

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.