



Recensión

Legality

Scott J. Shapiro,

(2011) The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 472 pp.

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Carlos III de Madrid

mcla@polsoc.uc3m.es

Un positivismo excluyente (¿y ético?)

Scott Shapiro es uno de los autores más representativos de la actual jurisprudencia analítica. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Yale, autor de varios artículos de especial relevancia en Teoría del Derecho, y editor junto a Jules Coleman del prestigioso *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), Shapiro ha publicado recientemente su primer libro completo, *Legality*, del que próximamente aparecerá su traducción al castellano en la editorial Marcial Pons. Se trata de una obra ambiciosa y compleja, donde nuestro autor realiza una exposición sistemática y detallada de su concepción del Derecho y la interpretación jurídica. Sería demasiado atrevido por mi parte tratar de ofrecer aquí una visión exhaustiva de su contenido, por lo que me limitaré a dar una breve descripción del principal tema del libro, “la Teoría del Derecho como planificación social” (*The Planning Theory of Law*), primero en el ámbito abstracto de la Teoría del Derecho, y a continuación en el ámbito concreto de la interpretación jurídica.

El principal objetivo de *Legality* es usar la Teoría del Derecho como planificación social para demostrar la superioridad del positivismo jurídico frente al Derecho natural. Más concretamente, Shapiro defiende un positivismo excluyente, según el cual la existencia y el contenido de las normas jurídicas dependen únicamente de hechos sociales, de datos comprobables empíricamente. De ahí que su Teoría del Derecho se proponga como finalidad última mostrarnos la independencia de la práctica jurídica respecto a la moralidad política y el razonamiento moral. En mi exposición de sus argumentos analizaré críticamente hasta qué punto lo consigue.

La Teoría del Derecho como planificación social

Shapiro dedica la primera parte de su libro (capítulos 1-7) a describir minuciosamente su Teoría del Derecho como planificación social. El origen de esta teoría se puede situar en el problema que el autor denominó hace algún tiempo “la

cuestión del huevo o la gallina”¹, y que aquí llama el “rompecabezas de la posibilidad” (*The Possibility Puzzle*) de la “autoridad jurídica” (pp. 20, 37-40, 45-46). Si las normas jurídicas sólo pueden ser creadas por la autoridad competente, y dicha competencia sólo puede establecerse mediante normas jurídicas, ¿de dónde surgen las normas que establecen la autoridad para hacer normas? Este rompecabezas parece condenarnos a un círculo vicioso, o a un regreso al infinito. Shapiro busca una salida en la estela de H. L. A. Hart: concretamente, en las reglas de segundo grado y, en última instancia, en la regla de reconocimiento, cuya base es puramente sociológica, no moral. Las normas que establecen quiénes tienen, y cómo deben usar, la autoridad para crear y aplicar normas jurídicas, son normas de segundo orden, basadas en la aceptación de los operadores jurídicos. “La existencia de la autoridad jurídica sólo puede determinarse *sociológicamente*” (119). La Teoría del Derecho de Shapiro trata de hacer ver esta verdad positivista mediante la analogía entre los sistemas jurídicos y los planes de acción social.

Sobre la base de los más recientes desarrollos de la teoría de la acción y la motivación², Shapiro desarrolla una sofisticada Teoría del Derecho como mecanismo o tecnología de planificación social. Los seres humanos somos criaturas que planifican. A diferencia del resto de los animales, tenemos la capacidad para diseñar y ejecutar planes, individual y socialmente, a pequeña y a gran escala. La necesidad de hacer planes surge por la complejidad de nuestros objetivos, la limitación de nuestras capacidades y el pluralismo de nuestros valores y preferencias. Las normas jurídicas surgen así como “planes generalizados, o normas semejantes a planes (*planlike norms*), producidos por aquellos que están autorizados para planificar por otros” (p. 155). “Los sistemas jurídicos son instituciones de planificación social, y su fin fundamental es compensar las deficiencias de otras formas alternativas de planificación en las circunstancias de la legalidad” (p. 171). Las circunstancias de la legalidad se dan siempre que una comunidad tiene múltiples y profundos problemas morales cuya solución es compleja y controvertida (p. 170). Esto explica, según Shapiro, por qué el derecho es considerado valioso: “Dada la complejidad, conflictividad y arbitrariedad de la vida moderna, existe una enorme necesidad moral de planificación para la guía, coordinación y control de la conducta” (p. 172). Frente a otras formas de planificación (ya sean individuales, como la improvisación, el ordenamiento espontáneo, o los acuerdos privados, o comunitarios, a través del consenso o formas personalizadas de jerarquía), los sistemas jurídicos son “ágiles, duraderos, y capaces de reducir los costes de la planificación social a un grado tal que los problemas sociales pueden resolverse de un modo eficiente” (*ibid.*). Los sistemas jurídicos no están vinculados a ningún fin o valor sustantivo en concreto; son “medios universales” que sirven para coordinar nuestro comportamiento intra- e inter-personalmente, de modo que podamos alcanzar fines complejos que no podríamos conseguir de otro modo (p. 173).

La esencia planificadora del Derecho no sólo se revela, según Shapiro, en las normas primarias que gobiernan la conducta, sino también en las normas secundarias que regulan la forma en que se hacen, reconocen y aplican las leyes. Los sistemas jurídicos no sólo planifican la vida social en condiciones de complejidad, sino que ellos mismos son producto de la actividad planificadora. Son planes compartidos por los funcionarios, que les capacita para planificar la vida social. Dichos planes tratan de superar los problemas enormemente complejos

¹ “On Hart’s Way Out”, en J. Coleman (2001: 152).

² En especial, la obra de Michael E. Bratman (1999).

asociados a la organización de un sistema de planificación social. Dividen el trabajo social, especificando quiénes están autorizados para formular, adoptar, repudiar, afectar, aplicar y forzar los planes, y cómo deben actuar tales personas en las distintas fases de la planificación social (p. 176).

Para Shapiro, una vez que reconocemos el papel central que tienen los planes compartidos en el Derecho, podemos entender la afirmación positivista según la cual los criterios de validez jurídica sólo pueden ser descubiertos mediante observación empírica. La identificación de tales planes es una cuestión sociológica, no dependiente del razonamiento moral. “Un plan compartido sólo existe cuando ha sido diseñado para que un grupo pueda realizar una actividad conjunta, es públicamente accesible y es aceptado por la mayoría de los miembros del grupo en cuestión” (p. 177). El plan compartido puede ser moralmente aberrante; puede otorgar el control de la planificación social a un dictador malevolente o privilegiar a un subgrupo de la comunidad sobre los demás. De hecho, puede no tener el más mínimo apoyo por parte de la población que vive bajo su gobierno. No obstante, si la mayoría de los funcionarios aceptan un plan públicamente accesible y diseñado para ellos, dicho plan compartido existe.

De este modo, la teoría de la planificación social permite a Shapiro resolver el “rompecabezas de la posibilidad” de la autoridad jurídica. Dicha teoría afirma que un grupo tiene autoridad para crear normas jurídicas en una determinada comunidad cuando se dan dos condiciones: en primer lugar, el plan director del sistema autoriza a dicho grupo para planificar la vida social, y en segundo lugar, los miembros de la comunidad atienden normalmente a aquellos que han sido autorizados (p. 181). La existencia del plan, como hemos dicho, se puede comprobar por hechos sociales: alguna o algunas personas han diseñado el plan para ese grupo; parte de dicho plan autoriza al grupo para planificar por otros; el plan es públicamente accesible; y los miembros del grupo en cuestión lo aceptan. Cuando se dan tales condiciones, existirá un plan compartido y dicho plan autorizará a algunos para planificar por otros, imponiendo obligaciones jurídicas y confirmando derechos. Cuando el grupo en cuestión actúa a partir de ese plan compartido, sus decisiones normativas generan, desde la perspectiva de dicho plan (“desde el punto de vista del sistema jurídico”), la obligación moral de obediencia (aunque dicho plan sea aberrante desde una perspectiva moral). En definitiva, la verdad de las proposiciones jurídicas no depende de la legitimidad moral del plan director del sistema: “las proposiciones jurídicas son descripciones de una perspectiva según la cual el Derecho es moralmente legítimo” (p. 187).

De este último punto surge el argumento fundamental por el que Shapiro pretende arrumbar cualquier tipo de Derecho natural: para que los planes compartidos cumplan su función deben determinarse exclusivamente por hechos sociales (p. 177). Los planes compartidos sirven para guiar y coordinar el comportamiento resolviendo dudas y desacuerdos morales acerca de cómo actuar. Ese es el “objetivo moral” del Derecho como planificación social: “El objetivo fundamental de la actividad jurídica es poner remedio a las deficiencias de las circunstancias de la legalidad” (pp. 213, 215). Para Shapiro este argumento es metafísico, no moral. Surge de la naturaleza misma del Derecho como planificación social. “Un sistema jurídico no puede dejar de tener un objetivo moral si ha de ser un sistema jurídico [...] es parte de la identidad del derecho tener una misión moral” (p. 215).

Sin embargo, la Teoría del Derecho como planificación social encaja perfectamente dentro del denominado “positivismo ético o normativo”, el cual postula el objetivo último del Derecho desde un punto de vista normativo, para luego afirmar,



a partir de dicho postulado moral, la necesidad de identificar las normas jurídicas exclusivamente mediante hechos sociales³. Después de todo, la descripción que hace Shapiro del Derecho no es la única posible, y para elegir cuál nos parece correcta tenemos que decidir primero cuál es el objetivo moral del Derecho que nos parece más importante. Decir, como hace Shapiro, que el objetivo del Derecho está inscrito en la propia naturaleza del Derecho, parece incurrir en una evidente petición de principio.

La consideración como Derecho de una determinada planificación social es una cuestión controvertida, que depende no sólo de hechos sociales, sino también de criterios morales. Como señala Waldron, el argumento de Shapiro no es capaz de solventar esta dependencia final respecto de la moralidad política⁴. El uso de criterios morales para identificar qué plan es una norma jurídica no frustra necesariamente la función resolutoria del Derecho. Seguramente ese criterio será objeto de controversia, pero ésta será una discrepancia moral distinta a la que trata de resolver la ley. Por ejemplo, si establecemos que un plan tiene que ser imparcial para ser Derecho, y tratamos entonces de determinar un plan (que tenga rango de ley entre nosotros) para resolver el problema de la asistencia sanitaria de los indigentes, es cierto que habrá un profundo desacuerdo sobre el plan mismo (entre, por ejemplo, los partidarios de una sanidad pública y los que prefieren un sistema privado), pero dicho desacuerdo no tiene por qué coincidir con el desacuerdo que puede generar la aplicación del criterio moral de imparcialidad. Al fin y al cabo, la planificación social no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr algún fin que consideramos valioso. En una sociedad democrática habrá siempre un profundo desacuerdo respecto a cuál es ese fin último que se persigue con el Derecho, pero ese desacuerdo no coincide forzosamente con el tipo de desacuerdos morales que tratamos de resolver con dicha planificación.

Lo mismo cabría decir respecto a las concepciones de aquellos autores que exigen criterios morales para identificar una norma (o plan) como Derecho. Según Lon Fuller, por ejemplo, las normas (o planes) tienen que ser generales, públicas, prospectivas, inteligibles, consistentes, realizables, estables y congruentes con la conducta efectiva de los funcionarios. Para Fuller, estas condiciones garantizan el respeto a las personas como agentes libres y responsables, de modo que el incumplimiento completo o muy grave de cualquiera de ellas da como resultado no sólo un orden jurídico defectuoso, sino algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico⁵. El argumento de Shapiro no sirve para evitar dicha dependencia de la moral. Es cierto que puede existir un desacuerdo respecto a cuándo se cumplen tales condiciones, pero ese desacuerdo es distinto del que el Derecho trata de resolver. Sin embargo, Shapiro cree que podemos llegar a los principios de Fuller indagando descriptivamente en la naturaleza del Derecho (en su esencia planificadora). “Los positivistas pueden estar de acuerdo con Fuller en que la observancia de sus ocho principios es necesaria para la existencia de un sistema legal, y aun así rechazar que la existencia del Derecho dependa de hechos morales” (p. 395). Pero, en contra de lo que piensa Shapiro, no es cierto que una planificación efectiva requiera el cumplimiento de tales principios. El propio Fuller señaló cómo una concepción “gerencial” de la planificación puede obtener las ventajas de una acción planificada sin satisfacer las desideratas que garantizan el respeto a las

³ Para algunas de las elaboraciones más conocidas de este tipo de positivismo, vid. G. Postema, (1986), T. Campbell, (1996) y J. Waldron (2001: 410-433).

⁴ J. Waldron (2011: 894).

⁵ L. Fuller (1969: 39, 197).



personas como agentes libres⁶. En definitiva, el valor del derecho no reside únicamente en su naturaleza planificadora, sino en el objetivo o finalidad moral que tratamos de alcanzar con el uso del derecho como planificación social.

La interpretación jurídica basada en hechos sociales

En la segunda parte del libro (capítulos 8-14), Shapiro extrae las consecuencias de su Teoría del Derecho en el ámbito de la interpretación jurídica. No obstante, el argumento principal en este ámbito ya ha sido desvelado en la primera parte: si un determinado plan existiera únicamente cuando se considera justo, no podría cumplir su función de resolver dudas y desacuerdos sobre el correcto camino a seguir, puesto que, para su aplicación, los participantes tendrían que entrar en una deliberación o negociación que volvería a abrir el problema que el plan trataba de solventar. Tenemos que descartar, pues, cualquier interpretación constructiva del Derecho. La lógica de la planificación requiere que los planes sean comprobables a través de un método que no reactive las cuestiones mismas que los planes están diseñados para resolver.

Sin embargo, Shapiro no se conforma con este argumento. Por el contrario, aborda el problema de la interpretación jurídica a partir del debate Hart-Dworkin sobre la naturaleza de la teoría jurídica, y sobre el papel del razonamiento moral en la identificación del Derecho. Descarta, en primer lugar, el positivismo incluyente del propio Hart y Jules Coleman, haciendo uso precisamente del argumento que acabamos de señalar: si se incluyen en la regla de reconocimiento los principios morales, y se hace necesario el uso del razonamiento moral para determinar la existencia y el contenido de las normas jurídicas, entonces el Derecho pierde su razón de ser, puesto que deja de cumplir el fin que define su propia esencia (que no es otro que resolver las cuestiones morales y determinar qué acción emprender). Por este motivo, la Teoría del Derecho como planificación social defiende la posición del positivismo excluyente: “Puesto que la existencia o contenido del Derecho puede determinarse únicamente mediante hechos sociales, no hay peligro de que el proceso de descubrimiento jurídico frustre el propósito mismo de tener Derecho” (p. 275). Cuando se terminan las normas jurídicas con pedigrí, se termina el Derecho, y el juez tiene que acudir al reino de la moral, extrajurídico, para crear nuevas normas jurídicas.

No obstante, Shapiro cree que su Teoría del Derecho como planificación social tiene una ventaja con respecto a los positivismo excluyente e incluyente. Según él, ambos surgieron como respuestas a la crítica antipositivista de Ronald Dworkin (1977) en *Taking Rights Seriously*, argumentando que se podía reconocer la existencia de principios morales dentro de la práctica jurídica sin por ello tener que abandonar el positivismo jurídico. Sin embargo, la crítica de Dworkin iba más lejos. Como señala Shapiro, en *Law's Empire* Dworkin (1986) puso de manifiesto el auténtico trasfondo de su crítica originaria, un trasfondo que había quedado sin tratar por las réplicas procedentes del bando positivista. Es más, según Shapiro, dichas réplicas carecen de la capacidad para dar una respuesta a dicha crítica. En esencia, lo que viene a decir Dworkin es que el positivismo no puede explicar los “desacuerdos teóricos” sobre el Derecho, es decir, las discrepancias acerca del mejor método para interpretar las normas jurídicas –o, dicho con terminología del propio Dworkin, desacuerdos acerca de los “fundamentos jurídicos” que indican si las afirmaciones sobre el contenido del Derecho en una determinada jurisdicción son verdaderas o falsas-. Si el Derecho estuviera basado únicamente en hechos sociales, como piensan los positivistas, entonces no habría este tipo de discusiones

⁶ L. Fuller (1969: 170 – 177, 210).



entre los operadores jurídicos. Por lo tanto, concluye Dworkin, debemos reconocer que el Derecho no sólo descansa en hechos sociales, sino también en consideraciones de moralidad política.

La réplica de Shapiro parte de unos presupuestos muy similares a los de Dworkin. Rechaza que la interpretación jurídica pueda basarse en convenciones o acuerdos sociales específicos; la metodología interpretativa adecuada requiere atribuir objetivos y fines al Derecho; no podemos entender los desacuerdos interpretativos si no los entendemos, al menos en parte, como discrepancias sobre el fin, valor u objetivo que se persigue con la sujeción de la vida social a normas jurídicas; y la metodología interpretativa más adecuada será aquella que mejor realice los objetivos que el sistema jurídico trata de alcanzar. A pesar de este amplio acuerdo en las premisas, Shapiro cree que su Teoría del Derecho como planificación social puede sostener una concepción positivista del Derecho por cuanto que permite resolver los desacuerdos interpretativos basándose únicamente en hechos sociales, es decir, sin acudir al razonamiento moral. Aunque la determinación de la metodología interpretativa adecuada implica atribuir un fin o propósito a la práctica jurídica, la teoría de la planificación social no cumple este requisito acudiendo a la filosofía moral y política, sino analizando “qué metodología armoniza mejor con los objetivos establecidos por los planificadores del sistema a la luz de sus juicios sobre competencia y carácter” (p. 382). El intérprete puede conocer “la ideología que anima cada régimen” mediante el estudio empírico del comportamiento y las actitudes del grupo social en cuestión: básicamente, los objetivos que se propone con su sistema jurídico, y su “economía de la confianza”, es decir, la competencia y el carácter que requieren a los operadores jurídicos. De este modo, la metodología interpretativa más adecuada depende del contexto social. Según esto, habrá sistemas jurídicos más proclives al textualismo u originalismo (con un nivel bajo de confianza en los intérpretes, a los que se les exige altos niveles de experiencia y cualificación), y otros sistemas más tendentes a la interpretación constructiva de tipo dworkiniano (donde se dan las circunstancias opuestas). Shapiro pone como ejemplo “la ideología de confianza” del sistema jurídico norteamericano, argumentando que los mecanismos contramayoritarios de su Constitución demuestran un alto nivel de desconfianza hacia los ciudadanos y sus representantes, lo cual pone de relieve, según él, lo irrazonable y peligroso que sería una interpretación constructiva del texto constitucional (pp. 313-30).

Según Shapiro, su teoría meta-interpretativa orienta la elección de la mejor metodología interpretativa basándose únicamente en hechos sociales. Sin embargo, hay dos momentos en los que el propio Shapiro parece reconocer que su meta-interpretación tiene que ir más allá de una investigación meramente empírica. En primer lugar, debido a la multitud de “planificadores sociales” que suelen intervenir en la construcción de un sistema jurídico con muy diversas actitudes de confianza, el meta-intérprete no puede limitarse a “extraer” meramente las actitudes de confianza que subyacen al sistema jurídico, sino que debe “sintetizarlas en una visión racional” (p. 366). ¿No significa esto diluir drásticamente las diferencias entre “extraer” y “construir”? ¿No se requiere entonces que el meta-intérprete utilice el razonamiento moral o político para unificar racionalmente las diversas actitudes? Algo así parece sugerir el propio Shapiro cuando más adelante reconoce que, a falta de un consenso social sobre los objetivos del sistema jurídico y la distribución de confianza, el desacuerdo interpretativo es irresoluble atendiendo únicamente a los hechos (p. 383). A pesar de ello, Shapiro afirma que esto no destruye su alternativa a Dworkin. Según él, aunque un acuerdo “escueto” no determine una sola metodología correcta, indica al menos cuáles son incorrectas (p. 383). Pero con ello

deja sin explicar, desde su teoría positivista, cómo deberían actuar los operadores jurídicos cuando tienen que interpretar el Derecho en tales circunstancias de desacuerdo.

En todo caso, como hemos visto en la primera parte, Shapiro tiene un argumento metafísico (que yo considero, no obstante, normativo o ético) por el que se descarta directamente cualquier interpretación constructiva o dworkiniana. La propia naturaleza del Derecho hace inviable, por autodestructiva, cualquier interpretación de este tipo. Se despeja así, en gran medida, el problema de la metodología interpretativa, dejando apenas sin sentido cualquier investigación empírica posterior acerca del grupo social. Sólo cabría averiguar cuál de las opciones no constructivas sería la más adecuada para el grupo en cuestión (textualismo, originalismo, o alguna otra metodología similar).

Para concluir, creo que la teoría de Shapiro no logra alcanzar su principal objetivo: independizar la práctica jurídica del razonamiento moral. En mi opinión, la naturaleza planificadora del Derecho no hace a éste intrínsecamente valioso. Al contrario, es el objetivo o valor moral que deseamos realizar con el Derecho lo que otorga valor a las normas jurídicas. Y a veces ese objetivo o valor requiere que los operadores jurídicos empleen el razonamiento moral en la aplicación de ciertas normas (o en la interpretación de ciertos términos abstractos de las normas). Con todo, creo que estamos ante un libro importante y sugestivo, que a buen seguro abrirá nuevas vías de discusión en la Filosofía del Derecho.

Bibliografía

- COLEMAN, J. (ed.) (2001), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, Oxford University Press, Oxford.
- BRATMAN, M.E. (1999), *Intention, Plans and Practical Reason*, Center for the Study of Language and Information, Stanford.
- POSTEMA, G. (1986), *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford.
- CAMPBELL, T. (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot.
- WALDRON, J. (2001), "Normative (or Ethical) Positivism", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, Oxford University Press, Oxford, pp. 410-433.
- WALDRON, J. (2011), "Planning for legality", *Michigan Law Review*, 109, Law Department of the University of Michigan, pp. 883 - 902. Disponible en línea: <http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/109/6/waldron.pdf> Revisado el 15 de enero de 2012.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

