento iusnaturalista), del derecho, que *dictan* a los jueces sus deberes.
2. Puede ocurrir –y de hecho ha ocurrido en la historia de las instituciones jurídicas– que, en un sistema jurídico, los jueces tengan simplemente la obligación de *evitar* cualquier tipo de decisión en un caso dudoso. Por ejemplo, puede ser que *deban rechazar* los reclamos de las personas involucradas, actores, demandados y fiscales por igual (obligación de *non-liquet*). Alternativamente, en los casos difíciles, los jueces pueden tener también la obligación de *suspender* su pronunciamiento y referir el asunto a la legislatura, solicitándole el dictado de una norma apropiada al caso (obligación de *référé législatif*).

Estas simples observaciones sugieren algunas conclusiones.

Primero, lejos de exponer o bien la falsedad (en cuanto teoría general), o bien la especificidad contextual (o incluso la naturaleza no teórica y no descriptiva, sino –encubiertamente– prescriptiva), de la pretensión del PJE relativa a la obligación de los jueces frente a casos difíciles, lejos de, en otras palabras, desmitificarla, nuestro autor –cómo Bentham habría dicho– tranquilamente ha presentado dicha pretensión como una verdad evidente: simplemente la cubrió con una capa de barniz, por decirlo de alguna manera.

Segundo, ya que la teoría del derecho como plan –la propia teoría de Shapiro– sigue en este punto la orientación dada por el PJE, esta también fracasa, en cuanto teoría general y genuinamente descriptiva, respecto de la cuestión central de los casos difíciles.

Tercero, puesto que ni el PJE ni la teoría del derecho como plan consentirían ser presentadas como teorías locales, que describen contextos institucionales determinados, ellas son, o bien teorías genuinamente generales, pero falsas; o bien teorías del derecho no ya descriptivas, sino normativas, y, más precisamente, interpretativas, aunque encubiertas.

V. Un poco de realismo acerca de la “Paradoja de la autoridad”

[L]a Paradoja de la autoridad [dice Shapiro] intenta mostrar que la autoridad jurídica es imposible. Por una parte, la autoridad jurídica tiene que ser conferida por normas jurídicas; por otra parte, sin embargo, las normas jurídicas deben ser creadas por la autoridad jurídica. De estos dos presupuestos, obtenemos la clásica paradoja del huevo y la gallina. Cada vez que intentamos determinar una afirmación sobre la autoridad jurídica, o bien entramos en un círculo vicioso (la autoridad creó la norma que le confirió la potestad de crear esa misma norma) o bien caemos en un regreso al infinito (la autoridad obtuvo su potestad de otra autoridad, que obtuvo la suya de otra autoridad, y así sucesivamente)³⁶.

Shapiro se toma en serio la paradoja de la autoridad y cree haber encontrado en su teoría del derecho como plan la clave para resolverla. Es más, cree haber encontrado la solución en una concepción de la autoridad jurídica basada en la concepción del ser humano como agente planificador. El ser humano –afirma Shapiro– es animal planificador; los grupos de seres humanos son grupos de planificadores, y en tales grupos se encuentran planes “maestros” (planes para hacer planes) y planes “derivados”. He aquí la solución que Shapiro propone: “la autoridad jurídica es posible porque ciertos tipos de agentes son capaces de (1) crear y dar forma a un plan para planificar y (2) motivar a otros a observar sus planes”³⁷.

Shapiro precisa que la autoridad jurídica es “posible” bajo dos condiciones: la condición de autorización y la condición de capacidad para planificar (a la que alude en el pasaje apenas citado).

En lo que concierne a la primera condición de posibilidad de la autoridad jurídica (y de los sistemas jurídicos), a saber, la *condición de*

³⁶ Shapiro, S., *ibidem*, p. 226.

³⁷ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 229.

autorización, Shapiro resume la esencia de su argumento en las siguientes líneas:

la Teoría de los planes es capaz de *justificar la existencia de reglas jurídicas fundamentales* [las reglas que le confieren a alguien los máximos poderes jurídicos para crear planes para otros] *sin generar círculos viciosos o regresos al infinito*. Los funcionarios públicos tienen la potestad de adoptar el plan compartido que establece estas reglas fundamentales *en virtud de las normas de la racionalidad instrumental*. Puesto que estas normas que confieren la capacidad racional de planificar no son planes ellas mismas, no han sido creadas por ninguna autoridad. *Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos*³⁸.

En cuanto a la segunda “condición de posibilidad” de la autoridad jurídica (y de los sistemas jurídicos), a saber, la *condición de capacidad para planificar*, Shapiro afirma: “que esta condición tenga lugar tampoco genera desconcierto”³⁹.

Desde el realismo analítico, sin embargo, la manera de proceder de Shapiro resulta dudosa.

Por un lado, Shapiro no se da cuenta, aparentemente, de que la paradoja de la autoridad, en cuanto instancia de la paradoja huevo-gallina respecto de la autoridad jurídica, está, para decirlo así, mal planteado, puesto que no merece ser tomado en serio, sino para poner bajo la luz el error en que caen los que la toman en serio.

Por el otro lado, la solución que Shapiro propone para la paradoja resulta, a decir poco, sorprendente, tenida en cuenta la profesión de fe positivista que acompaña la teoría del derecho como plan.

V.1. Un problema mal planteado

Si se observa con atención, la “autoridad jurídica” sobre la cual versa La Paradoja de la autoridad, tal como la presenta Shapiro, es, y no

³⁸ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 228-229.

³⁹ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 229.

puede ser sino, el poder “originario” o “constituyente”. Es decir, el poder que, en términos kelsenianos, produce la primera constitución histórica de un ordenamiento jurídico. La primera constitución, a su vez, identifica habitualmente un conjunto de autoridades jurídicas “constituidas”, que empero son supremas en relación al ordenamiento jurídico así constituido. Estas autoridades son pues, para decir así, las gallinas que nacen del huevo de la primera constitución. Pero, nótese bien, la primera constitución histórica, así entendida, no concierne al poder constituyente: no autoriza al poder constituyente a constituir la primera constitución. La paradoja huevo-gallina, con las dos (no-)soluciones consideradas por Shapiro, de la auto-autorización y del regreso al infinito, surge, si se piensa como parece pensar Shapiro, que el poder constituyente, para poder ser un poder jurídico, tiene a su vez que estar autorizado (es decir “constituido”) por una norma de autorización: tiene que ser otra gallina que nace de otro huevo. Pero ni una gallina puede poner el huevo del cual ella misma nace, ni podemos pensar en una serie infinita de gallinas y de huevos. Resulta evidente, por ende, que la paradoja huevo-gallina, en relación al poder constituyente de un ordenamiento jurídico, está mal planteada, es el fruto de un calambre mental. El carácter jurídico del poder constituyente, siendo originario, no depende (ni puede depender) de una autorización. En un sinsentido preguntarse, como hace Shapiro, por aquello que lo autoriza. Simplemente, el poder constituyente es jurídico, porque, si es exitoso, produce la primera constitución e identifica las autoridades constituidas supremas, de un ordenamiento jurídico determinado.

V.2. Una solución sorprendente

Con las precisiones apenas formuladas, volvamos a considerar la solución que Shapiro propone para la paradoja de la autoridad. Para comenzar, puede concederse que la condición de capacidad para planificar pueda en efecto darse, siendo una pura cuestión de hecho. En lo que respecta a la condición de autorización, vale la pena leer nuevamente el pasaje crucial de Shapiro:

la Teoría de los planes es capaz de *justificar la existencia de reglas jurídicas fundamentales* [las reglas que le confieren a alguien los máximos poderes jurídicos para crear planes para otros] *sin generar círculos viciosos o regresos al infinito*. Los funcionarios públicos tienen la potestad de adoptar el plan compartido que establece estas reglas fundamentales *en virtud de las normas de la racionalidad instrumental*. Puesto que estas normas que confieren la capacidad racional de planificar no son planes ellas mismas, no han sido creadas por ninguna autoridad. *Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos*⁴⁰.

Ahora bien, la solución que Shapiro propone es, desde el realismo analítico, sumamente sorprendente. Debe advertirse que se propone resolver la paradoja de la autoridad apelando a un conjunto de *normas de racionalidad instrumental* que (a) confieren poderes a los “funcionarios jurídicos” (supremos) y (b) cuya existencia, cabe notar, *depende únicamente* de su *contenido*. Son normas que existen, afirma Shapiro, “solo en virtud de que son principios *racionalmente válidos*”. Es decir, presumiblemente, principios que “valen”, que “deben ser obedecidos”, que “vinculan”, en virtud de su contenido conforme a la idea de racionalidad instrumental.

¿Qué tipo de argumento es el argumento de Shapiro? ¿Realmente resuelve el problema, como pretende Shapiro?

Desde mi punto de vista, el argumento de Shapiro puede entenderse de tres maneras diferentes: primero, como argumento trascendental; segundo, como argumento hegeliano; tercero, como argumento iusnaturalista.

El argumento trascendental. Como argumento trascendental, el argumento de Shapiro sería, más o menos, así:

1. Las normas de racionalidad instrumental son condiciones necesarias de la existencia de la “autoridad jurídica”. Si ellas no existieran, tampoco existiría la “autoridad jurídica”.
2. Pero la “autoridad jurídica” existe.

3. Ergo, las normas de racionalidad instrumental también existen.

Desafortunadamente, si fuera un argumento trascendental, el argumento de Shapiro no daría la talla contra la paradoja de la autoridad pues resultaría, claramente, circular. De hecho, una de sus premisas, que la “autoridad jurídica” existe, es precisamente lo que Shapiro quiere probar.

El argumento hegeliano (Hegel golpea de nuevo). Como argumento hegeliano, el argumento de Shapiro sería, más o menos, así:

1. Cualquier cosa que es real es racional, y cualquier cosa que es racional es real.
2. Las normas de racionalidad instrumental son racionales.
3. Ergo, las normas de racionalidad instrumental son reales.

Una vez que, despertándonos, escapemos al hechizo del Gran Circo Hegeliano, podemos apreciar que el pretendido argumento equivale a afirmar que las normas de racionalidad instrumental existen porque *nos gustan*, *las deseamos*, *las elegimos*, *las necesitamos*. Su existencia como principios “racionalmente válidos” es aquí nada menos que el resultado de una jugada práctica: nosotros –agentes morales autónomos– las introducimos en escena porque ellas son herramientas que necesitamos para establecer, para hacer posible, la “autoridad jurídica”.

El argumento iusnaturalista. Finalmente, como argumento iusnaturalista el argumento de Shapiro sería, más o menos, así:

1. Si los hombres son animales planificadores (es decir, tienen la capacidad y la disposición a hacer planes para sí y para otros), entonces existen normas de racionalidad instrumental (principios racionalmente válidos) que representan el costado normativo natural de dicho rasgo de la naturaleza humana.
2. Los hombres son animales planificadores.
3. Ergo, existen normas de racionalidad instrumental (principios racionalmente válidos) que representan el costado normativo natural de dicho rasgo de la naturaleza humana.

Desafortunadamente, sin considerar la dificultad de aceptar cualquier pretensión iusnaturalista, esta forma de escape parece inviable

para Shapiro. ¿Cómo puede *consistentemente* basar su teoría del derecho como plan, en cuanto teoría *positivista* del derecho, en principios de derecho natural (aunque solo sean principios de racionalidad instrumental)? Claramente, esta solución la paradoja de la autoridad se ubica fuera de los confines de una teoría positivista, general y descriptiva, del derecho, y pertenece más bien, sea Shapiro consciente de eso o no, al ámbito de la ciencia de la legislación (Austin), en su dimensión de justificación práctica del derecho positivo, o bien al ámbito de la filosofía de la justicia y de la política del derecho (Kelsen).

V.3. La (di)solución realista de la paradoja

Asumiendo una mirada realista, no queda más que concluir que la pretendida solución de Shapiro a la paradoja de la autoridad es meramente una farsa, una ilusión, basada, como hubiera señalado Austin, en una trama de discursos inciertos.

¿Puede, de hecho, resolverse tal paradoja? ¿Acaso el fracaso de Shapiro muestra que no tiene solución?

Ya hemos visto que la paradoja está mal planteada (*supra*, § 5.1). Sin embargo, *for argument's sake*, merece la pena ensayar una estrategia de escape, que equivale, más o menos, a disolverla. Para mostrar cómo podría diseñarse esa estrategia, me referiré al relato de Shapiro acerca de los dos hijos del poderoso rey Lex, Positivo, quien le sucedió en el trono, y Natural, quien en cambio fue excluido del poder, donde la paradoja de la autoridad es el eje alrededor del cual se consuma la tragedia.

He aquí el relato:

Tras algunos años de reinado, Positivo modificó la regla del diezmo para aumentar la cantidad de granos que cada miembro del grupo debía contribuir al almacenamiento común. Como nadie estaba satisfecho con esta decisión, Natural vio la oportunidad de desafiar la potestad de Positivo. Durante la siguiente reunión de la aldea, natural se puso de pie y anunció que no obedecería la nueva regla del diezmo. “Pero Natural”, protestó

Positivo, “yo soy quien crea las reglas y tú tienes la obligación jurídica de obedecerme”.

[...] En respuesta a las quejas de Positivo, Natural expuso la misma paradoja sobre la posibilidad de la autoridad jurídica con la que Phil [el filósofo de la tribu] había sorprendido a su padre algunas décadas antes: ¿cómo puede Positivo tener la autoridad jurídica de crear reglas, cuando se requieren reglas para conferir semejante autoridad y la autoridad para crear reglas? [...] Positivo argumentó que la autoridad jurídica en última instancia depende del poder político. Como tiene la habilidad de castigar a quienes no paguen el diezmo, tiene entonces el derecho jurídico de imponerles la obligación de obedecer. Pero Natural tenía una contestación para esto: “el mero hecho de que puedas castigarme es solo un hecho descriptivo [*sic*] del mundo. Tu afirmación simplemente describe lo que *es* el caso. No obstante, para que yo esté jurídicamente obligado a obedecerte, tú debes demostrar que jurídicamente se te debe obediencia. Como no es posible deducir lo que debe ser a partir de lo que es, de aquí se implica que no puedo estar jurídicamente obligado a obedecerte”.

Positivo concedió que Natural tenía razón, pero intentó plantear otra idea [...]. La autoridad jurídica, de acuerdo con esta visión alternativa, deriva de la práctica de deferencia de los miembros del grupo. Positivo tiene autoridad jurídica para obligar porque todos consideran que tiene esa autoridad. Pero Natural ofreció la misma respuesta: “Decir que todos piensan que tienes el derecho de ordenarle qué hacer es solo formular un enunciado descriptivo del mundo. Por otra parte, inferir que realmente tienes un derecho jurídico es extraer una conclusión normativa. Los enunciados normativos nunca pueden deducirse de simples enunciados descriptivos”. Positivo comprendió el argumento de Natural y no supo qué responder. Entonces, hizo lo que los gobernantes han hecho a lo largo de la historia

con los disidentes que dicen cosas que tienen sentido: Positivo hizo que [Natural] fuera ejecutado⁴¹.

Así que, aparentemente, Positivo no tenía forma de escapar a los argumentos de Natural –aunque, por supuesto, la ejecución de Natural no era de ninguna manera el único final posible–.

Tal vez, sin embargo, contrariamente a lo que sugiere Shapiro, Positivo pudo haber apelado a una vía de escape efectiva y razonable a los argumentos de Natural, y, además, distinta de la que provee la teoría de los planes (es decir, alternativa a asumir la vigencia de misteriosos principios de racionalidad instrumental), que, como ya hemos visto, funciona al precio de adoptar un enfoque iusnaturalista.

Tengo la sospecha de que ambos hermanos cayeron bajo la influencia de un pésimo consejero. Phil, el filósofo de la tribu, jugó un rol central en la tragedia y debe ser considerado moralmente responsable. Natural, de no haber estado cegado por el resentimiento que le produjo haber sido excluido por Lex del poder, habría debido estar más atento a los trucos de Phil. Positivo, también, habría debido notar que algo no funcionaba en los argumentos de Natural (y de Phil). En suma, ellos, y su padre antes que ellos, tuvieron la mala suerte de tener en su comunidad un filósofo como Phil, confundido y provocador de confusión a la vez. En cambio, de haber estado a mano Anfry (el viejo amigo *Analysis Freak*), el resultado de la discusión entre Natural y Positivo probablemente hubiera sido distinto, como sugeriré a continuación.

Anfry es, por supuesto, un realista analítico. Esto es, más o menos, lo que, de haber estado presente, Anfry habría sugerido a Positivo y a Natural para calmarlos.

1. Frente al derecho, dos posturas básicas, dos juegos básicos, están disponibles: el del jugador (participante) y el del observador.
2. El del jugador es un juego comprometido, práctico. Para jugar, tenemos que tomar decisiones sobre quién juega qué papel; qué es lo que cada papel involucra en términos de derechos, deberes, poderes, etc.; cuándo, si es que alguna vez, y cómo las reglas

- producidas por el creador de las mismas pueden ser impugnadas, etc.
3. El juego del observador es, en cambio, un juego de conocimiento. Se trata de conocer, en los hechos y en la mejor medida posible, cómo funcionan, cuándo comienzan y son jugados, etc., los juegos sociales que llamamos derecho.
 4. El positivismo jurídico, en las posturas epistemológicas y teóricas mencionadas más arriba (*supra*, § 3), persigue el objetivo de ofrecer a las personas una teoría empírica, libre de valoraciones y desapasionada, de los órdenes jurídicos positivos. No se ocupa de lo que le gente debe moralmente hacer, si no que, en su lugar, se ocupa de *reportar* qué es lo que deben hacer *desde el punto de vista o de acuerdo a* cierto ordenamiento jurídico vigente.
 5. Las filosofías de la justicia, y las teorías iusnaturalistas entre ellas, por el contrario, persiguen el objetivo de proveer a las personas razones para cumplir (completamente o bien hasta cierto punto), o no cumplir, con las reglas y estándares de los ordenamientos jurídicos positivos.

A la luz de estas consideraciones triviales, Positivo podría haber reaccionado de manera diferente a las objeciones de Natural. Por ejemplo, respecto de la objeción de Natural según la cual él (Natural) no obedecería la regla porque (Positivo) carecía de autoridad jurídica, podría haber respondido del siguiente modo:

¡A ver Natural, un minuto! Me parece, si es que puedo decirlo, que estás mezclando las cosas en tu argumento aparentemente sensato. Déjame tratar de explicar de qué se trata.

Aquí hay dos cuestiones diferentes en juego que deben mantenerse separadas.

Por un lado, está la cuestión teórica (descriptiva) que concierne a si, sobre la base de alguna visión empírica del derecho y libre de valoraciones, podemos afirmar que, de acuerdo con nuestra

Constitución, yo tengo la autoridad jurídica para crear reglas, y también esta regla en particular.

Por el otro lado, está la cuestión práctica de si tú tienes el deber moral de obedecer las reglas que yo creo en mi carácter de legislador, y también de obedecer esta regla en particular.

En lo que respecta a la primera cuestión, nadie negaría que, desde el punto de vista de una teoría empírica del derecho positivo, según proponen los positivistas, aquí tenemos un sistema jurídico, donde alguien (yo mismo) tiene la autoridad jurídica para crear normas jurídicas. Esto podemos explicarlo en los siguientes términos: cuando nuestro padre Lex vivía, él y otras personas celebraron una convención constitucional relativa al modo adecuado para gobernar nuestra sociedad. Seguramente fue una convención *jurídica*, porque fue su objetivo proclamar y establecer un *sistema jurídico*, aunque, por supuesto, no mediante una autorización jurídica previa (*Ex facto ius oritur*: ¿no es así?). El resultado de esa convención fue la decisión de producir algunas normas constitucionales de acuerdo a las cuales: (i) Se proveyó a Lex el poder de crear normas y de aplicarlas; (ii) también se acordó que, a su muerte, Lex designaría a aquel que lo sucedería en el ejercicio de esas funciones. Desde entonces, la gente de nuestra sociedad se somete, en su mayoría, a las normas que Lex creó y también colaboran con los actos de aplicación. Lo mismo ocurrió cuando yo mismo ejercí los poderes de creación y aplicación de normas. Yo –junto con los oficiales de policía a los que he nombrado y pagado con fondos de las arcas públicas– tengo la fuerza necesaria para hacer cumplir las normas; yo también he firmado tratados con los pueblos vecinos relativos a los límites territoriales de nuestra comunidad (desde los Viñedos de los Caimanes hasta las cumbres del Monte Shibboleth).

Bien, en lo relativo a cómo el derecho positivo –y nuestro sistema jurídico– funciona, el problema del huevo y la gallina está mal planteado; es un claro reflejo de un calambre mental que requiere terapia filosófica. La existencia de casos claros, obvios, de sistemas jurídicos sugiere que, usualmente, la autoridad juri-

dica surge de algún hecho *constitutivo*, el cual se establece y es tenido en cuenta como un hecho *jurídico*. Como consecuencia, la alternativa que presentan los principios del huevo y la gallina es demasiado estrecha como para ser buena.

Vamos a ver:

Huevo: alguien tiene el poder de crear normas jurídicas si, y solo si, una norma jurídica existente le confirió ese poder.

Gallina: una norma que confiera el poder de crear normas jurídicas existe si, y solo si, alguien con el poder jurídico de crearla lo ha hecho.

Sin embargo, mediante un sencillo ejercicio de la imaginación, lo que ocurrió al alba de los ordenamientos jurídicos es algo como un *fiat* individual o colectivo como este:

“Nos, *por medio de este acto*, establecemos procedimientos para la creación y aplicación de reglas concernientes a nuestros comportamientos recíprocos y frente a otras gentes, tierras, comercios, etc. y llamamos a estos procedimientos, y a las reglas que surjan de ellos, *derecho, nuestro derecho*”.

Por supuesto, también son posibles actos fundacionales del derecho con el carácter de revoluciones o golpes de estado:

“Nos, *por medio de este acto*, establecemos un nuevo procedimiento para crear y aplicar reglas jurídicas, y este será *nuestro derecho* de ahora en más”.

Y puede ocurrir que las personas, en otros ordenamientos jurídicos, reaccionen del siguiente modo:

“Muy bien, hicieron eso. Pero vamos a ver si realmente tienen la fuerza y el apoyo popular necesario para hacer de su nuevo orden uno generalmente eficaz”, o, en un contexto internacional de derechos humanos y anti soberanía: “Hiciste eso. Pero aunque tengas la fuerza para hacer eficaz tus reglas vamos a considerarlas jurídicamente nulas de manera absoluta, y consideraremos ilegal el ejercicio de tu poder político, porque

eres responsable de graves violaciones a los derechos humanos. Tan pronto como podamos capturarte, tú y tus cómplices serán llevados a la Corte Penal Internacional, donde deberán responder por sus crímenes”.

Para resumir: en vista de *explicaciones* tan simples sobre la existencia del derecho (o bien de cómo son posibles las autoridades jurídicas), los principios del huevo y la gallina tienen un olor de fundacionalismo mal planteado – y notamos, por cierto, que Kelsen, con su idea de la norma básica (*Grundnorm*) *presupuesta o ficticia*, vio esto claramente.

Por ende, parece posible proporcionar una solución razonable al problema teórico (descriptivo) acerca de *si* yo, Positivo, (y cualquier otra persona en el mundo) *puede* tener la autoridad jurídica para crear reglas – una vez que, lo repito, se adopte la perspectiva de una teoría del derecho empírica y libre de valoraciones.

Frente a esta conclusión, sin embargo, tú, Natural, podrías argumentar que, en lo que a nuestro sistema jurídico concierne, yo no tengo la autoridad jurídica para crear *esa regla en particular*, que impone un diezmo más gravoso. En otras palabras, puedes cambiar el tema, de uno aparentemente general, crucial, fundacional, metafísico y filosófico, concerniente a la mismísima “posibilidad” del derecho, a un problema de *interpretación constitucional*. ¿Acaso la convención constitucional fundante me da el poder de crear una regla con *ese* contenido, o bien una regla de ese tipo debe ser considerada insanablemente nula, ya que se encuentra más allá de los poderes conferidos? ¿Tengo el poder de crear solo normas razonables para nuestra comunidad, o puedo también crear cualquier tipo de regla que me plazca, incluso reglas irrazonables? ¿Quién, en todo caso, decidirá acerca de la razonabilidad de las reglas? Creo –pero esto es, claro está, un argumento llevado desde el punto de vista de un participante– que nuestra Constitución le confía al gobernante el poder de crear reglas *razonables* para la comunidad; también creo, sin embargo, que le confía al gobernante el *poder absoluto* de determinar si una regla es o no razonable para la comunidad. Desde este (práctico, interpretativo y argu-

mentativo) punto de vista (desde un punto de vista empírico, un observador podría relevar que este es un tema nuevo para nuestra sociedad; que la interpretación constitucional nunca había sido un problema; que comportamientos pasados parecen sugerir que la gente no tiene, ni tenía, una idea clara acerca del poder creador de normas del gobernante, etc.), yo digo, para concluir, que de acuerdo con nuestra Constitución, si se la interpreta correctamente, *tú*, que eres un súbdito de esta comunidad jurídica, tienes el deber jurídico de cumplir con la regla del diezmo que yo creé, y a su vez *yo* tengo el poder de ordenártelo.

Ahora llegamos a la otra cuestión de que hablé al comienzo: es decir, la cuestión de si tú tienes el *deber* de cumplir con dicha regla; si, en términos más precisos, tú (también) estás *moralmente obligado* al cumplimiento (ya que, mediante una pregunta abierta, podemos siempre decir: “Bien, de acuerdo con el ordenamiento jurídico *OJ*, yo tengo de hecho el deber jurídico de hacer *x*; pero, *¿debo* yo hacer *x* *moralmente*? *¿Estoy* moralmente *justificado* a hacer *x*?). Lo deberes morales no pueden depender, en definitiva, sino de aquello a lo que nos comprometemos. Dependen, para cada agente moral, de su acto de elección moral última, con el cual él adopta las pautas que regulan su conducta frente a los demás, y su responsabilidad moral.

En este tema, yo diría –nuevamente, no por razones teóricas, sino como un participante comprometido– que nuestro sistema jurídico es moralmente bueno, que promueve el gobierno de la razón en los asuntos públicos, y que, en todo caso, la regla del diezmo no es tan irrazonable ni tan moralmente repugnante como para justificar el costo que la sociedad debería soportar debido a un acto de desobediencia (*tu* acto de desobediencia). Entonces, digo que no solo tienes de hecho el deber jurídico de hacer lo que te ordeno (en cuanto miembro de esta comunidad jurídica), sino que además (moralmente) *debes* hacerlo, por varias buenas razones que deberías aceptar. Por supuesto, puedes pensar distinto. Puedes defender una concepción distinta de lo que es el buen gobierno y la creación moralmente legítima

de normas. Tienes que tener en claro, sin embargo, que dichas posiciones no tienen nada que ver con la cuestión *teórica* acerca de si yo tengo, de hecho, alguna autoridad jurídica (y, de modo más general, con la cuestión acerca de la *existencia empírica* de los sistemas jurídicos y las autoridades jurídicas)”.

Natural decide abandonar la comunidad, luego de haber aceptado el argumento de Positivo. Positivo le concede diez vacas y tres quintales de maíz. Phil es sentenciado a diez años de meditación en la cumbre del Monte Karnap. *Exeunt omnes*.

Bibliografía

- Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.
- Carnap, R., “The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language”, trad. de A. Pap (www.ditext.com/carnap/elimination.html) del artículo original “Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache”, *Erkenntnis*, Vol. II, 1932.
- Chiassoni, P., *The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart’s Metaphilosophy of Law*, en “Problema”, 5, 2011, pp. 53-80; una versión revisitada puede leerse en Chiassoni, P., *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016, pp. 377-444.
- Chiassoni, P., “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism”, en Canale, D., Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Dordrecht - Heidelberg - New York - London, Springer, 2013, pp. 153-168.
- Chiassoni, P., *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016.
- Dworkin, R., *Law’s Empire*, London, Fontana, 1986.
- Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.

- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., “Legal Positivism”, en Edwards, P. (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, Macmillan, 1967.
- Kant, E., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* de 1797 (trad. de G. Lizzaraga, *Principios metafísicos del derecho*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1873 - <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/principiosMetafisicosKant.pdf>
- Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton - Oxford, Princeton University Press, 2011.
- Marmor, A., *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Raz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Ross, A., “El problema de la validez y el positivismo jurídico”, 1961, en Ross, A., *El problema de la validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1969, pp. 7-46.
- Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.
- Stavropoulos, N., *Legal Interpretivism*, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First Published Tue Oct 14, 2003; substantive revision Tue Apr 29, 2014.

Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos*

Theoretical Disagreements through Positivist Eyes

Jordi Ferrer Beltrán** y Giovanni Battista Ratti***

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: Los autores analizan las partes de *Legalidad*¹ que abordan el problema de los desacuerdos jurídicos y la conexas teoría de la interpretación (y metainterpretación) desplegada por Shapiro con el fin de superar tal dificultad. La cuestión de los desacuerdos jurídicos, junto con las principales asunciones del positivismo jurídico, hace necesario, de acuerdo con los autores, prestar cierta atención a las versiones contemporáneas de tal concepción teórico-jurídica. En consecuencia, la estructura del artículo es la siguiente: en el primer párrafo, se trata el positivismo en el modo en que normalmente es explicado en la teoría del derecho angloamericana; en el segundo párrafo, los autores presentan su propia explicación del positivismo jurídico metodológico, deudora en gran medida de las obras de Bobbio y Ross; en el tercer párrafo, se resume el argumento de los desacuerdos y se analizan atentamente las dificultades que supuestamente plantea al positivismo jurídico; esto lleva al cuarto párrafo, donde la concepción de Shapiro de la interpretación jurídica y su consiguiente respuesta a semejante desafío son examinadas;

* Traducción de Miguel Fernández Núñez.

** Profesor de Filosofía del Derecho y Director de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona (España). E-mail: jordi.ferrerb@udg.edu

*** Profesor de Filosofía del Derecho, Università degli Studi di Genova (Italia). E-mail: gbratti@unige.it.

¹ Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014.

en el quinto y último párrafo, se extraen algunas conclusiones, siendo la principal de ellas que la sofisticada teoría de la interpretación de Shapiro es, por un lado, supererogatoria y, por otro, infiel al auténtico espíritu del positivismo metodológico tradicional, al mezclar aspectos descriptivos y prescriptivos de la interpretación jurídica.

Palabras clave: positivismo jurídico, metodología, interpretación, desacuerdos jurídicos.

Abstract: The authors analyze the portions of *Legalidad* which deal with the problem of legal disagreements and the related theory of interpretation (and metainterpretation) deployed by Shapiro in order to overcome that difficulty. The question of legal disagreements, together with the main assumptions of legal positivism, according to the authors, makes it necessary to pay some attention to the current accounts of such a jurisprudential conception. As a consequence, the structure of their article is this: in the first section, it deals with legal positivism in the way it is commonly accounted for in Anglo-American jurisprudence; in the second section, the authors present their own account of methodological legal positivism, much indebted to Bobbio's and Ross's works; in the third section, the argument from disagreements is summed up and the difficulties it allegedly poses to legal positivism are carefully analyzed; this leads to the fourth section, where Shapiro's conception of legal interpretation and consequent response to such a challenge is examined; in a fifth and final section, some conclusions are drawn, the main of which is that Shapiro's sophisticated theory of interpretation is, on the one hand, supererogatory, and, on the other hand, unfaithful to the genuine spirit of traditional methodological positivism, since it conflates descriptive and prescriptive aspects of legal interpretation.

Keywords: legal positivism, methodology, interpretation, legal disagreements.

I. El debate angloamericano sobre el positivismo jurídico (en pocas palabras)

Las ideas de Shapiro en torno al positivismo jurídico están fuertemente arraigadas en el debate angloamericano entre las dos escuelas cismáticas del positivismo jurídico incluyente (en lo sucesivo, PJI) y del positivismo jurídico excluyente (PJE): en el ámbito de dicho debate, Shapiro es un conocido partidario del segundo².

Con el fin de comprender mejor la teoría de Shapiro, es aconsejable mencionar, aunque de forma sucinta, el debate entre defensores del PJI y del PJE³.

En la teoría jurídica angloamericana, el positivismo jurídico se articula a menudo en torno a dos tesis principales, la “tesis de las fuentes sociales” (*social thesis*) y la “tesis de la separabilidad” (*separability thesis*)⁴. La primera afirma que aquello que cuenta como derecho en una cierta comunidad social es, principalmente, un problema de hechos sociales. La segunda declara que el derecho como es y el derecho como debe ser son dos cuestiones distintas. Las dos tesis son, con frecuencia, leídas conjuntamente. O, mejor dicho, la tesis de la separabilidad es leída a través de las gafas de la tesis de las fuentes sociales⁵. El debate

² Cfr. Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

³ Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 108. Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 331, explica el debate en términos de lo que llama “tesis del carácter último” (*Ultimacy Thesis*) –que afirma que “los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por hechos sociales” y que es defendida tanto por el PJE como por el PJI– y la “tesis del carácter excluyente” (*Exclusivity Thesis*) –según la cual “los hechos jurídicos están determinados exclusivamente por hechos sociales” y que es defendida *solo* por el PJE–.

⁴ La tercera afirmación iuspositivista –la llamada “tesis de la discrecionalidad” (*Discretion Thesis*)–, que normalmente acompaña a las otras dos tesis mencionadas en el texto, será analizada al final del presente párrafo. Es oportuno notar que el debate en la teoría del derecho de los países de *civil law* también se basa, al menos en parte, en las tesis examinadas, a pesar de que su interpretación difiera de forma significativa de la asumida generalmente en el área de *common law*. Cfr., entre muchos, Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México D. F., Fontamara, 2006.

⁵ Como veremos, tal lectura es engañosa, dado que estas comprenden distintos niveles de investigación acerca del derecho.

teórico-jurídico, de hecho, ha tenido por objeto la cuestión “de si la tesis de las fuentes sociales debería ser interpretada en el sentido de formular simplemente las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento [...] o si la tesis de las fuentes sociales formula también un vínculo sobre el *contenido* del test de validez jurídica que toda regla de reconocimiento puede establecer”⁶. Como es sabido, el PJI sostiene la primera lectura, mientras que el PJE defiende la segunda.

Las distintas interpretaciones de la tesis de las fuentes sociales (propugnadas, respectivamente, por el PJI y por el PJE) están, por tanto, vinculadas a la cuestión de si el derecho está separado o no de la moral. De hecho, el PJI defiende la tesis según la cual “no es necesariamente cierto que en todo sistema jurídico la validez jurídica de una norma dependa de su valor moral”, mientras que el PJE defiende la tesis en virtud de la cual “es necesariamente cierto que la validez jurídica de una norma no depende de su valor moral”⁷. Es decir, para el PJI, el derecho puede estar “ontológicamente” conectado con (así como separado de) la moral, mientras que para el PJE el derecho no puede presentar nunca tal conexión.

Shapiro ha ofrecido uno de los intentos más conocidos de defender el PJE a partir del presupuesto de que un sistema jurídico “inclusivo” no puede cumplir la función de guiar el comportamiento humano. Su reciente libro *Legalidad* marca una nueva etapa en su sofisticada defensa del PJE. En efecto, una de las principales tesis del libro es

⁶ Leiter, B., *op. cit.*, pp. 107-108.

⁷ Cfr. Coleman, J., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 265. (La traducción de las obras citadas es del traductor de este texto, salvo que se indique otra cosa). Nótese que, en la formulación de Coleman, la tesis del PJE implica la del PJI, en el momento en que “necesario” implica “posible”. No obstante, se trata de una implicación sumamente contraintuitiva. Para evitarla, la tesis del PJI debe ser reformulada del siguiente modo: “No es necesariamente cierto que en todo sistema jurídico la validez de una norma dependa de su valor moral *ni* que la validez jurídica de una norma no dependa de su valor moral”. Esto significa que es contingente que la validez jurídica de una norma dependa de sus méritos morales. Por cuanto “contingente” y “necesario” son dos modalidades incompatibles, tenemos ahora una explicación que no comporta la consecuencia contraintuitiva de que el PJE implique el PJI. Debemos a Jorge Rodríguez esta clarificación.

que los planes inhiben la deliberación respecto de los hechos que pretenden regular. Un “plan”, según Shapiro⁸, es un tipo de norma que reduce los “costes deliberativos” en caso de incertidumbre. El sistema jurídico, a su vez, es una organización que produce planes, dirigidos a corregir los defectos morales relativos a las cuestiones morales que son advertidas como particularmente complejas y/o controvertidas en una determinada comunidad política. Este es, según Shapiro, el rasgo distintivo del derecho⁹.

Ahora bien, según la “teoría del derecho como plan”, si queremos que el derecho guíe el comportamiento, no podemos admitir referencia alguna a la moral, ya que ello haría necesario deliberar nuevamente sobre los hechos que han inducido a dotarse de un plan maestro y volvería tal plan y el haberse valido de un sistema jurídico completamente inútiles¹⁰.

Se trata, como es evidente, de una reformulación del argumento ya clásico de Shapiro según el cual el PJE es conceptualmente preferible al PJI justamente por el hecho de que el segundo no sería apto para dar cuenta de la función de guía de la conducta propia del derecho, ya que la regla de reconocimiento del PJI no sería capaz de marcar la diferencia práctica en el proceso deliberativo (ni desde un punto de vista epistémico ni desde un punto de vista motivacional).

Otro punto interesante de la presentación del debate entre el PJI y el PJE proporcionada por Shapiro es su discusión de la “tesis de la

⁸ Shapiro, S., *Legalidad, Ibidem*, p. 169-171. Para una presentación más amplia de la noción de “plan”, ver en este mismo número el artículo de Pino, cfr. Pino, G, “¿Cuál es el plan? Sobre la interpretación y la meta interpretación en *Legalidad* de Scott Shapiro”, en *Discusiones*, XX(2), 2017.

⁹ Shapiro, S., *ibidem*, p. 265. Críticas asimilables a esta visión (denominada por Shapiro “la tesis del fin moral”) en Gardner, J., Macklem, T., “Review of S. J. Shapiro’s ‘Legality’”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011.

¹⁰ Shapiro, S., *ibidem*, p. 168-169, n. 5: “cuando quien planifica reconoce que su plan es aplicable, no debería deliberar sobre los méritos del caso en cuestión. Se supone que el plan resuelve si se debe actuar de cierto modo y, por tanto, deliberar antes de la ejecución socava el propósito fundamental del plan. El planificador ejecuta racionalmente el plan porque lo adopta y es aplicable, y por ninguna otra razón”.

discrecionalidad”. Las ideas de Shapiro al respecto pueden ser resumidas del siguiente modo:

- 1) Siendo un artefacto humano, el derecho es limitado y no puede resolver todas las situaciones jurídicamente relevantes¹¹;
- 2) el PJI y el PJE proporcionan explicaciones distintas de aquello que hacen los jueces en los casos no resueltos por normas basadas en hechos sociales: mientras que el PJI sostiene que los jueces pueden recurrir a estándares morales, válidos en virtud de la regla de reconocimiento, el PJE les niega tal posibilidad;
- 3) en consecuencia, para el PJI “los jueces estarían identificando el derecho incluso cuando llevaran a cabo un razonamiento moral, porque estarían utilizando normas que son seleccionadas en el nivel más alto por algún hecho social”¹².
- 4) Para el PJE, en cambio, tal cosa no es posible, ya que cualquier norma carente de pedigrí no puede ser una norma jurídica. Según el PJE, “el argumento sobre los límites de lo social implica que el derecho contiene muchas lagunas e inconsistencias no resueltas, y que los jueces no tienen más remedio que actuar como legisladores”¹³ o aplicar normas externas al sistema en cuyo ámbito operan¹⁴.

Estamos sustancialmente de acuerdo con la reconstrucción, ofrecida por Shapiro, del comportamiento judicial según el PJI y el PJE

¹¹ *Ibidem*, p. 327.

¹² *Ibidem*, p. 333.

¹³ *Ibidem*, p. 334.

¹⁴ *Ídem*: “los positivistas jurídicos excluyentes están de acuerdo con la observación de Dworkin de que los jueces estadounidenses generalmente asumen que hay normas que resuelven los casos difíciles y que tienen la obligación jurídica de descubrirlas y aplicarlas. Pero arguyen que Dworkin ha malinterpretado los hechos: el comportamiento judicial en los casos difíciles no muestra que el formalismo sea verdadero y que los jueces carezcan de discreción fuerte. En los casos difíciles, en que las normas primarias con pedigrí se han agotado, los jueces estadounidenses simplemente tienen una obligación jurídica de aplicar estándares extra-jurídicos. En otras palabras, el hecho de que los jueces estadounidenses tengan la obligación de aplicar normas sin pedigrí no implica que estén obligados a aplicar derecho preexistente; en lugar de ello, sencillamente tienen una obligación de ir más allá del derecho y aplicar las normas de la moral”.

respectivamente. Sin embargo, es conveniente plantear alguna observación adicional.

En primer lugar, parece que Shapiro sostiene que los sistemas morales son siempre determinados, al afirmar que las lagunas normativas se pueden colmar fácilmente recurriendo a las normas morales. No pretendemos aquí ahondar en la cuestión, pero permítasenos sugerir al menos que resulta sumamente dudoso que los sistemas morales ofrezcan siempre una única respuesta a cualquier cuestión jurídica. De veras, no es difícil imaginar o rastrear distintos sistemas morales incompletos¹⁵.

En segundo lugar, parece también que Shapiro sostiene que los sistemas de derecho positivo, de acuerdo a cualquier tipo de positivismo, son necesariamente incompletos: lo cual es bastante sorprendente. Hay muchos pasajes en que Shapiro defiende esta tesis:

es imposible que los hechos sociales seleccionen un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles. Las normas con pedigrí frecuentemente se agotarán, dejando muchas lagunas e inconsistencias no resueltas. Y, como los positivistas [excluyentes] niegan que las normas morales carentes de pedigrí sean derecho, no pueden completar el vacío jurídico¹⁶.

Por otro lado, el positivismo jurídico excluyente acepta el argumento de Dworkin de que el positivismo jurídico se compromete con el antiformalismo moderado. El derecho está determinado exclusivamente por hechos sociales y, puesto que los hechos sociales no pueden resolver toda cuestión por adelantado, el derecho contendrá muchas lagunas y contradicciones¹⁷.

El derecho está completamente determinado, entonces, cuando regula toda acción bajo toda posible descripción. El derecho

¹⁵ Es asimismo posible que, en caso de laguna, se disponga de distintos sistemas morales. En ausencia de un metacriterio ordenador, escoger una solución moral, caso por caso, de distintos sistemas morales en competición conduciría muy probablemente al surgimiento de antinomias.

¹⁶ *Ibidem*, p. 327.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 335-336.

está indeterminado, en cambio, si no regula alguna acción bajo alguna descripción posible. Esto ocurrirá en una gran cantidad de casos, incluyendo aquellos en que la acción se ubica en la zona de penumbra de alguna regla, pero no en el núcleo de una regla más específica; en el núcleo de una regla moralmente cargada, pero no en el núcleo de una regla más específica moralmente neutra; o en el núcleo de dos reglas inconsistentes no existiendo una regla que resuelva tales conflictos. Puesto que las conductas están comprendidas en una de esas categorías de manera inevitable, se infiere que el derecho nunca está completamente determinado¹⁸.

La tesis del carácter “necesariamente incompleto” del derecho elaborada por Shapiro presenta algunas dificultades. A nuestro juicio, la cuestión de si son completos los sistemas jurídicos es una cuestión empírica, no conceptual. No es conceptualmente imposible (pese a ser empíricamente arduo) que una autoridad normativa legisle de modo exhaustivo respecto de un cierto ámbito de relaciones sociales. Una vez que se ha identificado el universo del discurso relevante, la autoridad normativa tiene la posibilidad de regular de forma exhaustiva las acciones que caen en el ámbito de tal universo. Shapiro, al examinar el PJE, parece rechazar esta posibilidad cuando afirma que “es imposible que los hechos sociales seleccionen un conjunto completo de reglas para todos los casos concebibles” porque los “hechos sociales no pueden resolver toda cuestión por adelantado”. Si “concebibles” significa “concebibles en el ámbito de un cierto universo del discurso”, no se ve por qué ello deba considerarse imposible. Las autoridades normativas pueden resolver, en un nivel abstracto en que se hace referencia a clases de acciones o eventos, todas las cuestiones por adelantado: lo que no pueden hacer, a causa de la vaguedad (intensional y extensional), es determinar completamente las decisiones judiciales en el nivel particular de la aplicación (o sea, en el nivel de los casos individuales)¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*, p. 344.

¹⁹ Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (1971), Buenos Aires/Bogotá, Astrea, 2012, p. 47 y ss; Alchourrón, C. E., “On Law and Logic” (1996), en Ferrer Beltrán, J., Ratti, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

La principal razón conceptual por la que Shapiro considera que el derecho es *necesariamente* incompleto puede residir en la tesis por la cual el derecho está completamente determinado solo cuando regula toda acción bajo toda posible descripción. Por lo que se puede entender, su argumento es el siguiente: puesto que las acciones pueden ser descritas en infinitas maneras, las autoridades normativas, que pueden gestionar solo un número limitado de descripciones de estados de cosas, no pueden imaginar y disciplinar todas ellas. El argumento, reconstruido de este modo, no convence. En primer lugar, las autoridades normativas podrían formular una norma general de clausura (que normalmente consiste en una norma permisiva)²⁰ para todos los posibles universos de discurso (aunque no conozcan todas sus posibles descripciones)²¹. Ello volvería el derecho completo bajo toda posible descripción, pero lo volvería también incoherente, ya que los casos más específicos (o sea, los casos identificados por medio de un conjunto más rico de propiedades relevantes) resultarían conectados con soluciones incompatibles con las asignadas a casos menos específicos (o sea, casos identificados mediante un conjunto más restringido de propiedades)²². Con todo, los

²⁰ Otras normas de clausura –como “Todo lo que no está cualificado jurídicamente es obligatorio” o “Todo lo que no está cualificado jurídicamente está prohibido”– crean dificultades lógicas de sobra conocidas. Cfr., de nuevo, Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *op. cit.*, p. 190 y ss.

²¹ De hecho, lo que hace posible la legislación mediante normas generales y abstractas es la ley lógica del refuerzo del antecedente (también llamado “principio de aumentación”), según la cual un enunciado condicional implica un condicional cuyo antecedente originario está enriquecido por la adición de una proposición cualquiera. En lenguaje simbólico: $(p \supset q) \supset (p \& r \supset q)$. Así es que las autoridades normativas, por definición, no pueden concebir todas las combinaciones futuras de las propiedades, pero pueden disciplinarlas precisamente mediante la regla del refuerzo del antecedente.

²² Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *op. cit.*, pp. 149-150 y 243 y ss. Para aclarar el punto, consideremos un conocido ejemplo. Una norma dispone que, en el caso de que se esté en presencia de un testamento válido y de la muerte del testador por parte del heredero, esté prohibido al heredero recibir el caudal hereditario (en lenguaje simbólico: “ $w \& k \supset O \sim i$ ”). Sin embargo, el caso menos fino caracterizado por la sola presencia de un testamento válido no es, en hipótesis, resuelto por una determinada norma del sistema (recuérdese que las soluciones dispuestas por normas más específicas no son aplicables, por razones lógicas, a normas menos específicas). Por consiguiente, podemos aplicar a dicho caso la norma de clausura permisiva: se sigue de ello que ahora

sistemas jurídicos normalmente proporcionan soluciones para ciertos universos del discurso (lo que quiere decir que las autoridades normativas no están interesadas en disciplinar todos los posibles universos del discurso): esto significa que no son concebidos para resolver cada caso bajo cualquier descripción posible (la definición de “determinación completa” introducida por Shapiro, aun siendo interesante desde un punto de vista lógico, es irrelevante para los sistemas *reales*). Tales sistemas son concebidos, más bien, para resolver determinadas cuestiones en la descripción *jurídicamente relevante*. Si esto es correcto, no se comprende por qué un sistema jurídico no pueda *nunca* ser completo.

Otro argumento a favor de una indeterminación radical del sistema propuesto por Shapiro consiste en señalar que los casos pueden caer en una de las siguientes categorías: (1) en la zona de penumbra de una norma pero no en el núcleo de una norma más específica, (2) en el núcleo de una norma moralmente cargada pero no en el núcleo de una norma moralmente neutra más específica, o (3) en el núcleo de dos normas antinómicas. Dado que esto es inevitable, Shapiro concluye que “el derecho nunca está completamente determinado”²³.

Conviene notar que las categorías usadas por Shapiro son conceptualmente controvertidas. En primer lugar, las primeras dos categorías tienen que ver con casos individuales, y no genéricos: es decir, se refieren a la subsunción de casos particulares en normas generales. Pero tal subsunción puede resultar dudosa aunque el derecho sea completo respecto de las clases de acciones o eventos que aspira a regular.

La tercera categoría, obviamente, debe quedar circunscrita en un doble sentido: en primer lugar, se debe distinguir entre antinomias que pueden ser resueltas y antinomias que no pueden ser resueltas por metacriterios; en segundo lugar, conviene distinguir entre antinomias

resulta conectado con el permiso de heredar (“ $w \supset \sim O \sim i$ ”). Es posible concluir que el caso caracterizado por la presencia de un testamento válido y la muerte del testador a manos del heredero está conectado con dos soluciones incompatibles (prohibido/permitido).

²³ La cita completa es la siguiente: “Puesto que las conductas están comprendidas en una de esas categorías de manera inevitable, se infiere que el derecho nunca está completamente determinado” (Shapiro, S., *ibidem*, p. 344).

por contrariedad (p.e., Op & $O\sim p$) y antinomias por contradictoriedad (p.e., Op & $\sim Op$), siendo solo las primeras efectivamente irresolubles desde un punto de vista práctico²⁴. Se debe notar asimismo que el juez, cuando se enfrenta con antinomias aplica siempre una norma válida al caso (mediante una ordenación jerárquica previa)²⁵, de tal modo que no es del todo correcto hablar del “agotamiento” del derecho, o de su indeterminación, entendida como insuficiencia de recursos.

Por estas razones, no se puede dar por sentado en ningún modo que el positivismo jurídico presuponga, o implique, que el derecho es necesariamente indeterminado desde un punto de vista sistemático. Evidentemente, esto no excluye que el derecho pueda ser indeterminado desde el punto de vista interpretativo: dicho de otro modo, la tesis según la cual no es necesario que el derecho sea indeterminado desde un punto de vista *sistemático* no implica en modo alguno la tesis por la cual no es necesario que el derecho sea indeterminado desde el punto de vista *interpretativo*.

II. El positivismo jurídico y la reafirmación de la tesis de la separación

La lectura del positivismo jurídico que comúnmente brinda el debate angloamericano, si bien es muy influyente, nos parece bastante engañosa y sustancialmente contraria a los orígenes modernos del positivismo jurídico, tal y como se encuentran en los trabajos de Jeremy Bentham y John Austin, y como han sido defendidas, más recientemente, con instrumentos filosóficos parcialmente renovados, por Norberto Bobbio y Alf Ross.

²⁴ En el caso de antinomias por contradictoriedad, el destinatario hace bien, desde un punto de vista práctico, en actuar la obligación de hacer p y en no usar el permiso de abstenerse de hacer p (o, en el caso de prohibiciones, en actuar la obligación de no hacer p y en no usar el permiso de hacer p).

²⁵ Gavazzi, G., *Studi di teoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 145.

En particular, sostendremos que la llamada “tesis de la separación”²⁶ es incomprendida sistemáticamente en el ámbito de dicho debate²⁷.

El positivismo jurídico, a nuestro juicio, puede ser caracterizado de modo (cuando menos) dúplice²⁸:

- 1) Desde un punto de vista metodológico, el positivismo jurídico constituye la tesis epistemológica por la cual el derecho puede ser conocido en términos estrictamente empíricos, basándose en la observación de ciertos hechos sociales²⁹. En otras palabras, es la afirmación en virtud de la cual el derecho puede ser descrito de forma valorativamente neutra: este es el núcleo de la *lectura epistémica* de la tesis de la separación.
- (2) Desde un punto de vista teórico, el positivismo jurídico puede ser concebido como la reconstrucción racional de tales (contingentes) hechos sociales.

Estos dos aspectos, aunque conectados en la práctica, no deben ser confundidos en la teoría.

²⁶ Preferimos la expresión “tesis de la separación” a la expresión “tesis de la separabilidad”, porque la última evoca una ontología de los mundos posibles que está en total contraste con la ontología fuertemente empirista implícita en la lectura epistémica de esta tesis, que se expresa mejor en referencia a la neta separación (y no solo separabilidad) de los dominios de hechos y valores.

²⁷ Ross, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” [1961], en Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993, p. 13, señala que es “en alto grado engaños[o]” concebir la tesis de la separación como una tesis sustancial u ontológica sobre la separación entre derecho y moral. Para una opinión contraria, que, sin embargo, no tiene en cuenta el tratamiento rossiano, cfr. Green, L., “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York Law Review*, 83, 2008, p. 1038: “La tesis de la separabilidad no es una afirmación metodológica. Solo rige en el dominio del nivel-objeto –esto es, en leyes y sistemas jurídicos”.

²⁸ Bobbio, N., *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, p. 101-126; Ross, A., “Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, *op. cit.*, p. 148-149.

²⁹ Según Ross (*op. cit.*, p. 150), el “grito de batalla” de Austin, en virtud del cual la existencia del derecho es una cosa y sus méritos o defectos otra, debe ser entendido en este sentido.

El primer modo, metodológico, de concebir el positivismo (la versión epistémica de la tesis de la separación, opuesta a la versión metafísica de tal tesis o tesis de la separabilidad) se ha perdido casi del todo en el debate angloamericano. Esto puede sonar sorprendente, en el momento en que gran parte de la formación teórico-jurídica en los países de *common law* se basa precisamente en el análisis de la tesis de la separación. Sin embargo, dicha tesis es leída como una afirmación sustantiva, y no epistémica. En efecto, toda la discusión entre partidarios del PJI y defensores del PJE, que hemos referido poco antes, gira en torno a la cuestión de si el derecho puede o no incorporar la moral. Pero esta parece una mera cuestión de “etiquetas”, que atañe a lo que se pretende denominar “derecho”³⁰. La propuesta del PJE, en particular, parece una mera estipulación del término “derecho”, cuya consecuencia principal consiste en negar el título de “derecho” a aquellos sistemas de normas sociales que pretenden incorporar, o hacer referencia a, la moral³¹. Obviamente, es posible que las autoridades normativas busquen incorporar, o remitir a, la moral (*rectius*, a un determinado sistema de normas morales), con lo que no queda claro en que consiste la ventaja de negar el título de “derecho” a tales sistemas de normas³².

³⁰ Shapiro, S., *Legalidad*, *Ibidem*, p. 336: “que el debate entre el positivismo excluyente e incluyente es esencialmente una disputa de ese tipo [terminológico]. Después de todo, el punto de discusión es si resulta adecuado llamar ‘norma jurídica’ a una norma sin pedigrí que los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar. En otras palabras, tanto el positivista excluyente como el incluyente coinciden en que los jueces tienen la obligación de aplicar normas morales una vez se agotan las normas con pedigrí. Simplemente, discrepan acerca de cómo describir lo que están haciendo: para el positivista jurídico incluyente, los jueces están aplicando normas jurídicas; para el positivista jurídico excluyente, están creando normas jurídicas”.

³¹ Así entendido, el PJE se asemeja mucho, en la estructura lógica, al iusnaturalismo definitorio, sobre el cual véase Celano, B., “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo ético”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV/1, 2005. Cfr. asimismo Ratti, G. B., *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 45. En lo sucesivo, daremos otra lectura del PJE.

³² Frederick Schauer ha observado, en una comunicación privada, que podríamos apresurarnos demasiado al sostener que el positivismo jurídico excluyente se limita a estipular una definición de “derecho”. La definición propuesta por el PJE capta una realidad empírica en la cual las disposiciones jurídicas, los libros de derecho, las facul-

El PJI, por su parte, ha debilitado tanto la tesis de la separación como para desproveerla de todo atractivo teórico. El positivismo jurídico, de acuerdo con los defensores del PJI, estaría a salvo al sostener que el derecho y la moral son separables en al menos un mundo *posible*. Sin embargo, esta tesis admite, *a contrario*, que el derecho y la moral (objetiva) no están casi nunca separados en el mundo *real*: por tanto, es difícil comprender por qué razón deberíamos continuar usando el término “positivismo” para una tesis en tan fuerte contraste con los datos empíricos.

Contrariamente a estas ideas, el positivismo jurídico, entendido como *metodología*, establece vínculos solo al método con el que adquirir conocimiento jurídico genuino, pero no a los hechos que constituyen fuentes del derecho. La tesis de la separación –el núcleo de tal metodología– no es otra cosa que la siguiente afirmación: *el derecho puede ser conocido de forma valorativamente neutra*. Lo que quiere decir que, desde un punto de vista epistemológico, el derecho puede ser conocido

tades de derecho, etc., ocupan un universo empírico separado del universo moral (pese a que los límites sean difusos). En efecto, aunque aludamos a la conexión empírica entre derecho y moral, hay igualmente maneras importantes en que dichos ámbitos normativos son empíricamente diferentes. Concordamos con la observación de Schauer, pero somos de la opinión de que tal separación empírica concierna eminentemente a la “institucionalización” de las fuentes del derecho, no a su interpretación ni a las potenciales “referencias” que tales fuentes puedan realizar, con mayor o menor éxito, a la moral. A nuestro juicio, el PJE, al menos en la influyente versión Raziana, no tiene los instrumentos necesarios para ofrecer una explicación de los fenómenos atinentes a la interpretación y al *drafting* legislativo que hemos mencionado hace un momento. Sería necesaria una versión distinta del PJE, por así decir “depurada”, que defendiese el carácter meramente factual, valorativamente neutro, de la identificación de las fuentes y una visión moderadamente escéptica de la interpretación jurídica (que no niega necesariamente –como sugiere la teoría formalista de la interpretación normalmente asociada con el PJE– relaciones interpretativas entre el significado de las fuentes jurídicas y consideraciones axiológicas o morales). Para una teoría de la interpretación excluyente y formalista, de estricto credo raziano, véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart, 2005, p. 95, quien sostiene que: “el positivismo jurídico no puede aceptar la concepción de que la ley está siempre sujeta a interpretación. Sencillamente no puede ser que toda conclusión sobre lo que es el derecho sea resultado de una interpretación u otra”.

como un mero conjunto de hechos, sin que sea necesaria, con el fin de conocerlo, valoración alguna.

Lo que, en cambio, impone vínculos a las fuentes del derecho es, en nuestra opinión, la concepción de la metaética que subyace a las distintas concepciones del derecho. En nuestra opinión, la única concepción plausible de la metaética es el no-cognitivismo. En el momento en que los hechos morales objetivos no existen, las posibles referencias a tales entidades morales efectuadas por las autoridades normativas deben considerarse como intentos fallidos de incorporar normas morales objetivas en un cierto sistema jurídico o imponer a los jueces la aplicación de normas que pertenecen a otro sistema normativo (en este caso, inexistente).

No es este el lugar para preparar una defensa articulada del no-cognitivismo ético. Con todo, la razón principal que nos lleva a defenderlo puede ser formulada de forma sencilla. Sobre la base de los métodos científicos difundidos en nuestra comunidad, podemos sostener que no existe prueba alguna a favor de la existencia de hechos morales objetivos. Cuando no existe ninguna prueba a favor de una aserción, se tiene licencia para pensar que tal aserción es falsa, cuando menos en el nivel de la *inducción*³³. Esto es exactamente lo que ocurre con las presuntas verdades morales objetivas: no hay prueba alguna de su existencia; pero, puesto que, conforme a nuestros estándares científicos, consideramos falso lo que no puede contar con ninguna prueba tenemos fuertes razones para considerar que el objetivismo ético es una tesis falsa. Se sigue que el derecho no puede sino consistir solo en hechos empíricos, por la muy prosaica razón de que solo tales hechos existen. Si es así, el PJI, así como el dworkinismo, son, en el mejor de los casos, simples exposiciones de lo que los operadores jurídicos creen que hacen y no de lo que realmente hacen. En particular, el PJI es solo un modo de afirmar que las autoridades normativas en ocasiones pretenden incorporar normas morales objetivas, independientemente

³³ El argumento *ad ignorantiam* constituye una muy conocida falacia deductiva. Con todo, es también sabido que la investigación científica y la obtención de pruebas tienen una estructura eminentemente inductiva.

de la cuestión de si tal concepción resulta o no exitosa (a nuestro juicio, tales intentos están necesariamente destinados al fracaso)³⁴.

Desde el punto de vista *teórico*, en cambio, el positivismo jurídico puede ser considerado una exposición (o, mejor, una reconstrucción) de los hechos sociales de los que está constituido el derecho. No se trata de una investigación de la “esencia” o de la “naturaleza” del derecho (investigación que caracteriza las doctrinas del derecho natural)³⁵, sino de una investigación concerniente a las formas y las estructuras contingentes que los sistemas jurídicos pueden asumir.

En este contexto teórico, y tras haber sido depurados de todo elemento esencialista, el PJI y el PJE pueden considerarse (o, mejor, deberían ser reformulados) como empresas teóricas, que buscan explicar tales formas y estructuras contingentes. A pesar de que diverjan en innumerables aspectos de la reconstrucción teórica del derecho, hay una asunción principal que es particularmente importante para el análisis que realizaremos en lo sucesivo. La “tesis nuclear” de ambos es que el derecho se basa en el acuerdo o en la convención: o sea, los hechos sociales, a los que hace referencia la tesis del carácter último (*Ultimacy Thesis*), consisten, fundamentalmente, en prácticas constituidas por comportamientos convergentes basados en el consenso.

Manteniendo separadas estas dos perspectivas sobre el positivismo jurídico (la metodológica y la teórica), es posible examinar de forma fructífera los desacuerdos jurídicos, ya que el desafío de Dworkin tal vez pueda menoscabar el positivismo teórico (especialmente aquel tipo de positivismo que explica el derecho, o su existencia, en términos de acuerdo)³⁶, pero no invalida de ningún modo el positivismo metodo-

³⁴ Cfr. Priel, D., “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005.

³⁵ Este modo de concebir la teoría jurídica –como señala Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 22– no es fácilmente separable del iusnaturalismo, puesto que presupone la idea (típicamente iusnaturalista) de que todos los sistemas jurídicos comparten algunas propiedades necesarias, independientemente de su colocación espacio-temporal.

³⁶ Esto es más que dudoso. Sobre el asunto, cfr. Dolcetti, A., Ratti, G. B., “Los desacuerdos jurídicos y la ‘doble naturaleza’ del derecho”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B.

lógico (*i. e.*, la tesis de que el derecho es susceptible de ser conocido científicamente, en términos empíricos)³⁷.

III. El argumento de los desacuerdos como presunta refutación del positivismo jurídico

La segunda parte del libro de Shapiro está articulada, en buena medida, en torno al argumento de los desacuerdos propuesto por Dworkin como una presunta refutación del positivismo jurídico. En pocas palabras, el conocido argumento dworkiniano es el siguiente.

Dworkin utiliza dos dicotomías para atacar el positivismo jurídico en el tema de los desacuerdos en el derecho³⁸.

La primera dicotomía está constituida por la pareja “fundamentos del derecho” (*grounds of law*) y “proposiciones de derecho” (*propositions of law*). Las segundas son proposiciones que vierten sobre la existencia de una cierta norma en un determinado sistema jurídico. Las primeras constituyen lo que hace verdaderas las proposiciones de derecho. Qué son los fundamentos del derecho o cómo se conciben depende, obviamente, de las opciones teóricas que suscriba cada autor. En verdad, una de las discusiones principales de la teoría jurídica vierte sobre la cuestión de si los hechos morales pueden, o incluso deban, aparecer entre las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho.

La segunda dicotomía atañe a la naturaleza de los posibles desacuerdos sobre el derecho. Un primer tipo de desacuerdo (que Dworkin llama “empírico”) versa sobre la cuestión de si las circunstancias necesarias para la existencia jurídica de ciertos fundamentos del derecho hayan tenido lugar efectivamente (por ejemplo: si una determinada ley ha sido aprobada con la mayoría prevista por el reglamento parlamentario). Un segundo tipo de desacuerdo (que Dworkin llama “teórico”)

(eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 179-202.

³⁷ Bobbio, N., *op. cit.*, pp. 124-126.

³⁸ Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986, pp. 3-6.

consiste en una divergencia referente a cuáles son los fundamentos del derecho. Se está frente a un desacuerdo teórico, por ejemplo, toda vez que distintos jueces tengan opiniones divergentes sobre la cuestión de si los estándares normativos sociales (la constitución, las leyes, las decisiones judiciales, etc.) agotan los fundamentos del derecho relevantes, o no.

Como observa de forma convincente Shapiro³⁹, una de las principales tesis del “segundo” Dworkin consiste en sostener que:

en la concepción de los meros hechos, los desacuerdos teóricos son imposibles. La razón es sencilla: [...] un hecho *f* es un fundamento del derecho solo si existe acuerdo entre los funcionarios en que es un fundamento del derecho. Los desacuerdos entre los funcionarios sobre si *f* es un fundamento del derecho son, por consiguiente, incoherentes: sin consenso acerca de si *f* es un fundamento del derecho, *f* no es un fundamento del derecho. Podríamos decir que, según la concepción de los meros hechos, los desacuerdos teóricos se auto-refutan. [...] Los desacuerdos coherentes sobre el derecho solo pueden ser relativos a afirmaciones en conflicto sobre la existencia o inexistencia de meros hechos históricos. En otras palabras, deben ser desacuerdos empíricos.

Como hemos notado en otras ocasiones⁴⁰, con el fin de comprender y desmitificar el desafío de Dworkin, es preciso distinguir distintos tipos de desacuerdos en ámbito jurídico. Esto se debe al hecho de que la expresión “fundamentos del derecho” es usada por Dworkin de modo ambiguo y muchos de los argumentos articulados por Dworkin en tema de desacuerdos sobre las bases del derecho están aquejados de falacias de equivocación.

La expresión “fundamentos del derecho” designa, en un primer sentido, las posibles fuentes del derecho (*i. e.*, constituciones, leyes,

³⁹ Shapiro, S., *ibidem*, p. 350.

⁴⁰ Ratti, G. B., “Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona”, *Analisi e diritto*, 2008, pp. 301-331. Para una clasificación más articulada, cfr. Dolcetti, A., Ratti, G. B., *op. cit.*

decisiones judiciales, principios de derecho natural, etc.), mientras que en un segundo sentido denota el contenido de significado de dichas fuentes. Como es obvio, pueden producirse desacuerdos sobre cuáles son las fuentes del derecho o sobre cuál es su significado.

En pos de la claridad, parece oportuno redefinir como “desacuerdos de reconocimiento” aquellos desacuerdos que proceden de las distintas teorías que los jueces (y, más en general, los juristas) usan para identificar las fuentes del derecho. Por “fuente del derecho” entendemos aquí cualquier formulación normativa (o sea, cualquier enunciado reductible, sin pérdida de significado, a un enunciado deóntico) que puede ser utilizado por los órganos judiciales para motivar su decisión⁴¹.

Se puede convenir en llamar, en cambio, “desacuerdos interpretativos” aquellas divergencias que tienen que ver con la validez, la ordenación o el uso de distintos cánones interpretativos, que deben ser usados al atribuir un significado a las distintas fuentes del derecho.

Obviamente, es posible hipotetizar vínculos entre desacuerdos de reconocimiento y desacuerdos interpretativos. Sin embargo, ello es completamente contingente: un desacuerdo en el nivel de la teoría de las fuentes del derecho, efectivamente, no implica de ningún modo un desacuerdo relativo al contenido de significado de tales fuentes y viceversa.

⁴¹ Con ello reformulamos parcialmente la noción de fuente jurídica ofrecida por Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia* (1958), Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 75: “Por ‘fuentes del derecho’, pues ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”. Esto permite considerar como posibles fuentes jurídicas no solo los documentos normativos, sino también el “derecho vivo” (*i. e.*, el conjunto de normas que surgen “espontáneamente” en el ámbito de una cierta comunidad jurídica) o las normas derivadas (*i. e.*, aquellas normas que constituyen el producto de inferencias lógicas, o pseudológicas, a partir de normas formuladas). Empero, que tales normas carentes de formulación asuman, eventualmente, el valor de fuente jurídica se debe al hecho de que un órgano jurídicamente competente las haya formulado en la que se considera su forma canónica. Esta (amplia) definición de “fuente” permite cualificar como fuentes jurídicas “objetos” tan dispares como los documentos normativos, los principios morales, las normas consuetudinarias y los precedentes judiciales: lo que parece ser presupuesto por el debate anglosajón sobre los fundamentos del derecho.

A nuestro parecer, la distinción entre “desacuerdos de reconocimiento” y “desacuerdos interpretativos” disuelve toda la cuestión planteada por Dworkin, ya que el positivismo jurídico solamente debe demostrar que, en general, existe un acuerdo (*rectius*, una convergencia identificativa) respecto de cuáles son las fuentes del derecho, y no necesariamente acerca de cuál es su interpretación⁴².

Esto se puede demostrar fácilmente si pensamos en dos situaciones distintas: probablemente, podamos afirmar que existe una regla de reconocimiento si hay un acuerdo (o al menos una convergencia de hecho) acerca de cuál sea la principal fuente de un sistema jurídico (por ejemplo, la constitución), aun cuando la interpretación de tal fuente resulte controvertida. En cambio, no se puede sostener de forma sensata que exista un sistema jurídico si los jueces discrepan, de forma extensa, acerca de cuál es la fuente principal en que se funda el sistema.

En el momento en que los desacuerdos teóricos de los que habla Dworkin tienen que ver con desacuerdos sobre el significado⁴³, y no con las fuentes, el positivismo se encuentra a salvo al sostener que un cierto tipo de consenso cimenta la existencia del derecho⁴⁴.

⁴² Hart, H. L. A., *Postscriptum al concepto de derecho*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 47: “Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada en mi libro como reposando en una forma convencional de consenso judicial. Que efectivamente ésta descansa así, parece muy claro, al menos en el derecho inglés y en el derecho estadounidense porque, ciertamente, la razón de un juez inglés para tratar a la legislación del Parlamento (o la razón de un juez estadounidense para tratar la Constitución) como una *fuentes de derecho* que tiene supremacía sobre todas las otras fuentes incluye el hecho de que sus colegas de la judicatura concurren en esto como sus predecesores lo hicieron” (cursiva nuestra). De esta cita, resulta claro que Hart sostiene que la regla de reconocimiento, que es el producto del consenso judicial, versa sobre las fuentes del derecho, antes que sobre su significado. Cfr., en cualquier caso, Ratti, G. B., “Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B. (eds.), *op. cit.*, pp. 315-328.

⁴³ Esta observación la insinúan los propios ejemplos que Dworkin escoge para atacar el positivismo jurídico y la reconstrucción de estos casos que proporciona en *Law's Empire*. Sobre el punto, cfr. Leiter, B., “Cómo explicar los desacuerdos entre juristas”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B. (eds.), *op. cit.*, pp. 75-109.

⁴⁴ Debemos observar, de pasada, que, a nuestro juicio, el derecho no está necesariamente basado sobre un cierto tipo de acuerdo o consenso. En consecuencia, desde una perspectiva teórica, adherimos completamente a la afirmación de Schauer, F., “The best laid

Sin embargo, frente a nuestra opinión, la conclusión que se puede derivar, manifiestamente, del tratamiento de los desacuerdos ofrecido por Shapiro en *Legalidad* es que lo que los positivistas quieren decir (o deberían querer decir, si quisieran reconstruir el positivismo de manera adecuada) con “acuerdo” es tanto “acuerdo sobre las fuentes” como “acuerdo sobre su interpretación”. Para que exista un sistema jurídico ambos son necesarios.

Shapiro, por ejemplo, afirma que⁴⁵:

Los debates sobre el método interpretativo correcto plantean una dificultad todavía mayor para el positivismo jurídico. Como sostuvo Ronald Dworkin, el mero hecho de que tales disputas tengan lugar indica que el derecho no puede fundamentarse en el tipo de hechos que el positivista cree que conforman la base de los sistemas jurídicos. Los positivistas han afirmado que los criterios de validez jurídica están determinados por convención y consenso. Pero los debates sobre la metodología interpretativa demuestran que tal convención o consenso no existe. En otras palabras, los desacuerdos sobre el método interpretativo son imposibles según la posición del positivista jurídico. Sin embargo, no solo parecen posibles, sino que tienen lugar de modo generalizado. Como puede apreciarse, estas objeciones ejemplifican otra forma de desafío desde el razonamiento jurídico. Conforme a esta versión, los positivistas jurídicos no pueden dar cuenta de un cierto tipo de desacuerdo que mantienen con frecuencia quienes razonan jurídicamente, a saber, desacuerdos concernientes al método correcto para interpretar el derecho. La única explicación plausible de cómo esos desacuerdos son posibles, prosigue esta versión de la objeción, es que son disputas políticas que pueden ser resueltas solo

plans”, *Yale Law Journal*, 120, 2011, p. 621, según la cual: “Con demasiada frecuencia, el libro de Shapiro queda atrapado en un *milieu* teórico que desatiende la penetración generalizada de la coerción y exagera la importancia de la posibilidad, decididamente contrafáctica, de un derecho libre de sanciones”. Sea como fuere, lo que sostenemos en el texto es que quienes creen que el derecho está basado en el consenso tienen una vía de escape muy simple del presunto puzle formulado por Dworkin.

⁴⁵ Shapiro, S., *ibidem*, pp. 346-347.

mediante el razonamiento moral. En contra del positivismo jurídico, el derecho no se basa y no puede basarse solo en hechos sociales, sino que se fundamenta en última instancia en consideraciones de moral política.

Y, de nuevo⁴⁶:

Los debates sobre si los textos jurídicos deberían interpretarse de manera estricta o amplia, de acuerdo con sus significados públicos originarios, costumbres sociales que evolucionan, tradiciones fuertemente arraigadas, la intención de los constituyentes, según los resultados esperados, o los principios morales, con deferencia a la interpretación judicial previa, a los órganos de la administración, a la doctrina, o a las leyes extranjeras, o en conjunción con las historia legislativa o disposiciones similares, o aisladamente, todos estos, son fenómenos absolutamente normales en muchos sistemas jurídicos modernos. Dworkin ha señalado que el positivismo jurídico, al menos como se lo concibe actualmente, no puede dar sentido a esta verdad obvia y por tanto es incapaz de dar cuenta de un aspecto central de la práctica jurídica.

Anticipando el resultado principal de nuestra discusión, podemos afirmar que no estamos de acuerdo con Shapiro sobre este tema. Los motivos principales son los siguientes.

El positivismo metodológico se limita a indagar el derecho como un dato empírico: desde esta perspectiva, la afirmación de que *el derecho es lo que de hecho es* no excluye que entre tales hechos puedan encontrarse también las (eventualmente divergentes) valoraciones de legisladores, jueces y juristas⁴⁷.

Esto, a su vez, significa que puede darse el caso (aunque no sea necesario) de que los desacuerdos se propaguen y que cualquier cuestión requiera de una valoración interpretativa para ser decidida. En este caso, el positivista metodológico debe limitarse a tomar nota de la

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 355-356.

⁴⁷ Bobbio, N., *op. cit.*, p. 124.

circunstancia de que hay algunos hechos que conforman las fuentes del derecho y otros hechos que constituyen las (divergentes) valoraciones de los juristas sobre el significado de dichas fuentes.

Desde un punto de vista teórico, una vez que se haya asumido la relevancia de la noción de acuerdo, no se puede sino dar cuenta de los principales casos de acuerdo y de desacuerdo en un sistema jurídico e intentar articular una explicación completa de aquellos en cuanto características del sistema jurídico. Y aquí, una vez más, la que nos parece la mejor explicación es que los sistemas jurídicos generalmente se caracterizan por un acuerdo relativamente extenso sobre las fuentes y parciales (aunque penetrantes, al menos en los más altos niveles jurisdiccionales) desacuerdos sobre su interpretación.

Evidentemente, para dar cuenta de tales divergencias interpretativas, es necesaria una teoría de la interpretación jurídica. En la medida en que el positivismo jurídico angloamericano no ha desarrollado una teoría de la interpretación acabada⁴⁸, no debe sorprender que no pueda explicar los desacuerdos acerca de la interpretación jurídica.

No obstante, Shapiro ha colmado dicha laguna y ha desarrollado, en los últimos capítulos de su libro, una sofisticada y articulada teoría de la interpretación que merece un análisis cuidadoso y nos induce a seguir elaborando nuestra concepción de la interpretación. A ello dedicaremos el próximo apartado⁴⁹.

IV. Shapiro sobre la interpretación jurídica

En *Legalidad*, Shapiro introduce una interesante dicotomía entre interpretación y metainterpretación, con el fin de afrontar las críticas de Dworkin sobre los desacuerdos. La interpretación determina una metodología específica para interpretar los textos jurídicos, mientras que

⁴⁸ Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, op. cit., pp. 116-118; Guastini, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 57-61.

⁴⁹ En adelante, trataremos solo de aquellos aspectos de la teoría de la interpretación de Shapiro que consideramos fundamentales para el análisis de las controversias jurídicas. Para un análisis más exhaustivo, véase de nuevo Pino, G., op. cit.

la metainterpretación establece una metodología para determinar qué metodología interpretativa es correcta⁵⁰.

Si nuestra lectura de Shapiro es correcta, “interpretación” denota una doctrina *prescriptiva* que establece cómo se debe atribuir significado a los textos jurídicos: por ejemplo, “las disposiciones jurídicas deben ser interpretadas literalmente” o “las disposiciones jurídicas deben ser interpretadas según la intención del legislador”, etc.

La expresión “metainterpretación”, por su parte, designa una doctrina *prescriptiva* que determina qué teoría interpretativa es correcta: por ejemplo, “la metodología interpretativa correcta es aquella que hace eficaces los propósitos de quienes han formulado el plan”, o “la metodología interpretativa correcta es aquella que hace que el sistema aparezca en su mejor luz moral”.

Con estos (nuevos) conceptos disponibles, Shapiro reformula el argumento de Dworkin de los desacuerdos teóricos del siguiente modo⁵¹:

La concepción de los meros hechos resulta ser una teoría meta-interpretativa. Sostiene que la metodología interpretativa se determina por la metodología aceptada por todos los funcionarios de justicia de un sistema particular. El problema con la concepción de los meros hechos, como Dworkin señala, es que elimina la posibilidad de disputas meta-interpretativas. Si los funcionarios discrepan sobre la metodología interpretativa, entonces, de acuerdo con la concepción de los meros hechos, no existe una metodología interpretativa adecuada. Sin embargo, como los desacuerdos meta-interpretativos no son solo posibles sino frecuentes, la concepción de los meros hechos no puede ser una teoría meta-interpretativa adecuada.

Esta reformulación del desafío de Dworkin, en un primer momento no es tan fácil de captar. A nuestro parecer, comúnmente se asume que la concepción factual (que no es otra cosa que la denominación dworkiniana del positivismo jurídico excluyente) es (o cuando menos

⁵⁰ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 370.

⁵¹ *Ibidem*, p. 371.

pretende ser) una teoría *descriptiva*: o sea, no es una doctrina sobre cómo debería ser interpretado el derecho, es (o aspira a ser) más bien una exposición teórica de cómo es el derecho. El hecho de que los juristas no estén de acuerdo sobre las doctrinas metainterpretativas, y tampoco sobre las doctrinas interpretativas, no contrasta con el PJE, como nosotros lo entendemos, por cuanto este busca solo explicar cuáles son los criterios de validez jurídica y los vínculos existentes en relación con ellos.

Si los jueces en general consideran que “el derecho como integridad” es la doctrina metainterpretativa correcta, el PJE –como lo concebimos nosotros– sugiere que se tome nota de tal circunstancia y que sea explicada como un hecho social y nada más⁵².

Si los jueces no comparten una única doctrina metainterpretativa o interpretativa, los iuspositivistas excluyentes aún podrían explicar la situación a examen en los términos de un (parcial) acuerdo.

En primer lugar, existe un acuerdo acerca de *quiénes son los jueces*. En segundo lugar, existe un acuerdo sobre *cuáles son las fuentes jurídicas*; en caso contrario, ninguna divergencia metainterpretativa o interpretativa tendría sentido. De cualquier modo, nos parece que el positivismo jurídico excluyente, interpretado correctamente, no tiene nada que decir sobre cuál sea la interpretación *correcta*, si esta es entendida en sentido prescriptivo. Está solo interesado en decir algo, desde un punto de vista descriptivo y *detached*, sobre lo que es considerado “correcto” por quienes participan en la práctica jurídica.

Dicho esto, es cierto que el PJE es reconstruido habitualmente como una teoría que *tácitamente implica o presupone* una cierta doctrina normativa de la interpretación. Curiosamente, no obstante, no es la doctrina que Shapiro evoca en *Legalidad*. El PJE, al menos en la formulación de Raz y del propio Shapiro en trabajos precedentes, está caracterizado por la idea de que la deliberación práctica de los desti-

⁵² Shapiro (*op. cit.*, p. 460) parece ser consciente de ello, en el punto en que afirma: “Que algún conjunto de objetivos y valores represente los propósitos de un determinado sistema jurídico es un hecho acerca de ciertos grupos sociales que puede determinarse mediante un razonamiento empírico, en lugar de moral”.

natarios normativos debe ser anticipada por las normas jurídicas. Esto, a su vez, significa que los destinatarios normativos no pueden usar, si se quiere que el sistema cumpla su función de motivar a los asociados y hacer conocibles sus posiciones jurídicas, aquellos cánones interpretativos que hacen referencia a las presuntas razones subyacentes a las reglas (pues ello implicaría una nueva deliberación sobre las cuestiones morales que el derecho pretende resolver). Se sigue de ello que la reconstrucción del PJE ofrecida por Shapiro conduce a un dilema: o la metodología metainterpretativa correcta es fijada por el acuerdo (pero en este caso, en el supuesto de que se acepten cánones interpretativos de índole teleológica, no está garantizado que las reglas puedan funcionar como razones excluyentes) o la metodología metainterpretativa correcta es fijada por la esencial función propia del derecho de cerrar el paso a la deliberación moral de sus destinatarios (y, en este caso, serían admitidos solo cánones simultáneamente literales y “originalistas”). Podemos por tanto distinguir dos metodologías propias del PJE: una *metodología metainterpretativa basada en el consenso* y una *metodología interpretativa basada en las razones excluyentes*⁵³.

En *Legalidad*, sin embargo, Shapiro rechaza una metodología basada en el consenso en virtud del hecho de que las controversias entre juristas abundan⁵⁴.

la concepción de los meros hechos, o cualquier otra concepción que privilegie las convenciones interpretativas como la única fuente para la metodología adecuada, debe ser rechazada. Puesto que los desacuerdos teóricos abundan en el derecho, la metodología interpretativa debe ser fijada de modo distinto que por el acuerdo social específico sobre qué metodologías son adecuadas.

Lo que Shapiro parece afirmar es que la metodología basada en el consenso (nótese, una doctrina aparentemente prescriptiva de la inter-

⁵³ Es preciso notar que puede darse el caso de que las dos metodologías sean coextensivas: esto ocurre cuando la metodología aceptada habitualmente es la literal-originista. En verdad, ocurre muy raramente.

⁵⁴ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 459.

pretación)⁵⁵ no siempre es útil para identificar el conjunto correcto de técnicas interpretativas, puesto que son frecuentes los desacuerdos metainterpretativos. Cada vez que haya desacuerdos en torno a la interpretación, deben ser empleadas otras doctrinas metainterpretativas.

Tras rechazar una metodología basada en el consenso, Shapiro parece optar por una metodología basada en las razones excluyentes.

Descrita en detalle, la respuesta de Shapiro al desafío de Dworkin se basa en una particular teoría de la “confianza”, que puede ser resumida sucintamente con una simple máxima: cuanta mayor confianza se deposite en un sujeto más libertad interpretativa le será reconocida, y viceversa⁵⁶. No nos resulta muy claro si la tesis de Shapiro pretende ser una descripción de lo que ocurre realmente, una regla técnica sobre aquello que debería ocurrir si se asume cierta proposición anankástica como verdadera, o solo una recomendación al legislador acerca de la estructura de los ordenamientos jurídicos.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 370: “La denominé teoría de la meta-interpretación puesto que no establece una metodología específica para interpretar los textos jurídicos, sino una metodología para determinar qué metodología específica es adecuada. En otras palabras, proporciona a los participantes de los sistemas concretos los recursos necesarios para determinar si han de suscribir el literalismo, el constitucionalismo vivo, el originalismo, el pragmatismo, el derecho como integridad, etc.”. Esta formulación parece compatible con una interpretación explicativa: la metainterpretación no es la elección de los cánones interpretativos, sino un presupuesto de ella (aquello que la hace posible). Con todo, en otros pasajes, Shapiro defiende claramente una perspectiva prescriptiva sobre la metainterpretación: “la Teoría de los planes sostiene, con Dworkin, que en tales casos la metodología interpretativa adecuada para un sistema jurídico particular es principalmente una función de qué metodología promovería mejor los objetivos que el sistema pretende alcanzar” (*ibidem*, p. 459).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 403: “la Teoría de los planes conlleva que las actitudes de confianza y desconfianza presupuestas por el derecho son centrales a efectos de la elección de una metodología interpretativa. A grandes rasgos, la Teoría de los planes exige que cuanto más confiable se considere que es una persona, más discreción interpretativa se le confiere; a la inversa, cuanto menos se confía en alguien en otras esferas de la vida jurídica, menos discreción se le concede. Sostengo que las actitudes de confianza son centrales para la metainterpretación del derecho porque son centrales para la meta-interpretación de los *planes* – y las normas jurídicas son planes, o normas similares a planes”.

En todo caso, una vez rechazada una metodología basada en el consenso como la metodología correcta, es preciso determinar los recursos que permiten identificar ese otro método (sin consentir una nueva deliberación sobre las cuestiones que el derecho pretende resolver). En lo tocante a este punto, Shapiro afirma⁵⁷:

La metodología interpretativa adecuada se establece determinando qué metodología armoniza mejor los objetivos establecidos por los planificadores del sistema [...].

La postura de Shapiro con respecto a la metodología metainterpretativa parece ser claramente prescriptiva, en el momento en que impone a los intérpretes la obligación de reconstruir los objetivos que tenían los *planners* al construir el sistema jurídico de referencia.

Con todo, curiosamente, Shapiro considera que esta doctrina prescriptiva tiene consecuencias explicativas o descriptivas⁵⁸:

La virtud de este tipo de propuesta es que, en la medida en que la metodología interpretativa no tiene que estar determinada por una convención específica sobre la metodología adecuada, es capaz de dar cuenta de la posibilidad de que haya desacuerdos teóricos. Los participantes en una práctica pueden discrepar sobre la metodología interpretativa adecuada porque no están de acuerdo sobre si su práctica puede ser mejor descrita como un sistema autoritativo u oportunista y, por tanto, a los juicios de quién deberían deferir.

Dicho esto, Shapiro concluye⁵⁹:

Nótese además que esta teoría es positivista. Puesto que adopta la ideología que inspira un régimen como su piedra de toque, esta reconstrucción *puede terminar recomendando una metodología interpretativa basada en un conjunto de creencias y valores moralmente cuestionables*. El sistema jurídico en cuestión, por ejemplo, puede

⁵⁷ *Ibidem*, p. 460.

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ *Ídem* (la cursiva es nuestra).

existir para promover la desigualdad racial o la intolerancia religiosa; puede plasmar concepciones ridículas acerca de la naturaleza humana y los límites del conocimiento. Sin embargo, el intérprete positivista adopta esta ideología como dada, y trata de determinar qué metodología interpretativa armoniza mejor con ella.

Si no erramos en la comprensión del significado de este pasaje, parece que la doctrina de Shapiro no es en absoluto una teoría puramente descriptiva de la interpretación (y por tanto *no puede dar cuenta, de forma valorativamente neutra*, de un fenómeno determinado), es, más bien, una ideología de la interpretación que impone a los intérpretes actuar su (presunta) concepción moral de un sistema jurídico. Esta parece ser una versión de positivismo ético o ideológico⁶⁰. Si es así, pertenece a un tipo de discurso distinto de aquel del positivismo metodológico y teórico que hemos delineado previamente.

Desde el punto de vista de la política del derecho, rechazamos con fuerza una obligación general de obedecer al derecho o de realizar la moral de un sistema jurídico (independientemente de sus méritos).

Sea como fuere, no nos interesa de ningún modo formular una doctrina normativa de la interpretación jurídica; antes bien, pretendemos dedicarnos a una teoría del derecho genuinamente descriptiva y valorativamente neutra: desde este enfoque, no podemos dispensarnos de observar que la reconstrucción de la interpretación que ofrece Shapiro no es puramente descriptiva. Por esta razón, no puede formar parte de una teoría puramente descriptiva del derecho y, cosa todavía más importante para nuestros fines actuales, no puede explicar en lo más mínimo las controversias jurídicas (puede solo recomendar cómo resolverlas, una vez que hayan sido identificadas).

⁶⁰ Bobbio, N., *op. cit.*, pp. 100-112.

V. Conclusiones

Las conclusiones principales que se pueden extraer de lo que hemos sostenido hasta ahora son las siguientes:

- 1) El debate sobre el positivismo jurídico típico de la teoría jurídica angloamericana confunde distintos aspectos de tal concepción que deberían mantenerse separados. En particular, la tesis de la separación es leída, por los participantes en dicho debate, sea como una verdad analítica sobre el derecho sea como una afirmación ontológica extraordinariamente débil, mientras que es posible entenderla, de forma más caritativa, como una afirmación epistémica fuerte.
- 2) La objeción dworkiniana de los desacuerdos puede ser rechazada con facilidad tanto desde un punto de vista metodológico como desde un punto de vista teórico. Desde un enfoque metodológico, los desacuerdos sobre la interpretación de las fuentes no son problemáticos, ya que un defensor del positivismo metodológico puede limitarse a tomar nota de ellos como simples hechos. Desde un punto de vista teórico, el positivismo jurídico, en la versión que intenta explicar el derecho en términos de consenso, puede ser defendido en la medida en que explica el derecho en términos de un acuerdo relativamente amplio sobre las fuentes, pero no necesariamente sobre su significado.
- 3) La teoría de la interpretación elaborada por Shapiro con el fin de afrontar la crítica de Dworkin nos parece, por un lado, supererogatoria, y, por otro, infiel al espíritu auténtico del positivismo tradicional. Es supererogatoria porque semejante cantidad de sofisticación filosófica y de esfuerzo intelectual no es, a nuestro juicio, necesario para responder a la objeción de Dworkin. Y es infiel al positivismo en el momento en que confunde indebidamente aspectos descriptivos y justificativos de la interpretación jurídica.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E., “On Law and Logic” (1996), en Ferrer Beltrán, J., Ratti, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (1971), Buenos Aires, Bogotá, Astrea, 2012.
- Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965.
- Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México D. F., Fontamara, 2006.
- Celano, B., “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV, 1, 2005.
- Coleman, J., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Dolcetti, A., Ratti, G. B., “Los desacuerdos jurídicos y la “doble naturaleza” del derecho”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 179-202.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986.
- Gardner, J., Macklem, T., “Review of S. J. Shapiro’s ‘Legality’”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011.
- Gavazzi, G., *Studi di teoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993.
- Green, L., “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York Law Review*, 83, 2008.
- Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guastini, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Leiter, B., “Cómo explicar los desacuerdos entre juristas”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 75-109.

- Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart, 2005.
- Pino, G., “¿Cuál es el plan? Sobre la interpretación y la meta interpretación en *Legalidad* de Scott Shapiro”, *Revista Discusiones*, XX(2), 2017.
- Priel, D., “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005.
- Ratti, G. B., “Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona”, *Analisi e diritto*, 2008, pp. 301-331.
- Ratti, G. B., *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Ratti, G. B., “Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico”, en Luque Sánchez, P., Ratti, G. B. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 315-328.
- Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia* (1958), Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- Ross, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” (1961), en Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993
- Schauer, F., “The best laid plans”, *Yale Law Journal*, 120, 2011.
- Shapiro, S., “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.

“¿Cuál es el plan?”
Sobre la interpretación y la metainterpretación
en *Legalidad* de Scott Shapiro*

“What’s the Plan?”
*On Interpretation and Meta-interpretation
in Scott Shapiro’s Legalidad*

Giorgio Pino**

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: El libro de Scott Shapiro, *Legalidad*, es una contribución realmente rica e innovadora dentro de la filosofía analítica del derecho. El objetivo de este trabajo es explicar y evaluar la teoría de la interpretación de Shapiro, tal como resulta presentada en *Legalidad*, una parte importante de la empresa teórica de Shapiro que todavía no ha atraído, por lo que yo sé, mucho interés en la ya conspicua literatura sobre este libro. Más específicamente, en lo que sigue intentaré ofrecer a) una reconstrucción de la teoría de la interpretación jurídica de Shapiro, tal como se encuentra desarrollada en *Legalidad*; b) un análisis de esa teoría en sus propios términos (es decir, su coherencia interna, su carácter persuasivo general); y c) una evaluación de la compatibilidad entre esa teoría de la interpretación jurídica y el proyecto más general del “derecho como plan”.

Palabras clave: interpretación, metainterpretación, teoría del derecho como plan.

* Traducción de Federico José Arena.

** Università di Roma Tre, Roma, Italia. E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

Abstract: Scott Shapiro's book, *Legalidad*, is a very rich and challenging contribution to analytical legal philosophy. The aim of this essay is to explain and evaluate Shapiro's theory of legal interpretation, as outlined in *Legalidad* – an important part of Shapiro's theoretical enterprise that has not yet attracted, as far as I know, much interest in the already conspicuous literature on this book. More specifically, I will try to provide *a*) a reconstruction of Shapiro's theory of legal interpretation, as it is developed in *Legalidad*; *b*) an assessment of this theory of interpretation on its own terms (*i. e.* its internal coherence, its overall persuasiveness) and *c*) an evaluation of the compatibility of this theory of legal interpretation with the general project of "Law as Plan".

Keywords: interpretation, meta-interpretation, planning theory of law.

I. Introducción

El libro de Scott Shapiro, *Legalidad*, es una contribución realmente rica e innovadora dentro de la filosofía analítica del derecho, o, como diría Shapiro, dentro de la *analytical jurisprudence*¹. El libro, aun cuando sea extenso y rico de referencias históricas y teóricas (ambas ciertamente útiles para reforzar el argumento central del libro), posee una estructura claramente lineal. Abraza una tesis fundamental acerca de la naturaleza del derecho ("la teoría del derecho como plan"), que es desarrollada de manera detallada y articulada, defendida coherentemente frente a los posibles rivales, y aplicada a numerosas (es más, todas las) facetas del fenómeno analizado, es decir, el derecho.

En definitiva, la empresa de Shapiro consiste en ofrecernos, dentro de la tradición del positivismo jurídico, una teoría bien desarrollada del derecho. En este sentido, Neil MacCormick nos señala que "una teoría del razonamiento jurídico exige, y es exigida por, una teoría del derecho"². El punto es, en efecto, bastante claro. Toda teoría de la interpretación jurídica presupone una teoría del derecho, es decir, una teoría acerca del objeto de la interpretación jurídica misma. Pero a su vez,

¹ Véase Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, pp. 26-27, sobre la distinción entre filosofía del derecho "normativa" y "analítica".

² MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, p. 229.

y de manera igualmente importante, una teoría del derecho quedaría incompleta si no desarrollara las consecuencias que su adopción acarrea respecto de cuestiones interpretativas. Una teoría del derecho que no posea consecuencias respecto de cuestiones de interpretación y, al revés, una teoría de la interpretación que pueda ser asociada a cualquier teoría del derecho son, si bien no inconcebibles, altamente sospechosas.

El objetivo de este trabajo es explicar y evaluar la teoría de la interpretación de Shapiro, tal como resulta presentada en *Legalidad*.

Más específicamente, en lo que sigue intentaré ofrecer (a) una reconstrucción de la teoría de la interpretación jurídica de Shapiro (§ 1); (b) un análisis de esa teoría en sus propios términos (es decir, su coherencia interna, su carácter persuasivo general, etc.) (§ 2); (c) una evaluación de la compatibilidad entre esa teoría de la interpretación jurídica y el proyecto más general del “derecho como plan” (§ 3). Por “compatibilidad” no me refiero a la mera consistencia lógica, sino más bien a su “solidez”. En otras palabras, la exigencia de solidez en la construcción de teorías exige que una teoría de la interpretación no sea construida de manera tal que frustre los objetivos de la teoría del derecho a la cual está asociada³.

II. La teoría de los planes: de la teoría del derecho a la teoría de la interpretación

Aproximadamente la mitad de *Legalidad* (capítulos VIII-XIII) está dedicada a problemas de (teoría de la) interpretación. En otras palabras, Shapiro es perfectamente consciente del hecho que las cuestiones relativas a la interpretación son vitales para el proyecto del derecho como plan. Me referiré entonces, brevemente, a la teoría de la interpretación jurídica delineada en conexión con el derecho como plan.

³ Puesto que creo que una teoría del derecho y una teoría de la interpretación “van de la mano”, en una suerte de equilibrio reflexivo, el contrario también vale; es decir, si lo que se desea es construir una teoría más o menos plausible, una teoría del derecho no debería volver irrelevantes las cuestiones de interpretación.

La primera cosa que, quizás, ha de notarse es que el derecho como plan no es solo una teoría positivista, sino una teoría positivista *fuerte*. De hecho, la teoría de los planes (o el derecho como plan, o “positivismo acerca de los planes”⁴) es explícitamente una reformulación del positivismo jurídico excluyente o fuerte⁵, a partir de algunas herramientas teóricas nuevas como, principalmente, el concepto de “plan”. No me referiré aquí en detalle al sofisticado esquema teórico de Shapiro, me limitaré a señalar simplemente los siguientes elementos:

- Un plan es un tipo de norma⁶: un plan es una guía para el comportamiento (selecciona cursos de acción que son exigidos, permitidos o autorizados bajo ciertas circunstancias) y es un estándar para la evaluación del comportamiento (se supone que sea usado para medir la corrección de un comportamiento). De todos modos, no es necesario que discipline completamente y de manera instantánea el tipo de comportamiento al que se aplica; un plan puede ser “parcial”. Incluso más, un plan es una entidad “intencional positiva” (*positive purposive*), es decir “una norma es un plan en tanto fue creada por un proceso que se supone que debe crear normas”⁷ y haga que los sujetos a los que se dirige estén dispuestos a seguirla⁸.
- La razón por la cual recurrimos a los planes es que reducen los costos de deliberación en circunstancias de incertidumbre. Se trata de circunstancias en las que los agentes enfrentan la complejidad, la conflictividad y la arbitrariedad de la vida en común, como consecuencia de desacuerdos morales sustanciales, de incertidumbre acerca de cuál es el modo más efectivo de alcanzar fines valiosos, etc.
- El derecho (en el sentido de “sistema jurídico”) es una organización planificadora: una organización que lleva a cabo una actividad de

⁴ Esta denominación aparece en Shapiro, S., *op. cit.*, p. 225.

⁵ *Ibidem*, pp. 328-335.

⁶ *Ibidem*, pp. 169-171.

⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁸ *Ibidem*, p. 171: “un plan es una clase especial de norma. En primer lugar, tiene una estructura característica, a saber, es parcial compuesta y anidada. En segundo lugar, es creada por un cierto tipo de proceso, a saber, uno incremental, intencional y que dispone a los destinatarios a cumplir con las normas creadas”.

planificación, *i. e.* que produce planes. La exigencia de adoptar un plan jurídico es consecuencia de las “circunstancias de la legalidad”. Estas últimas “se producen cuando una comunidad afronta muchos y serios problemas cuyas soluciones son complejas, controvertidas o arbitrarias”⁹.

- Cuando se lo compara con otras organizaciones planificadoras (tales como las organizaciones criminales, por ejemplo), el derecho se caracteriza por un fin particular, a saber, “rectificar las deficiencias morales asociadas con la circunstancias de la legalidad”¹⁰ (“tesis del fin moral”). Esta es, según Shapiro, la función fundamental del derecho.

Dado que (a) la actividad jurídica es una actividad de planificación; (b) una actividad de planificación consiste en hacer (diseñar, desarrollar, e implementar) planes; y (c) los planes son normas; es obvio concluir que los planes producidos por la actividad jurídica son normas jurídicas y, a la inversa, que las normas jurídicas son planes (o, al menos, “similares a los planes” en aquellos casos en que no sean creadas positivamente por una organización de planificación, sino adoptadas por ellas)¹¹.

Asimismo, la actividad jurídica es una actividad de planificación no solo porque produce planes (normas), sino también porque ella misma se encuentra estructurada como un plan¹². Mediante esta expresión, Shapiro quiere decir que en la base de la actividad de planificación jurídica (producción, modificación y aplicación de normas jurídicas) se encuentra el “plan maestro”. Este plan regula las actividades de planificación adicionales que han de ser llevadas a cabo por los fun-

⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹⁰ *Ibidem*, p. 265. ¿Cómo es posible saber que el derecho posee esa “finalidad moral”? Shapiro afirma que “los funcionarios de alto rango representan la práctica como si tuviese un fin o fines morales”; “la describen como una actividad que se supone que ha de solucionar problemas morales y que debería ser obedecida por esa razón”: pp. 269-270. Parece entonces que la principal razón, para afirmar que esa finalidad moral constituye la función fundamental del derecho, es que los funcionarios actúan, por así decirlo, como si el derecho efectivamente poseyera esa finalidad moral.

¹¹ *Ibidem*, p. 161.

¹² *Ibidem*, p. 224.

cionarios, establece las divisiones de trabajo institucional entre ellos (la formulación y la adopción de nuevos planes, su aplicación, etc.)¹³. En la mayoría de los sistemas jurídicos, el plan maestro puede ser convencionalmente identificado con la Constitución¹⁴, aun cuando parte (o la totalidad) del plan maestro pueda también ser de naturaleza consuetudinaria, y por lo tanto solo similar a los planes. Este conjunto de reglas fundamentales (el plan maestro) existe porque se trata de un “plan compartido”¹⁵.

Luego de efectuadas estas pocas anotaciones acerca del esquema general de la teoría de los planes, me referiré con mayor atención al papel que en ella tiene la interpretación jurídica¹⁶.

La interpretación es la actividad mediante la cual se da un significado a un texto jurídico. Todo acto de interpretación puede, por lo tanto, ser subsumido bajo una determinada “metodología interpretativa”, es decir, “un método para interpretar los textos jurídicos”¹⁷.

Toda cultura jurídica admite una amplia variedad de métodos interpretativos (por ejemplo, la interpretación literal, la interpretación intencionalista, la interpretación histórica, la interpretación teleológica, etc.). Además, para cualquier caso (a) el intérprete tiene legítimamente a disposición más de un método interpretativo, y (b) los diferentes métodos interpretativos disponibles pueden conducir a resultados interpretativos distintos. Se sigue de ello que el intérprete, en la mayoría de los casos (quizás siempre), debe elegir entre numerosos

¹³ *Ibidem*, pp. 224-227.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 215, 256.

¹⁵ *Ibidem*, p. 224: “un plan social solo existe si fue diseñado con un grupo en mente, de manera que puedan participar en una actividad conjunta, es públicamente accesible y es aceptado por la mayoría de los miembros del grupo en cuestión. Como resultado, si se desea descubrir la existencia o el contenido de las reglas fundamentales de un sistema jurídico, debemos observar exclusivamente estos hechos sociales”.

¹⁶ La teoría de la interpretación pertenece al ámbito de las “preguntas de la implicación”. En cambio, no pertenece a la definición del derecho, tampoco a lo que hace que el derecho sea lo que es (la “pregunta de la identidad”), sino que se sigue de ella. Véase *ibidem*, p. 404: “para saber cómo interpretar el derecho debemos responder la Pregunta de la Implicación”; véase también pp. 33-36, sobre la distinción entre “preguntas de identidad” y “preguntas de implicación”.

¹⁷ *Ibidem*, p. 369.

métodos interpretativos disponibles. Esta elección es una cuestión de “metainterpretación”, o de una teoría metainterpretativa¹⁸.

Ahora bien, la primera implicación para la interpretación que posee la teoría de los planes es bastante obvia. Si las normas jurídicas son planes, entonces la interpretación jurídica es interpretación de planes¹⁹. Recuérdese que un plan es un dispositivo que, “atando las manos” de sus destinatarios, permite reducir los costos de deliberación en situaciones de incertidumbre, complejidad, conflictividad, etc. (las circunstancias de la legalidad). Los destinatarios deberán seguir el plan ciegamente²⁰, sin deliberación ulterior²¹. Dado que las normas jurídicas son planes, y los planes han de desempeñar precisamente esta función, se sigue que las normas jurídicas han de ser interpretadas (y deben ser tales como para poder ser interpretadas) de modo tal que no resurjan las mismas cuestiones controvertidas, que el plan estaba destinado a cerrar²².

Shapiro se ocupa de estas cuestiones bajo el título “Lógica General de los Planes” (LOGEP). La interpretación, de cada uno de los elementos de un sistema de planes, no puede estar determinada por los mismos hechos que el sistema estaba destinado a decidir²³.

Por lo tanto, Shapiro prefiere una teoría metainterpretativa que respete LOGEP. Esto exige recurrir al concepto de “confianza”. Los sistemas jurídicos son planes, y los planes están basados sobre ciertas

¹⁸ *Ibidem*, pp. 370-371.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 244-245.

²⁰ Por supuesto, existen límites a esto. Un plan no debería ser seguido “pase lo que pase”, a cualquier costo. Véase Shapiro sobre la derrotabilidad (*ibidem*, pp. 252-253, 368): todos los planes vienen de fábrica con una cláusula “a menos que surjan razones de peso”.

²¹ Shapiro denomina esto la “Simple Lógica de los Planes” (SLOP): “la existencia y el contenido de un plan no pueden estar determinados por hechos cuya existencia el plan pretende establecer”; *ibidem*, p. 337.

²² *Ídem* (“¡sería absurdo tener planes para ahorrarnos la deliberación si el modo correcto de descubrir su existencia o contenido nos exigiera llevar a cabo la deliberación!”; *ibidem*, p. 374 (“el contenido de las normas, en la medida en que son planes, debe poder ser descubierto de modo que no requiera la resolución de cuestiones que se supone debe resolver el derecho”); *ibidem*, p. 375.

²³ *Ibidem*, p. 377.

actitudes de confianza²⁴. La metainterpretación exigida por la teoría de los planes se concentra así en el modo en que efectivamente se encuentra distribuida la confianza dentro de los sistemas jurídicos. Cualquier plan (como cualquier sistema jurídico) está basado en algún tipo de sistema de administración de la confianza. Si un plan o, más precisamente, los diseñadores del plan confían ampliamente en que un determinado (tipo de) actor será capaz, en un tipo de circunstancia, de enfrentar las circunstancias de la legalidad, entonces el sistema autorizará a ese actor a desarrollar el plan (el plan le dará discreción interpretativa). Si, por el contrario, el sistema asume que un determinado (tipo de) actor, en un tipo de circunstancia dada, no es confiable, o no lo es suficientemente –en otras palabras, si el sistema asume que el actor no será capaz de enfrentar las circunstancias de la legalidad– entonces dará a ese actor un papel restringido (deberá limitarse a seguir ciegamente el plan, sin intentar desarrollarlo)²⁵.

Esto es lo que Shapiro llama la “economía de la confianza” de un sistema²⁶. La economía de la confianza es esencial para la elección de una metodología interpretativa, puesto que la distribución del poder de decisión que implica una metodología interpretativa ha de ser consistente con la economía de la confianza del sistema. Ahora bien, surge una pregunta ciertamente obvia: “¿cómo es posible determinar la economía de la confianza sobre la que efectivamente se basa el sistema?”²⁷. Shapiro estipula dos (familias) de métodos posibles.

El primero es el “método del Ojo de Dios”. Este método exige que cada (meta)intérprete decida autónomamente acerca de su propio

²⁴ *Ibidem*, p. 379 (“los planes son herramientas poderosas para gestionar la confianza y la desconfianza”).

²⁵ *Ibidem*, p. 427.

²⁶ *Ibidem*, p. 404.

²⁷ En p. 410, Shapiro da por probado que la distribución de las tareas interpretativas, basada en consideraciones de confianza, es un trabajo de los *legisladores*. En consecuencia, parece que deberíamos primero buscar en las leyes para resolver problemas metainterpretativos. Pero esto es claramente un error, puesto que da por resuelta, sin argumentos, la cuestión relativa al nivel de confianza que ha sido conferido a los *legisladores mismos*. Claramente, el plan maestro podría conferir, comparativamente, más confianza a los legisladores respecto de determinadas cuestiones, y menos respecto de otras.

nivel de confianza. Si el intérprete considera que se encuentra en una posición que merece una gran cantidad de confianza (ya sea en todas o solo en algunas circunstancias), se atribuirá discreción interpretativa. Si, por el contrario, él mismo considera que no es confiable, entonces “se atara sus propias manos”, y recurrirá al juicio de otra persona.

El segundo es el “método de los Planificadores”. En este caso, “un metainterprete no debería evaluar su propia confiabilidad, sino deferir a las concepciones de los planificadores del sistema con respecto a su competencia y carácter”²⁸ y, sobre esa base, elegir la metodología interpretativa.

En otras palabras, un intérprete que recurra al método del Ojo de Dios está de hecho fijando la economía de la confianza del sistema. Por el otro lado, un intérprete que recurra al método de los Planificadores intenta sujetarse a la economía de la confianza tal como ha sido determinada por los diseñadores del plan (*i. e.* los *Framers*)²⁹.

Obviamente, la teoría de los planes exige el “método de los Planificadores” en la metainterpretación y rechaza con firmeza el método del Ojo de Dios. El primer método es claramente consistente con LOGEP, mientras que el último lo viola abiertamente y reabre la caja de Pandora de las circunstancias de la legalidad³⁰.

Pero este no es todavía un veredicto definitivo contra el método del Ojo de Dios y en favor del método de los Planificadores. De hecho, la elección entre el método del Ojo de Dios y el método de los Planificadores depende de *razones* y *actitudes* que efectivamente poseen los participantes del sistema jurídico.

²⁸ *Ibidem*, p. 414: “Su tarea es extraer las actitudes de confianza de los planificadores tal y como están recogidas en los planes del sistema jurídico, y luego utilizar esas actitudes para determinar cuánta discreción se debe conceder. La confianza de los planificadores en la competencia y el carácter deberían conllevar importantes niveles de discreción interpretativa; la duda y la sospecha deberían conducir a reducidos niveles de discreción”.

²⁹ Respecto de la afirmación según la cual los diseñadores del plan son quienes han creado la constitución, véase *ibidem*, p. 421 (véase también *infra*, § 4).

³⁰ *Ibidem*, p. 422.

En un sistema ‘autoritativo’, la razón por la que la mayor parte de los funcionarios de justicia acepta, o afirma aceptar, las reglas del sistema es que esas reglas se crearon por quienes tenían una autoridad moral o juicio superior. La procedencia autoritativa de esas reglas, en otras palabras, es considerada de suprema importancia moral. En un sistema ‘oportunistista’, en cambio, los orígenes de la mayor parte de esas reglas son considerados moralmente irrelevantes. Los funcionarios en esos regímenes los aceptan porque reconocen, o dicen reconocer, que esas reglas son moralmente buenas y por tanto promueven el objetivo fundamental del derecho³¹.

Que un sistema jurídico sea del tipo “autoritativo” o del tipo “oportunistista” es una cuestión empírica. De hecho, Shapiro cree que el sistema jurídico estadounidense actual pertenece al primer tipo³². De todos modos, el método de los Planificadores es apropiado (de hecho, exigido) solo por los sistemas del tipo “autoritativo”.

Así, en un sistema del tipo “autoritativo” la economía de la confianza (las actitudes de confianza de los planificadores del sistema³³) será determinada utilizando el método de los Planificadores, que a su vez consiste en una teoría metainterpretativa articulada en tres pasos. 1. Especificación. ¿Qué competencias y carácter se necesitan para implementar los diferentes tipos de procedimientos interpretativos? 2. Extracción. (a) ¿Qué competencia y carácter que creían los planificadores que tenían los actores les llevaron a confiar a los actores la tarea que les encomendaron? (b) ¿Qué objetivos sistémicos pretendían los planificadores que los diversos actores persiguieran y realizaran? 3. Evaluación. ¿Qué procedimiento promueve y realiza mejor los objetivos sistémicos que se suponía que los actores debían promover y realizar, asumiendo que tienen la competencia y el carácter extraídos?”³⁴.

³¹ *Ibidem*, p. 424.

³² *Ibidem*, p. 425.

³³ *Ibidem*, p. 418.

³⁴ *Ibidem*, pp. 433-434.

Al final de todo esto, y luego de tomar en cuenta también algunas cuestiones relativas a la “competencia”³⁵, el metaintérprete se encontrará en una buena posición para identificar la metodología interpretativa apropiada para cualquier clase de intérprete. Todo este proceso, además, está basado únicamente en hechos sociales (los juicios de competencia y de carácter de los planificadores, la ideología que inspira el régimen³⁶), por lo que el positivismo jurídico se ve aquí reivindicado.

En definitiva, la teoría de la interpretación jurídica desarrollada en *Legalidad* posee, explícitamente, dos límites. En primer lugar, se aplica únicamente a sistemas jurídicos que poseen ciertas características específicas, es decir, se aplica solo a sistemas autoritativos, tal como han sido definidos más arriba. Segundo, las bases concretas de esta teoría de la interpretación (toda la panoplia de cuestiones metainterpretativas) quedan indeterminadas, puesto que son radicalmente *contextuales*. Todo depende de cómo un concreto sistema jurídico distribuye cantidades de confianza y desconfianza entre sus funcionarios –i. e., depende de la economía de la confianza del sistema–. Así, si el sistema jurídico considera que una cierta clase de funcionarios es merecedora de confianza, o comparativamente más confiable que otra clase de funcionarios, entonces otorgará a la primera una cantidad apreciable de discreción interpretativa (permitiéndole usar estilos teleológicos de interpretación, por ejemplo). Si, en cambio, el sistema jurídico desconfía de una cierta clase de funcionarios, o desconfía de ella en comparación con otra clase de funcionarios, entonces exigirá a la primera clase que no use sus poderes interpretativos, y probablemente le exigirá también que adhiera a las

³⁵ *Ibidem*, p. 455: “La relación competitiva entre los planificadores sociales es en sí misma un elemento meta-interpretativo crucial. Esto es así porque los planes jurídicos no solo gestionan la confianza; también gestionan el *conflicto*. Los planes, como se ha señalado anteriormente, son herramientas extremadamente útiles para resolver disputas políticas. Me gustaría ahora sostener que si los planes desempeñan la función de gestionar conflictos, cuanto más competitiva sea la relación de planificación, más restrictiva es la metodología interpretativa; a la inversa, cuanto más colaborativo es el ejercicio de planificación social, más discreción interpretativa se confiere”.

³⁶ *Ibidem*, p. 460. Shapiro ofrece una presentación bastante similar de la tarea del intérprete en “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge U. P., 2007.

palabras de las reglas establecidas por los diseñadores del plan (o establecidas por otros funcionarios más confiables).

Por lo que, al final, la teoría del derecho como plan no se ve comprometida con una metodología interpretativa en particular, sino que, en cambio, exige a cada intérprete que elija la metodología interpretativa apropiada, en relación a su papel y el lugar que posee en la economía de la confianza del sistema. Y es precisamente tarea de cada intérprete determinar, siguiendo la ideología que anima al sistema, cuál es su papel y lugar en la economía de la confianza del sistema.

III. Algunas dificultades de la teoría de los planes

A partir de este esquema teórico general, y bien complejo, intentaré señalar a continuación algunos puntos críticos del modo en que la teoría de los planes de Shapiro trata algunas cuestiones de interpretación y metainterpretación.

1. ¿Decisión judicial libre de valores? Según la teoría del derecho y de la interpretación de Shapiro, el razonamiento jurídico es necesariamente amor³⁷. Esto significa que, por lo que se refiere al genuino razonamiento jurídico, el intérprete no recurre (y no debe recurrir) a consideraciones morales. El intérprete debe simplemente dirigir su mirada a los hechos sociales (como por ejemplo, las leyes positivas). Por supuesto, Shapiro concede que la solución de una disputa puede exigir que el juez deba “salir del derecho”, y corroborar los hechos morales para decidir una disputa. Es más, según Shapiro, esto puede, de hecho, resultar en ocasiones inevitable, dado que el derecho es producto de seres humanos, cuya habilidad para prever todas las disputas relevantes y todas las propiedades relevantes de las disputas posibles es limitada (es decir, la habilidad para planificar de los seres humanos es limitada). Dado que el derecho es un producto humano y dado que los seres humanos poseen tanto limitaciones cognitivas como mora-

les, el derecho se ve intrínsecamente limitado. Cuando el intérprete se enfrenta a un caso cuya solución (o quizás cuya solución óptima) no es ofrecida por el derecho existente, la decisión del caso ha de ser alcanzada por fuera del derecho. Y en un caso tal, el juez no llevará ya a cabo un razonamiento jurídico (que es necesariamente amoral), sino que se tratará de una pura decisión legal: en ese caso el juez no aplicará derecho existente, sino que decidirá una disputa³⁸.

Traduciendo todo esto al vocabulario de la teoría de los planes, en algunos casos (los casos difíciles) el plan original puede “agotarse”, y los jueces se verán obligados a escribir por su cuenta un nuevo plan que les permita decidir el caso en cuestión³⁹.

Ahora bien, me pregunto si el retrato que la teoría de los planes ofrece de la tarea judicial es iluminador. De hecho, sospecho que en realidad oscurece elementos esenciales del razonamiento jurídico.

Mi principal observación aquí es que todos y cada uno de los actos de interpretación involucran necesariamente un juicio de valor. Esto es cierto, por supuesto, en aquellos casos de indeterminación extrema, de lagunas, de conflictos entre normas en ausencia de criterios claros de solución, de conflictos entre exigencias jurídicas y exigencias morales, etc. (casos difíciles). Pero esto *también* es cierto en casos en los que existe un texto legal, formulado con palabras claras. Ello es así porque (a) incluso las palabras claras han de ser interpretadas (no llevan consigo un significado adherido en la frente) y poseen zonas de penumbras (un grado relativo de vaguedad e indeterminación es un rasgo ineliminable del lenguaje), e incluso la elección misma de recurrir al significado literal es precisamente eso, una elección; (b) un texto legal dado

³⁸ *Ibidem*, p. 335: “Entonces, la práctica judicial en el sistema jurídico estadounidense no exige que los positivistas jurídicos abandonen la idea de que el derecho está determinado en última instancia y exclusivamente por hechos sociales. Porque cuando los estándares con pedigrí se agotan, los jueces estadounidenses tienen simplemente la obligación jurídica de ejercer una discreción fuerte, observando la moral más allá del derecho para resolver el caso que les ocupa”.

³⁹ *Ibidem*, p. 339: “El hecho de que, en esos casos, los jueces se basen con frecuencia en consideraciones morales indica simplemente que llevan a cabo una nueva planificación social”.

es claro en tanto y en cuanto no se vea “perturbado”, es decir, en tanto y en cuanto no sea puesto en discusión por un caso específico que no encaja de manera perfecta en la formulación del texto legal (¿cuál sería en ese caso la tarea del intérprete?, ¿recurrir a entidades dudosas tales como “el propósito” del plan, incluso cuando el intérprete ha sido considerado no confiable por los diseñadores del plan, o incluso cuando él mismo se considera de ese modo?); (c) en los sistemas basados en el precedente, un caso puede por lo general ser subsumido en más de un precedente; incluso es común inferir más de una *ratio decidendi* a partir de un único precedente; (d) en los sistemas continentales, el intérprete se enfrenta siempre a una amplia variedad de materiales legales, y no solo a una ley, o a parte de una ley; además, el intérprete debe llevar a cabo un análisis sobre la validez de la norma que ha de ser interpretada, lo que requerirá tareas interpretativas adicionales.

Lo que estoy queriendo señalar mediante las observaciones precedentes es que, con frecuencia, el intérprete enfrenta situaciones en las que debe tomar decisiones sustantivas de varios tipos; no solo en los casos difíciles sino también en los fáciles. Estas decisiones estarán guiadas por consideraciones sustantivas y evaluativas (ideas de razonabilidad, plausibilidad, etc.⁴⁰). Si todo esto es correcto, entonces la distinción de Shapiro entre el razonamiento jurídico propiamente entendido (que es necesariamente amoral) y la decisión judicial (que involucra el ejercicio de algún tipo de razonamiento moral por parte de los jueces) es equivocada, puesto que el razonamiento jurídico amoral no se verifica nunca.

Además, si el argumento de arriba es correcto, es necesario llevar a cabo un ajuste significativo de la teoría de los planes. En efecto, puesto que (a) la decisión judicial libre de valoraciones no existe y, (b) el intérprete se ve siempre obligado a agregar algo al plan, entonces (c)

⁴⁰ El denominado argumento *ab absurdo* (el método interpretativo que prohíbe al intérprete alcanzar resultados absurdos) es un caso paradigmático de ello. Para un buen inventario de casos, incluso más rutinarios, que involucran el ejercicio de razonamiento moral sustantivo por parte de los jueces, véase Waldron, J., “Do Judges Reason Morally?”, en G. Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge U. P., 2008, pp. 38-64.

la diferencia entre los diseñadores y los aplicadores del plan colapsa. En el mejor de los casos, esa diferencia es meramente una diferencia de grado⁴¹. Pero una implicación fuerte (y coherente) del argumento sería que los jueces siempre son diseñadores y no meramente aplicadores del plan. Regresaré sobre este punto más abajo (§ 4).

El argumento relativo a los límites del derecho produce también otra perplejidad. Es cierto, el derecho posee límites, puesto que es una empresa humana, social. Por ello es bastante fácil que, en algunos casos, el “derecho se agote”, al menos aparentemente. Pero me parece bastante irreal sostener que, cuando el derecho se agota, el intérprete está legitimado para salirse del derecho y buscar una respuesta en el campo de la moral. De hecho, en la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos que conozco, cuando el derecho se ha aparentemente agotado, los intérpretes no buscan directamente una buena solución sobre bases morales; por el contrario, continúan buscando la guía del derecho incluso en los casos difíciles⁴². En otras palabras, el derecho positivo ejerce todavía una especie de “fuerza gravitacional” sobre el razonamiento judicial incluso cuando, en sentido estricto, no controla el caso. Así, el derecho podría exigir al intérprete que decida el caso mediante referencia a principios generales (o constitucionales),

⁴¹ Es bastante famoso el argumento de Hans Kelsen, según el cual la aplicación y la creación del derecho son actividades continuas. “La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto” (Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 350). Según Leslie Green, esta es “una verdad general acerca de las normas” (Green, L., “Legal Positivism”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003).

⁴² Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law* (1961), Second Edition. Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 274 (58): “cuando las leyes o precedentes particulares se muestran indeterminados o cuando el derecho explícito calla, los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho”. [N. E.: no se ha consolidado aún una traducción canónica de las notas manuscritas de Hart, que Joseph Raz y Penelope Bulloch incluyeron como “Postscript” en la segunda edición de *The Concept of Law* (pp. 238-276). A los fines de lograr uniformidad se cita en la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: Hart, H. L. A., *Post scriptum*

a la analogía, a los precedentes, etc. Por supuesto, en tales casos, el intérprete deberá mayormente apoyarse en consideraciones valorativas y sustanciales, y la solución puede ser más controvertida que en otros casos (por ejemplo, principios diferentes pueden sustentar analogías o resultados diferentes). Pero de todos modos, ello es meramente una cuestión de grado, puesto que ello también sucede en los casos fáciles, tal como hemos visto.

Asimismo, que los jueces decidan los casos difíciles por fuera del derecho es meramente contingente, una posibilidad específica de cada sistema⁴³. Por ejemplo, en un sistema jurídico dado, podría prohibirse a los jueces decidir los casos difíciles, debiendo someterlos a la legislación. Así, la tesis según la cual en casos difíciles, cuando el derecho (o los planes) se han agotado, los jueces necesariamente deciden por fuera del derecho, debería ser entendida no como una verdad conceptual acerca del derecho, sino como una cuestión contingente, relativa a cada sistema jurídico específico. Esto, a su vez, sería más consistente con el alcance limitado que posee la teoría de los planes en la interpretación jurídica. Como hemos visto (*supra*, § 2), la teoría de los planes en la interpretación no ofrece respuestas precisas a los problemas interpretativos en general, sino que exige analizar cuidadosamente la economía de la confianza de cada sistema jurídico. Así, un sistema jurídico dado podría administrar los casos difíciles en alguno de los siguientes modos (o incluso algún tipo de combinación de ellos). Primero, podría exigir a los jueces que sí o sí decidan el caso, aun cuando tengan que recurrir a algún tipo de razonamiento moral. Segundo, podría exigir a los jueces que sometan el caso a la decisión de la legislatura o de un tribunal superior o especializado. Tercero, podría incluso exigir a los jueces que se limiten a corroborar que el caso no posee solución en el sistema, y por lo tanto que no exige un pronunciamiento judicial (*non liquet*). En definitiva, no constituye una verdad conceptual que, en los

al concepto de derecho, México, UNAM, 2000. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

⁴³ Ver el artículo de Chiassoni en este mismo número: Chiassoni, P., “Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señoría de los truismos, positivismo sospechoso”, *Discusiones*, XX (2), 2017.

casos difíciles, los jueces recurran a argumentos morales por fuera del derecho. Los jueces lo harán solo si están obligados a decidir el caso difícil; pero además, también en este supuesto podría mostrarse, en mi opinión, que el derecho positivo es capaz de, en algún modo, ejercer todavía cierto control sobre el razonamiento judicial.

En consecuencia, *contra* Shapiro, mi conclusión en este punto es que el razonamiento jurídico está siempre contaminado por argumentos morales, tanto en los casos fáciles como en los difíciles, pero que merece de todos modos ser llamado razonamiento jurídico. Podemos decidir llamarlo decisión jurídica si nos apetece, pero entonces debemos reconocer que eso es lo que los jueces hacen todo el tiempo y no solo, ocasionalmente, en los casos difíciles. Además, ¿no es una importante obviedad acerca del derecho, que el trabajo de los jueces es el de aplicar el derecho? Una vez que advertimos que la decisión judicial involucra siempre argumentos valorativos, la tesis de Shapiro, según la cual un razonamiento jurídico “moralmente contaminado” deja de ser un razonamiento jurídico (y se convierte en una decisión judicial por fuera del derecho), no logra explicar esta obviedad.

2. *Extraer la economía de la confianza a partir del plan maestro.* Según Shapiro, la construcción de la teoría metainterpretativa que demanda la teoría de los planes exige identificar la economía de la confianza incorporada en el sistema⁴⁴. Además, Shapiro sostiene que la existencia y el contenido del plan maestro es una cuestión meramente empírica⁴⁵.

Como hemos visto (*supra*, § 2), este proceso conlleva tres pasos (especificación, extracción, evaluación). Aquí me concentraré brevemente en la etapa de extracción.

La extracción es “esencialmente un proceso explicativo. El meta-intérprete intenta mostrar que la estructura institucional de un sistema particular se debe, en parte, al hecho de que quienes lo diseñaron

⁴⁴ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 433: “una metodología interpretativa es adecuada para un intérprete en un determinado sistema jurídico solo si persigue mejor los objetivos que se confía que los actores alcancen, bajo la presuposición de que los actores tienen la competencia y el carácter que les atribuyen quienes diseñaron el sistema”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 192.

tenían ciertas concepciones sobre la confiabilidad de los actores en cuestión y, por tanto, confiaban [sic] a los actores ciertos derechos y responsabilidades. Las concepciones extraídas a partir de esta práctica son aquellas que explican mejor la construcción y la adopción de los textos que guían la práctica”. Asimismo, las “concepciones [de los diseñadores] sobre la confiabilidad de los actores son jurídicamente relevantes solo en la medida que desempeñaron un rol causal en el actual diseño y la adopción de textos autoritativos”⁴⁶. Para Shapiro, la extracción no es necesariamente una empresa holista (al estilo Dworkinian). El metaintérprete puede contentarse con determinar únicamente las actitudes de confianza que el sistema muestra hacia él y su papel. Como criterio general, los funcionarios de bajo rango no necesitan embarcarse en una verificación general de las relaciones de confianza del sistema, mientras que puede ser el caso que los funcionarios de alto rango sí deban hacerlo.

El metaintérprete extraerá las actitudes de confianza de los diseñadores a partir de “la estructura del sistema jurídico”⁴⁷ o, si lo necesita, a partir de “una indagación histórica más detallada”⁴⁸.

Shapiro es perfectamente consciente de que este no es un trabajo sencillo. Los sistemas jurídicos suelen poseer una larga trayectoria de vida, su diseño suele ser el resultado de contribuciones bien variadas, y pueden incorporar actitudes de confianza diferentes en niveles diferentes (por ejemplo, una norma constitucional puede incorporar cierta actitud de confianza hacia cierto tipo de intérprete, mientras que una ley ordinaria puede incorporar una actitud de confianza diferente *respecto de ese mismo tipo de intérprete*).

Dado que los sistemas jurídicos se construyen y reconstruyen con el transcurso del tiempo, normalmente de la mano de

⁴⁶ *Ibidem*, p. 436.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 257: “Cuando los sistemas jurídicos están diseñados para alcanzar ciertas metas morales o políticas, a menudo es posible captar las metas de los sistemas mediante un análisis detallado de sus planes maestros. Por ejemplo, un sistema que prevé votaciones, representación, elecciones y alguna protección de la deliberación pública valora el autogobierno democrático”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 441.

numerosos individuos, sería extremadamente sorprendente encontrar un conjunto coherente de concepciones sobre la confianza subyacente a la totalidad de los textos jurídicos. Como cuestión general, la tarea del meta-intérprete no es simplemente *recuperar* esas actitudes de confianza dispares sino también *sintetizarlas* en una concepción racional. Entonces, la economía de confianza de un sistema se construye durante la meta-interpretación, no simplemente se la descubre⁴⁹.

Shapiro describe este proceso como una especie de *investigación empírica relativa a hechos sociales*⁵⁰. Es sobre esto que, a su vez, se basa la asunción de Shapiro según la cual la teoría del derecho como plan es fuertemente positivista, y sobre lo que también se basa, claramente, la idea misma de concebir el derecho como plan⁵¹.

Ahora bien, me parece un poco sorprendente que el proceso de extracción pueda plausiblemente ser concebido como una investigación empírica relativa a hechos sociales. Por supuesto, que alguien posea una determinada creencia, o posición ideológica o ética, etc., es ciertamente una cuestión de hecho. Pero cuando se trata de describir o construir el *contenido* de tales creencias, o posiciones éticas o ideológicas, etc., es bastante extraño concebir *eso* como una investigación empírica, o factual⁵². En consecuencia, por mi parte, argumentaría que identificar la economía de la confianza de un sistema *no es* una cuestión puramente (ni tampoco principalmente) empírica. Por el contrario, exige llevar a cabo una investigación *sustantiva* acerca de los propósitos de los diseñadores, sus actitudes e intenciones, sus ideologías, sus compromisos (puesto que tales ideologías pueden, y suelen, ser diferentes e incompatibles), y cuánto de todo ello se encuentra en el texto de la constitución. Todo ello lleva a que inevitablemente el (meta-)intérprete

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 338, 460-462.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 225: “el intento por descubrir la existencia o el contenido de tal mecanismo [*i.e.* del plan maestro] atendiendo a la filosofía moral, como recomienda el iusnaturalista, frustraría la función del plan maestro”.

⁵² Raz J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 20: “las creencias, pero no sus contenidos, son también hechos”.

realice juicios de valor, *i. e.* juicios sustantivos de plausibilidad, tales como los que exige el “principio de caridad”⁵³. Una vez que el (meta-) intérprete pone sus manos sobre este tipo de cosas, no puede ya pensarse que lleva a cabo una investigación meramente empírica.

Esto resulta particularmente claro, por ejemplo, cuando el (meta-) intérprete enfrenta inconsistencias internas en el plan maestro, *i. e.* cuando el plan maestro parece apoyarse en juicios de confianza incompatibles. Para resolver estos casos, Shapiro aconseja seguir un procedimiento epistemológico que toma prestado del modo en que la filosofía de la ciencia afronta el problema de las teorías inconsistentes, en particular de W. V. O. Quine⁵⁴ –un procedimiento que, desde mi punto de vista, puede ser descrito como una especie de equilibrio reflexivo rawlsiano–.

Nótese que mi objeción no conlleva una toma de posición respecto de la alternativa entre punto de vista externo y punto de vista interno. Quiero decir, lo que está en discusión aquí no es la posibilidad de formular enunciados no comprometidos, en lugar de enunciados comprometidos o evaluativos. En ambos casos (*i. e.*, enunciados evaluati-

⁵³ Un argumento más extenso puede verse en Villa, V., “Legal Theory and Value-Judgements”, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 447-477; Celano, B., “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en Pozzolo, S. (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 89-123; Id., “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo ético”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, pp. 161-184. Pueden también mencionarse algunas afirmaciones de Joseph Raz acerca de la teoría hartiana de la regla de reconocimiento: “Tratar de formular criterios de validez basados en las prácticas complejas de los tribunales las cuales cambian constantemente, que son por fuerza vagas y ciertamente casi incompletas, supone no sólo sensibilidad jurídica y conocimiento teórico sino, además, sano juicio y razonables decisiones valorativas. La teoría de Hart conduce a donde la frontera entre teoría jurídica analítica y teoría jurídica crítica, es decir, donde la distinción entre teoría general y teoría particular del derecho, comienza a oscurecerse” (Raz, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1985, p. 125).

⁵⁴ Shapiro, S., *op. cit.*, p. 443: “Esta teoría establece varias hipótesis por lo que respecta a la competencia y al carácter general de los individuos y cómo los escenarios particulares afectan su confiabilidad. Cuando una revisión de un sistema jurídico introduce juicios de confianza en conflicto dentro de esta ‘teoría’, el meta-intérprete debería entonces emprender una revisión mínima: debería sintetizar los juicios previos tan poco como sea posible para hacerlos consistentes”.

vos internos y enunciados evaluativos externos) lo que está en juego es exactamente eso: un enunciado evaluativo, que conlleva el uso de argumentos sustantivos (incluso si, por hipótesis, de modo no comprometido). Un enunciado evaluativo no es un enunciado empírico.

En resumen, mi objeción aquí es que concebir la etapa de extracción de la metainterpretación como una investigación factual o empírica es una deformación, cuya finalidad es ofrecer a los positivistas jurídicos (excluyentes) un retrato tranquilizador del razonamiento jurídico, basado exclusivamente en hechos sociales.

3. ¿El alcance de la teoría de los planes es demasiado estrecho? Los argumentos que he presentado hasta aquí se refieren a problemas de consistencia interna de la teoría metainterpretativa de Shapiro. A continuación quisiera formular un argumento crítico desde una perspectiva ligeramente distinta. La teoría metainterpretativa de Shapiro está basada en la asunción de que el sistema jurídico bajo análisis posee ciertas propiedades, a saber, que se trata de un “sistema autoritativo”, por oposición a un “sistema oportunista”.

Recuérdese que

en un sistema ‘autoritativo’, la razón por la que la mayor parte de los funcionarios de justicia acepta, o afirma aceptar, las reglas del sistema es que esas reglas se crearon por quienes tenían una autoridad moral o juicio superior. La procedencia autoritativa de esas reglas en otras palabras, es considerada de suprema importancia moral. En un sistema ‘oportunista’, en cambio, los orígenes de la mayor parte de esas reglas son considerados moralmente irrelevantes. Los funcionarios en esos regímenes los aceptan porque reconocen, o dicen reconocer, que esas reglas son moralmente buenas y por tanto promueven el objetivo fundamental del derecho⁵⁵.

Únicamente en un “sistema autoritativo” funciona el método de los Planificadores. Ahora bien, que un sistema jurídico dado sea un

⁵⁵ *Ibidem*, p. 424.

sistema “autoritativo” u “oportunista” depende de las actitudes de la gran masa de funcionarios. Si las actitudes relevantes confieren un estatus moral especial a los planificadores, entonces tenemos un “sistema autoritativo”. Si, en cambio, los funcionarios piensan que el plan al que están atados es moralmente bueno (independientemente de qué opinión tienen de los autores de ese plan) el sistema es “oportunista”.

Adviértase que, dado esto, la empresa en cuestión no es ya de metainterpretación. La metainterpretación exige, *inter alia*, extraer las actitudes de confianza de los *planificadores*. Aquí, en cambio, estamos tratando con las actitudes (¿morales?) de los *funcionarios*. Por lo que únicamente podremos recurrir al método metainterpretativo de los planificadores una vez que hayamos decidido, a través de un procedimiento diferente, que el sistema relevante es un “sistema autoritativo”.

Todo esto da lugar, creo, a las preguntas siguientes. ¿Qué nivel de acuerdo ha de verificarse entre los funcionarios, acerca de esta propiedad del sistema, para que se dé un sistema autoritativo? ¿Cómo es posible determinarlo? ¿Es el caso que un sistema de ese tipo *alguna* vez se da? ¿No es, en cambio, bastante posible que funcionarios diferentes posean ideas muy diferentes (y algunas veces, incluso ninguna idea) acerca de ello? ¿Qué sucede si los funcionarios están divididos entre las dos actitudes a las que me he referido más arriba?⁵⁶ ¿Quiénes son los diseñadores del plan, a quienes se dirige un alto respeto en los “sistemas autoritativos” (solo los *framers*, o también los legisladores y los jueces sucesivos)?

Yo no poseo respuestas precisas a estas preguntas, pero creo que la teoría de los planes debería ofrecerlas. Lamentablemente, los pasajes relevantes de *Legalidad* son demasiado breves. En lugar de un argumento acerca de (a) el procedimiento para identificar tanto la actitud relevante de los funcionarios, como el nivel de convergencia de acti-

⁵⁶ La tesis que la unidad del sistema jurídico no es *per se* derrotada si los funcionarios siguen diferentes reglas de reconocimiento posee efectivamente cierto crédito entre los filósofos del derecho. Véase por ejemplo Raz, J., *Razón práctica y normas*, *op. cit.*, p. 169-170; Id., *La autoridad del derecho*, *op. cit.*, p. 126; Kramer, M., “Of Final Things: Morality as one of the Ultimate Determinants of Legal Validity”, en *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford U. P., 2004.

tudes que es necesario para que se dé el tipo de sistema relevante; y en lugar de un argumento acerca de (b) la descripción de la situación actual de un sistema jurídico dado (tal como el de los Estados Unidos) respecto de las actitudes efectivas de los funcionarios (tribunales, legislaturas, etc.); Shapiro nos proporciona únicamente algunos breves comentarios dispersos, y una cita de un artículo periodístico⁵⁷, sin ofrecer ninguna evidencia adicional en favor de su tesis (crucial).

Por mi parte, señalaré solo un par de intuiciones, vagamente formuladas. Primero, responder a algunas de las preguntas exigiría, de nuevo, una investigación que conlleva considerar argumentos y razones sustantivas, intenciones, actitudes proposicionales, ideologías. En breve, exige, de nuevo, una investigación evaluativa sustancial, y no una meramente empírica.

Segundo, si, tal como sospecho, en los sistemas jurídicos contemporáneos, caracterizados por su complejidad y por la multiplicidad de actores (por oposición a los sistemas “carismáticos”, tal como Max Weber los denominara), no es nunca el caso (o lo es solo raramente) que la masa de funcionarios jurídicos acepte, o haga como que acepta, las reglas del sistema, simplemente porque esas reglas han sido creadas por quienes poseen una autoridad o juicio moral superior; entonces toda la maquinaria metainterpretativa desarrollada por Shapiro posee en realidad un alcance bastante restringido. Parecería que la mayoría de, si no todos, los sistemas jurídicos contemporáneos exigiría una teoría metainterpretativa diferente y no la avanzada por la teoría de los planes.

IV. ¿Quiénes son los planificadores?

Las dudas que he intentado presentar en la sección precedente se encuentran seguramente emparentadas con una única duda mayor, que en realidad ha ya aparecido en distintos lugares de mi trabajo. Esta duda se relaciona con la dificultad para identificar, en el argumento de Shapiro, quiénes son exactamente los planificadores de un sistema jurídico.

⁵⁷ Shapiro, S., *op. cit.*, pp. 351-352.

Creo que Shapiro no ha hecho mucho para aclarar cierta ambigüedad en este punto. En muchos pasajes del libro deja en claro (en cuanto se refiere al sistema jurídico estadounidense) que tiene en mente a los *Framers*, incluyendo también a los ratificadores y a los autores de las enmiendas. Es decir, tiene en mente a quienes originalmente diseñaron el sistema (de hecho, parte de la refutación de los argumentos de Dworkin se apoya en una digresión histórica, bien rica e interesante, acerca de las actitudes de confianza de los *Framers*)⁵⁸. En otros pasajes, en cambio, Shapiro incluye en la categoría de los planificadores también a otros funcionarios que pueden afectar, y de hecho afectan, el plan original –claramente los legisladores más recientes–⁵⁹. Esta afirmación es ciertamente razonable, pero podríamos preguntarnos si es consistente con la definición de “un sistema autoritativo” sobre la que se apoya gran parte de los argumentos metainterpretativos de Shapiro. Asimismo, en otros pasajes, Shapiro incluso afirma que la distribución de la discreción interpretativa entre los funcionarios (que es uno de los rasgos fundamentales del diseño del plan maestro) es un trabajo exclusivo de los legisladores⁶⁰, quienes por lo tanto terminan también siendo “diseñadores del plan”.

Para aclarar mi argumento es útil señalar que la teoría de los planes está basada en (*inter alia*) dos ideas que al final parecen difíciles de reconciliar, a saber, (a) la idea según la cual la lógica de la planificación exige que el contenido del plan sea determinable sin recurrir al mismo

⁵⁸ Shapiro dedica bastante atención (en el capítulo XI y en varios pasajes más de su libro) a los puntos de vista de los *Framers* (*op. cit.*, p. 441: “los diseñadores de la temprana república norteamericana”).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 430: “los diseñadores del sistema norteamericano actual incluyen no solo a los constituyentes y ratificadores de la Constitución de 1878, sino a los numerosos agentes que han cambiado el aspecto del sistema durante los últimos doscientos años. Los constituyentes y ratificadores de la Decimocuarta Enmienda son tanto los diseñadores del régimen actual como los constituyentes y ratificadores de la Constitución original. En la medida en que el meta-intérprete se centre en el sistema actual, el conjunto relevante de planificadores para la meta-interpretación es el actual, a saber, aquellos cuya planificación todavía no ha sido modificada o extinguida por planificadores subsecuentes”.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 410.

tipo de argumentos que el plan está destinado a resolver⁶¹, y (b) la idea que los planes pueden ser incompletos, y que pueden ser diseñados de manera “incremental”.

Supongamos que, en el derecho, un juez descubre que para determinado tipo de casos el plan “se agota”. Esta situación es casi inevitable puesto que, según la teoría de los planes, el derecho posee límites⁶² (en sintonía con el positivismo excluyente). Y supongamos que en ese tipo de casos el juez decide de todos modos resolver el caso, “agregando” algo al plan original⁶³. Esto claramente conlleva recurrir al mismo tipo de argumentos controvertidos que el plan estaba destinado a resolver. Ahora bien, ¿cómo deberíamos describir esta situación? Según la idea (a) apenas mencionada, el plan ciertamente no ha funcionado⁶⁴, y el juez, en cierto sentido, ha escrito un nuevo plan⁶⁵. Por el otro lado, siguiendo la idea (b) mencionada más arriba, el juez ha simplemente

⁶¹ *Ibidem*, p. 226: “Los planes pueden reemplazar nuestro razonamiento solo si podemos descubrir su existencia y contenido sin deliberar sobre sus méritos”. A partir de esto, se seguirían tanto SLOP como LOGEP.

⁶² *Ibidem*, p. 339: “cuando las normas con pedigrí se agotan (lo que tiene que ocurrir, dado el argumento sobre los límites de los social [sic]), la planificación social que el derecho proporciona también se agota”.

⁶³ La indeterminación, según Shapiro, “es un rasgo y no un problema. Incluso si se pudieran elaborar reglas perfectamente precisas, estas serían necesariamente arbitrarias y probablemente generarían caos. En muchos casos es mejor dejar que otros completen los detalles cuando están en una mejor posición para juzgar qué curso de acción es preferible” (*ibidem*, p. 317).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 316: “en numerosas instancias, la mejor explicación de por qué los abogados no conocen el derecho es que *no existe derecho que conocer*. Pueden descubrir, por ejemplo, que su caso se encuadra en la zona de penumbra de la regla. O una ley puede disponer una cosa, mientras que otra ley prevé algo distinto. Entonces, la incertidumbre sobre cómo proceder en esos casos no reflejará su desconocimiento del derecho, sino que será un reflejo de sus dudas sobre cómo debe desarrollarse el derecho o de qué modo se pronunciará eventualmente un tribunal” (cursivas agregadas).

⁶⁵ Según la teoría de los planes, esto debería entenderse como “*una obligación de emprender una nueva planificación social*. Así, considera que las normas que carecen de pedigrí que aplican eventualmente generan nuevos planes/norma, no que son el descubrimiento de planes/normas ya existentes. Porque si los planes/normas existentes pudieran ser descubiertos solo a partir del razonamiento moral, sería de entrada absurdo tenerlos” (*ibidem*, p. 339, cursivas agregadas).

“agregado” algo al mismo plan original, se trata de un desarrollo incremental del mismo plan.

Así, la teoría de los planes involucra dos ideas que, si bien por separado parecen plausibles, son evidentemente irreconciliables. Primero, la idea que los planes desempeñan su papel específico cuando eliminan los costos de deliberación del proceso de toma de decisiones en contextos de incertidumbre, de controversia moral, etc. (que, a su vez, requiere que el plan pueda ser interpretado, y deba ser interpretado, de una manera no-evaluativa). Segundo, la idea que una planificación total sería en realidad un pesadilla, aun cuando fuera posible. Es posible desarrollar los planes de manera incremental, y forma parte de la estructura normal de los planes (incluyendo los planes jurídicos) el dejar lugar a áreas de indeterminación.

La única posibilidad para lidiar con estas dos afirmaciones en conflicto es, creo, “enrolar” también a los jueces entre los diseñadores del plan, contrariamente a la estructura del argumento de Shapiro (al menos, tal como yo lo leo) que parece reservar el título honorífico de “planificadores” a los funcionarios de alto rango que tienen a su cargo la estructuración del plan: los *Framers* en primer lugar y, quizás, también los legisladores (“diseñadores del sistema”)⁶⁶.

Ahora bien, ¿cuáles serían las implicaciones de enrolar también a los jueces en la categoría de planificadores?⁶⁷ Pienso que la principal implicación es que también los planes producidos por la judicatura, las “doctrinas” elaboradas por los tribunales, dan forma al plan legal en su totalidad. El plan legal es (también) lo que las cortes dicen que es, y también esto ha de ser tenido en cuenta en la etapa de “extracción” de la metainterpretación (que a su vez se vuelve quizás mucho más compleja e incluso menos “empírica” que lo que considera Shapiro).

Esto va de la mano con otro punto similar. En diferentes partes de su argumento, Shapiro se refiere a los “diseñadores del sistema” como

⁶⁶ Véase *ibidem*, pp. 419-423.

⁶⁷ En un sentido obvio y débil, los jueces son siempre planificadores. Puesto que una norma jurídica es un plan y una decisión judicial es una norma (individual), los jueces planifican cada vez que resuelven un caso.

si se tratara de un círculo cerrado, un *hortus conclusus*. Me pregunto si esto es una percepción correcta del derecho, especialmente cuando se trata de los sistemas jurídicos contemporáneos de alta complejidad, donde las relaciones de poder entre los diferentes actores son constantemente objeto de negociación. El campo de batalla suele denominarse, claro está, “interpretación jurídica”.

En los sistemas jurídicos contemporáneos, varios actores diferentes dan forma al derecho, y muchos actores dan forma o reforman sus propios poderes de toma de decisión –y los de los demás también–. En los Estados Unidos, después de todo, el poder de la Corte Suprema para revisar la legislación ha sido establecido por la Corte Suprema misma (*Marbury v. Madison*). La Corte Constitucional italiana y las de muchos países europeos han reiteradamente ampliado ellas mismas sus poderes, por ejemplo, afirmando que determinados principios constitucionales son inmunes a reforma constitucional (y, por lo tanto, que una reforma constitucional puede estar sujeta a revisión judicial de constitucionalidad). El proceso de integración de los sistemas jurídicos europeos, hacia un sistema jurídico europeo único, ha sido en gran parte llevado a cabo por los tribunales (tanto Cortes Supremas nacionales como la CEJ).

Por lo tanto, la idea que un sistema jurídico es el producto de un número fijo y cerrado de diseñadores de planes parece un tanto simplista⁶⁸. Los sistemas jurídicos evolucionan, y su evolución estructural es, no solo, y no siempre, una cuestión de planificación de arriba hacia abajo por parte de los legisladores. La evolución de los sistemas jurídicos es a veces también consecuencia de las decisiones judiciales. Los jueces no solo son aplicadores de planes, sino que a veces son también, y de manera sustancial, diseñadores.

⁶⁸ En el cuadro que he diseñado, todos los actores que mencioné deberían concebirse como recurriendo regularmente al enfoque metainterpretativo del Ojo de Dios. Cada uno de ellos evalúa su propio nivel de confiabilidad y decide en conformidad a él. Shapiro dice que el enfoque del Ojo de Dios “frustra la capacidad del derecho para alcanzar su objetivo fundamental” (*ibidem*, p. 421). Si ello es así, entonces debería-

Bibliografía

- Celano, B., “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en Pozzolo, S. (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 89-123.
- Celano, B., “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, p. 161-184.
- Chiassoni, P., “Una mirada desde el realismo analítico: vieja metafísica, señorío de las verdades obvias y positivismo sospechoso”, *Revista Discusiones*, XX (2), 2017.
- Green, L., “Legal Positivism”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, trad. de R. Vernengo.
- Kramer, M., “Of Final Things: Morality as one of the Ultimate Determinants of Legal Validity”, en *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford U. P., 2004.
- MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford U. P., 1978.
- Raz J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, trad. de J. Ruiz Manero.
- Raz, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1985, trad. de R. Tamayo y Salmorán.
- Shapiro, S., “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge U. P., 2007.
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.

Villa, V., “Legal Theory and Value-Judgements”, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 447-477.

Waldron, J., “Do Judges Reason Morally?”, en Huscroft, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge U. P., 2008, pp. 38-64.

Instrucciones
para los/las autores/as

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
 - Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
 - Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, págs. 129-152.
 - Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, págs. 17-33.
 - Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión *Idem*. Si es el del/la mismo/a autor/a y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor/a, se indicará solo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.* Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor/a, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*

Discusiones XIX

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor o autora y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Impreso en Ediuns, Santiago del Estero 639, Bahía Blanca
Tirada: 100 ejemplares

