

## CAPÍTULO 35

### DERECHO, PLANES Y RACIONALIDAD PRÁCTICA\*

Bruno CELANO\*

SUMARIO: I. *El paradigma de las razones.* II. *La racionalidad de los planes.* III. *La posibilidad del derecho.* IV. *La autoridad de los planes.*  
V. *Problemas fundamentales.* VI. *Bibliografía.*

#### I. EL PARADIGMA DE LAS RAZONES

De acuerdo con varias teorías jurídicas contemporáneas, existe una estrecha relación entre el derecho y la racionalidad práctica: el derecho nos proporciona, o al menos se propone darnos, razones para la acción. No es difícil de encontrar el argumento a favor de esta afirmación. El concepto de una razón es —podemos suponer— el concepto normativo básico.<sup>1</sup> El derecho —podemos suponer adicionalmente— hace, o por lo menos se propone hacer, una diferencia práctica en nuestras vidas de esta manera: guía, o al menos se propone guiar, nuestra conducta diciéndonos lo que debemos hacer. Éste es —así la suposición continua— un hecho básico acerca de lo que el derecho es: un hecho obvio que cualquier teoría plausible sobre la naturaleza del derecho debe ser capaz de explicar. De estas dos suposiciones se deriva que debe ser posible dar una explicación del derecho en términos de razones y de la práctica de dar razones (*reason-giving*). Es decir, debemos ser capaces de mostrar cómo las leyes intervienen (pueden, o deben intervenir) en el razonamiento práctico. Dilucidar esto contribuirá a dar una explicación de lo que el derecho *es* —es decir, de su misma naturaleza.

\* Profesor de Filosofía del Derecho, en la Universidad Palermo Italia. (Traducción de Francisco Martínez Cruz, Revisado por Jorge Luis Fabra Zamora).

<sup>1</sup> “[L]as razones proveen la base última para la explicación de todos los conceptos prácticos”. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 12.

*Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1275-1303.

Podemos llamar “el paradigma de las razones” a esta noción general en la teoría jurídica contemporánea como. Diferentes versiones de este paradigma discrepan, no obstante, en cómo entender la relación correspondiente: cuál es la forma o formas del razonamiento en las que el derecho se sustenta al pretender guiar nuestras acciones. O, para decirlo de forma diferente, hay un amplio desacuerdo, entre los defensores del paradigma de las razones, acerca de qué tipo o tipos de razones para la acción se supone que el derecho nos da o pretende darnos.

Así que, por ejemplo, puede sostenerse que el derecho solamente nos da fragmentos de razones prudenciales para la acción, mediante la especificación de las condiciones que nuestra conducta debe satisfacer si queremos lograr los fines que deseamos. O, por tomar otro ejemplo sugerente (el cual, como veremos, tendrá un importante lugar en nuestra discusión), de acuerdo con Joseph Raz —el fundador y paladín del paradigma de las razones en la filosofía jurídica contemporánea— el derecho pretende proveer razones “protegidas” para la acción, *i.e.* razones de primer orden para actuar de modos específicos, las cuales son también razones excluyentes de segundo orden para no actuar con base en (algunas de) las razones contrarias al actuar en la forma relevante.<sup>2</sup>

En su libro *Legality*,<sup>3</sup> Scott J. Shapiro recientemente ha planteado lo que a primera vista parece ser una nueva perspectiva en este campo. Shapiro la llama “Teoría del derecho como Planificación” (en adelante TP). La TP provee una explicación de lo que el derecho es en términos de un tipo particular de razones: planes; y una explicación del rol del derecho tanto en el razonamiento práctico como en la participación de un tipo especial de razonamiento práctico: la planificación y el uso práctico de planes. Esto no es más que la racionalidad de la planificación.

Los planes, como Shapiro los entiende, son un tipo de normas.<sup>4</sup> Por “norma” Shapiro se refiere a “cualquier estándar... que se supone guía la conducta y sirve como base para evaluación o crítica”.<sup>5</sup> Por supuesto, no es en lo absoluto inusual caracterizar al derecho como normas. La TP propone un cambio de idioma: suministra una elaborada traducción del uso común del derecho como normas —de “normas jurídicas”— en el idioma

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>3</sup> Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011 (próximamente sera traducido en español como *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons).

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 41.

de los planes y de la planificación. Los diferentes tipos de normas que componen un sistema jurídico se trasponen como diferentes tipos de planes.<sup>6</sup>

¿Por qué se supone que esta traducción —este cambio de idioma— es iluminador, o incluso, es informativo en absoluto? Todo depende de lo que asumamos que los planes sean y de su especificidad. ¿Qué tipo de razones son los planes?

Desde luego, las palabras “plan” y “planificación” no dicen mucho por sí mismas. Shapiro no nos pide buscar el significado de “plan” en un buen diccionario, y entonces reescribir la teoría jurídica en términos de lo que hayamos encontrado. Más bien, él quiere llamar nuestra atención hacia una teoría particular de la acción humana, construida a partir de una noción específica de plan y planificación; y él propone una reescritura, un ajuste y, además, una ampliación de nuestras opiniones acerca de lo que el derecho es en términos de tal teoría. Esta noción de plan es la noción moldeada por Michael E. Bratman en su trabajo sobre filosofía de la acción.<sup>7</sup> Al llamar su propia teoría como una “teoría del derecho como planificación”, se debe entender que esta hace referencia a la teoría de la planificación de la acción de Bratman. Éste es el punto de encuentro del concepto de plan, y del entendimiento de Bratman de la acción humana como acción planificadora que, de acuerdo con Shapiro, hace posible un progreso sustancial en la jurisprudencia. ¿Por qué?

## II. LA RACIONALIDAD DE LOS PLANES

Me permitiré empezar mediante la enumeración de los postulados fundamentales de la TP. La “afirmación central” de la TP —la “tesis de la planificación”— es que “la actividad jurídica es una forma de planificación social”:<sup>8</sup>

Las instituciones jurídicas planean para las comunidades sobre las cuales afirman autoridad, tanto al señalar a sus miembros qué pueden o no hacer, como al identificar a aquellos que están autorizados a intervenir en lo que los otros pueden o no hacer. Siguiendo esta afirmación, las reglas jurídicas son en sí mismas planes generalizados, o normas similares a planes [*plan-like norms*], dados por quienes están autorizados para planificar por otros. Y la adjudicación consiste en la aplicación de esos planes, o nor-

<sup>6</sup> “Requerimientos”, “autorizaciones”, “instrucciones”, etcétera. *Ibid.*, pp. 227 y ss.

<sup>7</sup> Véase Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987; y *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>8</sup> Shapiro, *Legality*, *op. cit.*, p. 155. La “actividad jurídica” es definida como el “ejercicio de la autoridad jurídica”, *ibid.*, p. 195.

mas similares a planes, para aquellos a quienes se aplican. De esta forma, el derecho organiza la conducta individual y colectiva para que los miembros de la comunidad puedan realizar lo que consideran moralmente bueno que de otra manera no podría ser logrado, o no logrado tan bien.<sup>9</sup>

“Las leyes son planes”.<sup>10</sup> Un sistema jurídico es “una enorme red de planes, muchos de los cuales regulan ya sea las propias acciones o incluso la ejecución de otros planes”.<sup>11</sup>

¿De qué manera el derecho entendido como planes “organiza [...] la conducta individual y colectiva” de tal suerte que los miembros de la comunidad puedan lograr los objetivos que no podrían lograr de otra manera? Para responder esta pregunta tenemos que entender cuál es el rol que desempeñan los planes en el razonamiento práctico y en la acción voluntaria. Y para entender esto, tenemos que remitirnos a los argumentos de Bratman.

Las capacidades cognitivas humanas, observa Bratman, son limitadas. No podemos siempre, en cada momento de nuestras vidas, comenzar desde cero en la deliberación sobre qué hacer, mediante el balance de todos los pros y contras de todas las opciones disponibles presentes a la luz de todos nuestros deseos (o, de manera general, actitud-a-favor<sup>\*</sup>) y creencias presentes. Más que eso, para coordinar nuestras actividades, tanto intrapersonalmente a través del tiempo (*i.e.* para organizar nuestras actividades desde el pasado hacia el futuro en una secuencia ordenada y significante, de forma efectiva encaminada a conseguir nuestros fines) e interpersonalmente (*i.e.* para coordinar nuestras acciones con las de otros para la consecución de objetivos complejos, en la base de expectativas relativamente estables acerca de lo que otros harán), necesitamos instrumentos que refuercen y enfoquen nuestra deliberación, permitiendo a nuestra razón práctica presente desarrollarse continuamente a través del tiempo, e influenciar el futuro — instrumentos que nos permitan no ser agentes de “fracciones de tiempo” [“time-slice” agents]. Los planes son tales mecanismos. Al hacer planes, los agentes con una racionalidad limitada, dan forma a los problemas prácticos que enfrentan, y se vuelven capaces de extender su acción a través del

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 155; véase también p. 195.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 230.

\* En el texto original, el autor utiliza la palabra *pro-attitude*, la cual se refiere a una disposición o postura mental que está encaminada a producir una acción. Aquí se ha preferido traducirla como “actitud-a-favor” (*N. del T.*).

tiempo, y cooperar con otros en la realización de cosas que ellos no podrían hacer por sí mismos.

¿Cómo los planes logran esta hazaña? Tener un plan para A significa que el asunto de decidir entre A y no A está *resuelto*. Los planes resuelven cuestiones prácticas; no están para ser reconsiderados en cada momento. Más bien, ellos envuelven un cierto tipo de *compromiso*: tener un plan para A implica estar comprometido a hacer A.

Este compromiso tiene dos dimensiones. Los planes controlan nuestra acción, y ellos estructuran nuestro razonamiento práctico. Esta última dimensión es la que aquí nos interesa.

Los planes son, típicamente, parciales. Cuando adoptamos un plan, normalmente dejamos los detalles, los medios y los pasos preliminares para ser desarrollados a la medida en que el plan vaya siendo llevado a cabo, y su especificación en circunstancias concretas queda abierta para una futura determinación. Así que, para tomar un ejemplo sencillo, si planeo ir a la librería mañana, puedo (y, generalmente, así lo haré) por el momento dejar abiertas las determinaciones acerca de cómo y a qué hora lo haré —y en esto aplica también a planes de una mayor escala, más complejos, articulados o de largo plazo. Segmentar el plan en diferentes partes o subplanes, encontrar formas apropiadas de llevarlos a cabo o diferentes partes de éste, completar los detalles, especificar el plan o sus partes, en relación a las circunstancias, son frecuentemente dejados para una futura deliberación.

Los planes, entonces, una vez adoptados, plantean una serie de problemas para nuestra deliberación: problemas concernientes a los medios o pasos iniciales a seguir para su ejecución; los diferentes subplanes en los que tienen que ser articulados; su especificación apropiada en circunstancias concretas. En una frase de Bratman, adoptar un plan sitúa a un agente bajo una demanda de “coherencia entre medios y fines”. El agente tiene que encontrar las formas apropiadas de llevarlos a cabo. Los planes son, sobre todo, un tema que requiere consistencia: los planes de un agente deben ser consistentes entre sí (*i.e.* debe ser lógicamente posible ejecutarlos de manera conjunta), y éstos deben ser consistentes con las creencias del agente (*i.e.* debe ser lógicamente posible ser ejecutarlos en un mundo donde las creencias del agente son verdaderas). O, en otras palabras, los agentes que planifican están sujetos a las diversas normas de racionalidad, acerca (1) de la selección de los medios apropiados, los pasos iniciales, los subplanes de un plan dado, o su especificación; y (2) sobre todo la consistencia de los planes y creencias del agente. Estas normas definen lo que puede ser denominada “la racionalidad de la planificación”; dan origen a las demandas.

das —requerimientos normativos— que un agente que planifica de manera racional se supone que es capaz de satisfacer.

Estas demandas construyen nuestro razonamiento práctico y le dan forma. La demanda de coherencia entre medios y fines proporciona un estándar de *relevancia* de opciones. La demanda de consistencia, a su vez, proporciona un estándar de *admisibilidad* de opciones. Cuando tengo un plan para A, estoy obligado a considerar, en mi deliberación, sólo opciones relevantes y admisibles (relativas a hacer A). Esto da un enfoque a mi razonamiento práctico, permitiéndole desarrollarse continuamente, y extender su influencia a través del tiempo. De esta manera, los planes hacen posible la coordinación intrapersonal de las diferentes actividades del agente desde el pasado hacia el futuro, y la formación de expectativas mutuas relativamente firmes (y, por tanto, de una coordinación interpersonal).

De esta manera, los planes —normalmente planes parciales— desempeñan un papel peculiar en nuestro razonamiento práctico: proporcionan un marco dentro del cual nuestras deliberaciones toman una forma definida, al definir los problemas a los que nos enfrentamos y la variedad de soluciones relevantes y admisibles. Bratman resume estas conclusiones diciendo que los planes proporcionan, como aportaciones a nuestro razonamiento práctico, una forma peculiar de razones, diferentes de las razones para la acción comunes basadas en deseos y creencias, las cuales él denomina “razones marco”. La acción humana es racionalizada, entre otros, por sus razones marco. Es gracias a tales razones es que no somos “agentes de fracciones de tiempo”.

Los postulados fundamentales de la TP (*supra* mencionados, en esta sección) deben ser entendidos en ese sentido. Al decir que las leyes son planes, Shapiro está afirmando que éstas desempeñan este papel en nuestro razonamiento práctico.<sup>12</sup> Las leyes, como planes, implican una especie particular de compromiso: ellas guían tanto nuestras acciones como nuestro razonamiento, al plantearnos problemas concernientes a las formas en las que los planes han de llevarse a cabo o ser especificados (las leyes, dice Shapiro, típicamente son planes parciales: aquellos encargados de su implementación o aplicación, tienen que completarlas e instrumentar subplanes adecuados), sujetos a demandas de consistencia.

Éste es el núcleo de la TP, en la medida en que tiene que ver el impacto del derecho en el razonamiento práctico. Como hemos visto, la planifica-

<sup>12</sup> ¿Quiénes son “nosotros” aquí? Éste es uno de los temas importantes con los que la TP tiene que lidiar; véase *infra*. V.1.

ción, como un tipo distintivo de compromiso específico para los agentes de racionalidad limitada, al posibilitar la coordinación intrapersonal e interpersonal a través del tiempo, está sujeta (según Bratman) a distintas normas de racionalidad (coherencia entre medios y fines, consistencia y —véase más adelante, sección V.2— normas de reconsideración racional); las leyes (afirma la TP) desempeñan los mismos roles y están sujetas a esas normas muy similares.

Esto es, para repetirlo, lo fundamental de la TP (al menos por lo que el paradigma de las razones tiene que ver con la teoría jurídica). Con el propósito de proporcionar un panorama completo de la teoría, sin embargo, es preciso agregar algunos elementos más.

Las leyes no son planes individuales. Éstas son, dice Shapiro, planes compartidos.

No sólo son compartidos algunos aspectos de la actividad jurídica, sino que lo es todo el proceso. La actividad jurídica es una actividad compartida en tanto que los diversos actores jurídicos involucrados desempeñan ciertos roles en la misma actividad de la planificación social: algunos participan al hacer planes e incidir en otros y algunos participan en su aplicación. Cada uno tiene un papel que desempeñar en la planificación para la comunidad. Esto se llama la “Tesis de la Acción Compartida”: “la actividad jurídica es una actividad compartida”.<sup>13</sup>

De hecho, Shapiro afirma<sup>14</sup> que grupos de individuos enfrentados con serios problemas prácticos (y, especialmente, de índole moral), cuyas soluciones son complejas, polémicas, o (en el caso de problemas de coordinación, en el estricto sentido de la teoría de juegos) arbitrarias, pronto experimentarán las limitaciones de la ordenación espontánea y recurrirán a la planificación social: de forma similar, ellos pronto experimentarán las limitaciones de la falta de estructuración y ordenación de la planificación social (dependiente de la negociación o de la búsqueda del consenso), y el desarrollo sofisticado de “tecnologías de planificación”, posibilitándoles enfrentarse efectivamente con esos problemas. Los ingredientes básicos de tales tecnologías de planificación son la jerarquía (ciertos miembros del grupo planean para todo el grupo, ciertos miembros del grupo planean que ciertos miembros del grupo planean para el grupo entero lo relacionado con el asunto S, etcétera), y esta institucionalización (específicamente, la creación de roles estables y abstractos —“cargos”— dentro de la estructura de la planificación de actividades, distintas de las que temporalmente ocupan a individuos concretos; y la determinación de los procedimientos a seguir

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>14</sup> *Ibidem*, caps. 6 y 7.

en el ejercicio de esas funciones planificadas). El derecho es, Shapiro señala, una compleja estructura institucionalizada de planificación social de este tipo. En virtud de esta estructura, la comunidad tiene planes sociales disponibles los cuales hacen las veces de “cognición” para el grupo, fijando a la comunidad entera soluciones únicas para los problemas prácticos a los que se enfrenta (juegos de coordinación, batallas de los sexos, cuestiones morales complejas o controversiales).

[L]a actividad jurídica... busca alcanzar los mismos objetivos básicos que persigue la variada planificación ordinaria, es decir, guiar, organizar y monitorear la conducta tanto de individuos como de grupos. Esto se hace al ayudar a los agentes a reducir la deliberación, transacción y costos de negociación; al incrementar la predictibilidad de la conducta; al compensar la ignorancia y mala disposición, y al proveer métodos para fijar responsabilidad.<sup>15</sup>

### III. LA POSIBILIDAD DEL DERECHO

De acuerdo con Shapiro, la TP supone la solución de un enigma fundamental, el cual la teoría del derecho ha discutido profusamente. El enigma (“el Enigma de la Posibilidad” [*“the Possibility Puzzle”*]) tiene que ver con la misma posibilidad del derecho y, a grandes rasgos, es éste: por una parte, corresponde a un funcionario crear una norma jurídica; por la otra, corresponde a una NORMA JURÍDICA crear a un funcionario (un individuo puede crear una norma jurídica sólo si está facultado para hacerlo; y sólo una norma jurídica puede facultar a un individuo). Esto genera una regresión infinita (la norma N1 es creada por el funcionario F1, quien está facultado para crear normas por N2, la cual es creada por F2, etcétera), o de un círculo vicioso (N1 es creada por F1, quien está facultado para crear normas por N1; o, F1 está facultado para crear normas por N1, quien es creada por F1). La TP, Shapiro afirma, evita los dos aspectos y proporciona una alternativa.

¿Cómo? La solución depende de la fuente de la AUTORIDAD de los planes, y de la manera en que éstos son creados. Los planes, observa Shapiro, son, indudablemente, normas positivas:<sup>16</sup> son creados sólo en caso de que sean formados y adoptados por seres humanos. El poder para formar y adoptar planes no nos está “conferido por la moralidad”.<sup>17</sup> Los agentes

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 119.

humanos lo tienen en virtud de las normas de la racionalidad instrumental: el poder para formar y adoptar planes, como hemos visto,<sup>18</sup> consiste en un conjunto de disposiciones, típicas de agentes humanos, y de normas asociadas de racionalidad.

Las normas de racionalidad instrumental, a su vez, no son creadas por nadie. Éstas existen en virtud de su contenido.<sup>19</sup> Los planes existen, cuando disposiciones la clase relevante ocurren de conformidad (en términos generales) con esas normas. Éstas llegan a existir sólo en caso en que los agentes ejerciten esta capacidad —como una cuestión fáctica—. Entonces, la existencia de los planes depende, dada la capacidad humana para planificar, solamente de hechos históricos, sociológicos y no morales (la existencia no depende de normas morales). En el caso de planes, dice Shapiro, “el POSITIVISMO es sencilla e incontrovertiblemente cierto”.<sup>20</sup>

Esta es la razón por la que la TP —la tesis de que las normas son planes— resuelve, acorde con Shapiro, el Enigma de la Posibilidad. Y ésta proporciona, sobre todo, una solución positivista. Los agentes humanos pueden formar y adoptar planes. Esto da lugar a una forma distintiva de compromiso:<sup>21</sup> los planes tienen autoridad sobre quienes planifican. Pero este compromiso (la autoridad de los planes) no presupone ninguna norma adicional a las de racionalidad instrumental. Estas no son normas positivas (esto evita la regresión y el círculo vicioso). Tampoco son normas morales (y esto desmiente a las teorías iusnaturalistas). En consecuencia, si las normas son planes, la existencia de las normas depende en última instancia de los hechos sociales (y de los hechos sobre el actuar humano como actividad planificadora), no de hechos morales. El positivismo es reivindicado.

La autoridad que tales planes —incluyendo planes jurídicos— tienen sobre los agentes, entonces, depende del mero hecho de que sean formados y adoptados (y de normas de racionalidad instrumental). Acorde con la TP, en la fundamentación de un sistema jurídico radica una capacidad humana distintiva —la capacidad humana que tienen para obligarse a sí mismos mediante la formación y adopción de planes— además de un conjunto de hechos históricos y sociológicos (actos del ejercicio de esta capacidad).

<sup>18</sup> Véase *supra* s. II.

<sup>19</sup> “Existen simplemente en virtud de ser principios racionalmente válidos”, *ibidem*, p. 181.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>21</sup> Véase *supra*, s. II.

#### IV. LA AUTORIDAD DE LOS PLANES

Pero, podemos desear indagar más, ¿en qué consiste la autoridad de los planes?

La adopción de un plan es, como hemos visto (s. II), una forma de *establecer* un curso de una acción. Esto significa que los planes no entran en el balance de razones ordinarias de primer grado a favor o en contra de cierto curso de acción. Más que eso, se supone que los planes existen “para reemplazar [*preempt*]”<sup>22</sup> la deliberación respecto del balance de razones, y para estructurar una deliberación mayor sobre la forma de llevarlos a cabo.<sup>23</sup> Los planes, como razones marco, tienen fuerza para reemplazar a las razones ordinarias para la acción de primer grado: cuando tenemos un plan para A, está excluida la deliberación sobre los mérito (si debemos hacer A o no) —de otra manera, sería inútil tener un plan en primer lugar.

Lo que nosotros hemos llamado la “autoridad” de los planes consiste en este peculiar tipo de fuerza que implica el compromiso en la adopción de un plan: el problema es resuelto, *i.e.* la deliberación sobre los méritos es excluida. Los planes no entran en el balance de razones ordinarias para la acción —dentro de límites—<sup>24</sup> éstos suplantan el peso de las razones. La racionalidad de quien planifica (hasta cierto punto, como vamos a ver) consiste en no cuestionar si hay o no buenas razones para hacer lo que el plan dicta, sospechando cualquier razón que pueda haber en contra. Esto justifica hablar de planes como dotados de una suerte de “autoridad”.

Dado que las leyes son planes, la TP esto que todo esto también se aplica también a las leyes.<sup>25</sup> Y esto trae consigo, según Shapiro, una afirmación muy fuerte acerca de la naturaleza del derecho, y las formas en las que la existencia y contenido de las normas pueden ser aprehendidos.

Los planes, como hemos visto, pueden desempeñar el rol que se supone desempeñan sólo mediante el reemplazo de la deliberación sobre los méritos; por tanto, dice Shapiro, “[...]a existencia y contenido de un plan no puede ser determinado por hechos cuya existencia el plan trata de resolver”.<sup>26</sup> De esto, continúa Shapiro, se sigue que “[...]os hechos jurídicos están determinados únicamente por hechos sociales”.<sup>27</sup> Shapiro denomina esto la

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 128-9.

<sup>23</sup> Como hemos visto también, véase *supra*, s. II.

<sup>24</sup> Véase *infra*, s. V.2.

<sup>25</sup> Véase *e.g.* *ibidem*, pp. 201-2, p. 275.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 275; esto es lo que Shapiro denomina como “la lógica de la planificación”.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 269.

“Tesis de Exclusividad” (característica del positivismo jurídico excluyente). En otras palabras, la TP sostiene, mediante la lógica de la planificación, el rechazo del positivismo jurídico incluyente:

[s]i el propósito de tener Derecho es resolver problemas sobre lo que la moralidad requiere de forma tal que los miembros de la comunidad puedan llevar a cabo ciertos objetivos y valores, entonces las normas jurídicas serían inútiles si la manera de descubrir su existencia es mediante el razonamiento moral. Las normas jurídicas que carecen de pedigrí son como abrelatas que trabajan sólo cuando las latas están ya abiertas.<sup>28</sup>

Todo esto nos da una imagen muy austera del tipo de normas de razonamiento práctico que se sostienen como planes. Los planes jurídicos deberían ser descubribles independientemente de cualquier investigación sobre la respuesta correcta de cuestiones que deben resolver; y, una vez descubiertos, deberían sustituir —dentro de límites— cualquier tipo de investigación. Pero, por otra parte, el tipo de razonamiento práctico típico de agentes que deliberan dentro de un marco provisto por planes adoptados previamente, puede ser también caracterizado como creativo. Los planes son, típicamente, parciales; y los agentes que planifican tienen que inventar medios apropiados, pasos iniciales, subplanes y maneras de especificarlos en circunstancias concretas, en orden a cumplir sus planes.<sup>29</sup> Todo esto requiere, dentro del marco del plan, una buena medida de imaginación y de ingenio.

Dos comentarios son aquí apropiados. (1) La caracterización de los planes como dotados de fuerza previa (relativos al balance de razones de primer grado), y el argumento de la TP para el positivismo jurídico excluyente (basado, como hemos visto, en la “lógica de la planificación”) tienen una clara afinidad con el argumento de Raz acerca de que las normas obligatorias son razones protegidas para la acción, al implicar razones excluyentes de segundo orden,<sup>30</sup> y con su argumento en favor de la Tesis de las Fuentes,<sup>31</sup> basado en la suposición de que el derecho pretende AUTORIDAD (en términos generales: las directivas jurídicas pretenden ser autoritativas; por ello, deben ser tales que puedan ser autoritativas; razones autoritativas para la acción incluyen razones excluyentes: éstas reemplazan la deliberación acerca de los méritos del caso; entonces, las directivas jurídicas deben ser tales que su existencia

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>29</sup> Véase, *supra*, s. II.

<sup>30</sup> Véase *supra*, s. I.

<sup>31</sup> Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

y contenido puedan ser descubiertas sin recurrir a la deliberación sobre los méritos —*i.e.* independientemente de consideraciones morales).

Ahora, es cierto que los planes dan forma y centran nuestra deliberación, al seleccionar opciones relevantes y admisibles, y que éstos resuelven problemas prácticos. Pero éstos no son razones para la acción en la manera en que lo son las razones protegidas o excluyentes de Raz.

a. Los planes no son razones protegidas. Las razones protegidas de Raz implican razones para actuar de cierta manera: *ceteris paribus*, o *pro tanto*, éstas hacen racional ejecutar (o hacer elegible) la acción relevante. Pero los planes no son, en esta forma, razones para actuar como se había planeado. Entenderlos en esta manera podría “conducirnos a sancionar formas inaceptables de hacer algo sin preparación”.<sup>32</sup> Si los planes fueran, en ese sentido, razones para la acción como hemos visto, esto podría acarrear que un plan para A pudiera, en principio, inclinar la balanza de razones a favor y en contra de la acción A. Entonces, podría ser al menos posible en algunas ocasiones para un agente convertir a la acción A en algo racional de hacer para él, o hacer de la acción A algo irracional para él, al simplemente adoptar el plan para A. Al adoptar el plan, el agente podría atraparse a sí mismo dentro de la racionalidad, sin importar que la acción A fuera o no algo sensato de hacer, y si fuera o no racional para él, en primer lugar. Esto haría, de hecho, demasiado sencillo para un agente librarse de la carga de irracionalidad al haber decidido por A. Comprender los planes como razones para la acción, según lo visto, tiene consecuencias altamente contraintuitivas.

De lo anterior se sigue que, a pesar de las apariencias, la idea de que las normas son planes no puede dar cuenta de la suposición de que el derecho proporciona razones para la acción en ciertas maneras, al decir a las personas qué deben hacer. Esta afirmación es el principio fundamental del paradigma de las razones en la contemporánea teoría jurídica.<sup>33</sup> Por tanto, a pesar de las apariencias, la TP no califica como una versión del paradigma de las razones.

b. Los planes tampoco son razones excluyentes. La manera en que los planes estructuran el razonamiento práctico —es decir, como razones marco (*supra*, s. II)— difiere de la manera en que las razones excluyentes lo restringen. Los planes no son razones para no actuar en ciertas (suerte de) razones.

<sup>32</sup> Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>33</sup> Véase, *supra*, s. I.

“[F]iltrar ciertas opciones de la deliberación de alguien” —que es lo que hacen las razones marco— es diferente de “ignorar ciertas razones”.<sup>34</sup>

Por lo anterior, uno debe ser muy cuidadoso al observar la afirmación de que los planes son razones marco. Esta afirmación debería ser entendida de conformidad con lo que ha sido mencionado. Los planes no son razones para la acción como se había pensado, ni son razones como las entiende Raz. De esta manera, la semejanza entra el argumento de Raz para la Tesis de las Fuentes y el argumento de la “lógica de la planificación” de la TP para el positivismo excluyente, debería también tenerse como una superficial.

(2) Podría plausiblemente argumentarse que el argumento de la “lógica de la planificación” de Shapiro para el positivismo jurídico del tipo excluyente, es demasiado apresurado, por dos razones.<sup>35</sup> Primero, la posibilidad de un plan que dirija a los agentes a hacer uso, en específicas circunstancias, (en las cuales, *e.g.* ellos pueden esperar actuar sin pensar) de sus juicios morales, no está gobernada por la lógica de la planificación. Segundo, una ley, como plan, puede resolver el problema concerniente a la aplicabilidad, para dar un cierto caso, de un cierto predicado moral, o conjunto de predicados morales, mientras deja abierto —y permite que la solución dependa del caso— si un predicado moral diferente, o un conjunto de tales predicados, aplica o no en un caso individual (del tipo que disciplina).

## V. PROBLEMAS FUNDAMENTALES

Cuando es considerada a la luz de su impacto en nuestro entendimiento del rol de las normas en el razonamiento práctico, la TP suscita dos problemas fundamentales.

### 1. *¿La autoridad de quién? ¿sobre quién?*

Hasta aquí, he estado hablando del compromiso que los planes implican como aportes a “nuestro” razonamiento práctico, y de su autoridad sobre “nosotros”. Pero ¿quiénes somos “nosotros”? De manera ordinaria, en la diversidad de la planificación la respuesta es sencilla: los planificadores en sí

<sup>34</sup> Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 180, n. 11; *Cfr.* también Bratman, Michael E., *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 290, n.15.

<sup>35</sup> Waldron, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011, pp. 895-6.

mismos. El compromiso implicado en la planificación es el compromiso en la parte del agente que planifica. La autoridad de los planes es la autoridad que los planes tienen sobre los agentes que planifican. Pero ¿qué sucede con los planes *jurídicos*?

La planificación jurídica también implica, a primera vista por lo menos, la planificación *para los demás*. Y esto no parece ser un rasgo secundario o insignificante del derecho. Las leyes, incluyendo las normas fundamentales de un sistema jurídico (a las cuales Shapiro llama “plan maestro”) son planes que ciertos individuos forman y adoptan (también) para otros individuos, y que aplican (también) para la conducta de esos últimos. Los planes jurídicos afirman autoridad sobre agentes diferentes a quienes los han creado. Estos pretenden desempeñar el rol que los planes como tales se supone que desempeñan<sup>36</sup> en el razonamiento práctico del público en general.

¿O esto no es así? Una respuesta afirmativa a esta pregunta invita a una réplica obvia:<sup>37</sup> ¿por qué diablos *yo* debería ser obligado —en el sentido de que los planes obligan—<sup>38</sup> por un plan que *alguien más* ha creado para mí? Los planes tienen autoridad sobre quienes planifican.<sup>39</sup> Pero ¿por qué debería sujetarme a la autoridad de un “plan” —una norma—<sup>40</sup> que alguien más ha dictado para determinar mi conducta? ¿Por qué deberían tales normas desempeñar el rol de planes —el rol, que es, de razones marco, involucrando un compromiso bidimensional— en mi razonamiento práctico?

Aquí hay un doble problema para la TP. Primero, nosotros no deseamos, supongo, permitir que cualquiera pueda venir y dictar una norma que determina mi conducta que, *eo ipso*, sea vinculante para mí, me comprometa a realizar una acción prescrita, y que deba desempeñar el rol de una razón marco en mi deliberación. Debe haber una explicación de por qué algunos individuos tienen —si es que alguien en efecto lo tiene— el poder de dictar normas vinculantes para otros individuos (Supongamos que X planea para Y. Eliminado consideraciones especiales, Y podría muy bien objetar el plan de X diciendo: ¿y qué?).

<sup>36</sup> Véase, *supra*, ss. II y IV.

<sup>37</sup> Celano, Bruno, “What Can Plans Do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.

<sup>38</sup> Por implicación, *i.e.* un compromiso bidimensional. Véase, *supra*, s. II.

<sup>39</sup> Véase, *supra*, s. IV.

<sup>40</sup> Véase, *supra*, s. I.

Segundo, ¿por qué deberían tales normas ser denominadas “planes”? Los planes bratmanianos son formados y adoptados por el agente que planifica (sea la acción relevante en primera persona del singular o del plural).<sup>41</sup> Supóngase que X tiene el poder de dictar a Y una norma obligatoria —una norma tal que Y deba cumplir con ella—; parece que esa norma no sería un plan (en el sentido de Bratman). En esta situación, la noción de plan (en el sentido de Bratman), parece que no es aplicable. Una cosa es para X formar y adoptar un plan (y, por tanto, darse a sí mismo una razón marco para la acción), y otra muy distinta adquirir una razón para hacer A porque Y haya planificado que ella debería hacer A. En esta última hipótesis, la palabra “plan” no tiene el mismo significado como en la primera.

Hay dos estrategias que puede tomar la TP para lidiar con esta dificultad. Ambas estrategias, sin embargo, implican un reajuste dramático de la TP, y una limitación también drástica de sus ambiciones explicativas. La primera consiste en la reducción del alcance del compromiso que implican los planes jurídicos para sus autores, es decir, los funcionarios. La otra es la reducción de la aplicación de la TP para aquellos que son ciudadanos, y entre los funcionarios, para quienes acepten hacer suyos los planes elaborados para ellos.

Lo que no es una estrategia disponible, creo, es dar por sentado —o, peor, observar como una verdad conceptual, o como una cuestión de la naturaleza fundamental del derecho— que, dondequiera que un sistema jurídico exista, el conjunto entero de individuos a cuya conducta las normas del sistema se aplican, conforman un solo macro-agente unificado de cierta clase, cuyos planes (justo como sucede en el caso de planificadores individuales) tienen autoridad sobre sí mismo. En efecto, los planes pueden ser compartidos por una pluralidad de individuos, cuyas acciones e intenciones están apropiadamente ajustadas entre sí de modo tal que equivalen a la ejecución colectiva de un plan único y unificado, a través de la ejecución, por diferentes agentes, de sus subplanes engranados adecuadamente. Así entendida, la agencia en primera persona del plural no es un fenómeno imposible o inusual. Los casos paradigmáticos corresponden a grupos de pequeña escala de ideas afines, quienes comparten la intención de perseguir objetivos definidos y relativamente circunscritos. Un ejemplo de esto podría ser una orquesta al ejecutar una sinfonía, o un equipo de fútbol cuyos miembros se comprometen con la empresa de jugar, en la mejor de sus capacidades, un partido de fútbol. Podría ser un mal consejo, sin embargo, tratar de entender la manera en que un sistema jurídico doméstico

<sup>41</sup> *Cfr. Infra*, en esta sección.

contemporáneo, organiza la conducta de (incluso) miles de millones de individuos que con capacidad de decisión y consentimiento, que frecuentemente al menos en parte disienten, que frecuentemente también son individuos alienados, en el mismo modelo de una orquesta o de un equipo deportivo. Las actitudes de estos individuos hacia el derecho son, típicamente, demasiado divergentes. Ni se mencionen las diferencias en poder, estatus o salud, y los conflictos que las mismas originan. Las operaciones de un sistema jurídico completo no deberían, creo, ser entendidas como una instancia de agencia en primera persona del plural (en el sentido *supra* citado), donde participan todos los individuos, a cuyas conductas las normas del sistema se aplican. Esto debería ser, me parece, ingenuo y simplista.

Así que, exploraré las dos estrategias disponibles para la TP, y su importancia en la afirmación de la TP según la cual, las leyes desempeñan el rol de planes en el razonamiento práctico de algunos agentes.

(1) *Sólo para funcionarios.* La primera estrategia es reducir el alcance del compromiso implicado en los planes jurídicos hacia sus autores, es decir, los funcionarios. En una estructura jerárquica institucionalizada de planificación, como es el derecho (*supra*, s. II), algunos de los funcionarios determinan un plan para otros funcionarios. Pero, con tal que todos ellos sean parte de la institución (la cual, como hemos visto, es una estructura impersonal, consistente en roles abstractos o funciones), al ocupar distintas funciones en la estructura, podemos asumir que todos esos funcionarios para quienes los planes son formados y adoptados (incluso aquellos alienados) están, de hecho, sujetos a su autoridad.

Esta es una estrategia viable. No obstante, tiene el inconveniente de disminuir para los funcionarios del sistema (y los autores de su plan maestro) el objetivo de la guía que las leyes, como planes, pretenden proporcionar. En esta lectura, la afirmación fundamental de la TP —que las normas son planes— es verdadera sólo respecto de los funcionarios.

(2) *Compromiso a través de la aceptación.* La segunda estrategia consiste en garantizar que la afirmación de la TP es verdadera sólo respecto de quienes, entre los individuos para cuya conducta las normas se aplican sean o no funcionarios— aceptan los planes formados para ello, y, así hacen suyos esos planes (creados por otros). De acuerdo con esta estrategia, las normas jurídicas son planes sólo respecto de aquellos que las adoptan como tales para la guía de su propia conducta, por lo que quedan sujetos a la autoridad de esos planes (*i.e.*, comprometiéndose a sí mismos a su ejecución y tratándolos como razones marco en su deliberación).

Esta también puede ser una solución viable, dependiente de cómo sea entendida la noción principal de “aceptación” de un plan (la víctima, en el forcejeo de su bolso con el pistolero, ¿“acepta” el plan de éste de robárselo?). Eso también, sin embargo, implica una limitación drástica de la verdad de la principal afirmación de la TP.

¿Cuál de estas estrategias emplea la TP, o debería emplear —por razones de consistencia y coherencia—? No es del todo fácil, como voy a explicar, resolver esta cuestión. Ninguna estrategia se adecua con lo que Shapiro dice. Pero, por otra parte, hay cosas que él menciona y que apuntan en ambas direcciones.

Primero, no queda claro si lo que la TP afirma es que las “reglas fundamentales” —sólo las reglas fundamentales— de un sistema jurídico son planes, o que todas las leyes —todas las normas jurídicas como tales— son planes. Shapiro a veces parece afirmar lo primero, una afirmación limitada, mientras en otras ocasiones él claramente señala o sugiere lo último (o, dicho de forma diferente, lo que dice, de hecho supone lo último). En la primera hipótesis, parece, la TP se aplica a aquellos individuos cuya conducta las “reglas fundamentales” de un sistema jurídico directamente organiza, específicamente, a los funcionarios. En esta hipótesis, en otras palabras, el derecho comprende un conjunto de normas que son planes de los funcionarios (y de los autores del plan maestro), más un conjunto de normas —aquellas que se proponen organizar la conducta de ciudadanos ordinarios— que no son, como tales, planes. En la segunda hipótesis, por el contrario, todas las normas son los planes de alguien. Estas dos afirmaciones son diferentes y tienen diferentes implicaciones.

Segundo, en la argumentación de que las normas son planes, y que la actividad jurídica es una actividad compartida, Shapiro repetidamente asume que aquellos para quienes las normas relevantes se aplican, *aceptan* los planes que otros han formado y adoptado para ellos. Daré dos ejemplos detallados de esto.

En la sección titulada *Introducing hierarchy*,<sup>42</sup> lo que el “chef principal” del Club de Cocina hace (el paradigma ficcioso de Shapiro de un tipo de actividad conjunta relativamente simple en el que gradualmente desarrolla una planificación organizada) es, simplemente, dar órdenes.<sup>43</sup> Esto es sólo porque nosotros, los “chefs subordinados”, aceptamos los planes que él hace para nosotros, o porque nosotros aceptamos su autoridad y que sus órdenes nos

<sup>42</sup> Shapiro, Scott, *Legality*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

<sup>43</sup> “Esto es, to puedo ordenar a ellos hacerlo”, *ibid.*, p. 141.

vinculen. Shapiro escribe:<sup>44</sup> “cuando el chef principal ordena a un subordinado realizar alguna acción, nosotros debemos decir que el chef “adoptó un plan” para el subordinado. Así que, ¿cuálquiera puede, a su voluntad, adoptar un plan para mí? No, pero, obviamente, la aceptación de planes adoptados para mí por alguien más (*i.e.*, *adopción* del plan, en la primera persona,), y el *compromiso* de cumplirlo, me hacen sujeto de los requerimientos normativos por los cuales la planificación está gobernada. Por ello,

mediante el establecimiento de la orden, el chef principal sitúa al subordinado bajo una norma diseñada para guiar su conducta y para ser usada como una base para la evaluación. Sobre todo, el chef principal no pretende que su orden sea tratada como una consideración a ser tomada en cuenta cuando el subordinado planifica qué hacer. Más que eso, el chef principal pretende resolver el problema a su favor. Y *porque el subordinado acepta la relación jerárquica, él adoptará el contenido de la orden como su plan* y revisará sus otros planes con la finalidad de que sean consistentes con la orden. Él tratará la orden como si él la hubiere formulado y adoptado por sí mismo.<sup>45</sup>

Y, de nuevo:

...partes del plan compartido autorizan a ciertos miembros del grupo desarrollar o aplicar las otras partes del plan compartido. Estas “autorizaciones” son aceptadas cuando los miembros del grupo *acuerdan someter su poder exclusivo de planificar y comprometerse a seguir los planes formulados y aplicados por los miembros autorizados*. De esta manera, cuando alguien autorizado por el plan compartido determina una orden, ésta de ese modo extiende el plan y da a los miembros del grupo nuevos sub-planos a seguir.<sup>46</sup>

Cuando alguien más adopta un plan por mí, y yo lo adopto para mí —o me comprometo a su ejecución (tal vez porque he transferido a él de alguna manera mi poder de adoptar planes por mí mismo)— entonces yo tengo un plan. ¿Esto es todo lo que Shapiro trata de decir? Entonces, ¿la TP debe ser entendida como una afirmación de que las normas jurídicas son planes sólo en caso de que los individuos, para cuya conducta éstas se aplican, las aceptan como sus planes propios, comprometiéndose a sí mismos, y sólo por esos individuos? ¿O quizás lo que la TP afirma es que, como un problema de necesidad conceptual, o de la naturaleza fundamental del derecho, los individuos para cuya conducta las normas jurídicas se aplican, las adoptan como planes? *Legality* no proporciona una respuesta única a estas preguntas.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Idem*. (el énfasis es mío).

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 142. (el énfasis es mío).

Considérese, como un segundo ejemplo, la sección en el capítulo 6 titulada *The Inner Rationality of Law*.<sup>47</sup> Aquí, las normas de racionalidad instrumental<sup>48</sup> aplicadas sólo para aquéllos que aceptan las reglas jurídicas fundamentales (*i.e.* el plan maestro), esto es, sólo para los funcionarios jurídicos y para “buenos” ciudadanos. (Las normas importantes de racionalidad gobiernan la actividad de planificación; por tanto, éstas se aplican tan sólo a quienes están vinculados al plan.) Los hombres malos —es decir (o más bien parece que son) todos aquellos que no han aceptado la aplicación de las normas jurídicas a su conducta como sus propios planes— no están sujetos a sus restricciones. Las normas son planes, parece, dependiendo de factores contingentes (actitudes cambiantes de los individuos) y sólo para secciones restringidas y variables de los individuos en cuya conducta son aplicadas.

Así, Shapiro parece sugerir que las normas son planes sólo respecto a aquéllos que las aceptan como sus propios planes, o al menos aceptan que sus creadores (*i.e.* funcionarios) están facultados para planear por ellos. Esto disipa la dificultad (“¿los planes de quién?”), pero con un gran costo. Si asumimos que todos los individuos involucrados aceptan los planes relevantes, haciéndolos suyos como si ellos los hubiesen diseñado y adoptado por sí mismos, hablar de planes —y del tipo distintivo de planes vinculatorios que implican<sup>49</sup>— seguramente se vuelve apropiado. En esta hipótesis, de forma poco sorprendente, las leyes desempeñarán, en el razonamiento práctico de estos individuos, el papel que los planes supuestamente desempeñan. Pero esto es una forma de formular la afirmación pretendida (*i.e.* que las normas son planes, y que por ello tienen, para aquéllos a cuya conducta se aplican, la característica autoridad no moral que los planes tienen como tales) sea cierta sólo de una forma trivial. Si nosotros *asumimos* que los individuos relevantes se vinculan por sí mismos, o se comprometen por sí mismos a cumplir con el derecho, no deberíamos sorprendernos de encontrarlos vinculados o comprometidos. En efecto, en el caso del derecho, nosotros estamos tratando con una estructura jerárquica institucionalizada para la planificación. Pero esto solamente multiplica la dificultad. El trabajo adicional requerido podría sólo ser hecho, aquí, por una teoría sustantiva de legitimación a través de la aceptación. Tal teoría, no obstante, está ausente en *Legality*, y es totalmente ajena a la empresa teórica de Shapiro. Es más, el paso —asumiendo que todas las partes involucradas aceptan los planes

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>48</sup> *Idem*, “[L]as normas distintivas de racionalidad que atienden la actividad de la planificación”: consistencia, coherencia entre medios y fines, no reconsideración de razones convincentes ausentes.

<sup>49</sup> Su autoridad distintiva; *Cit. supra*, ss. II, IV.

aplicándolas a su conducta— no arroja luz sobre situaciones menos conciliadoras. La asunción es problemática precisamente en el punto que es el relevante para el derecho. Creo que no queremos hacer esto un problema de necesidad conceptual, o de la naturaleza fundamental del derecho, que las normas sean aceptadas por todos quienes están sujetos a ellas.

Haré una síntesis de lo expuesto. Primero, ninguna estrategia encaja del todo con lo que dice Shapiro; segundo, hay cosas que él dice y que apuntan hacia ambas direcciones; pero, tercero, cada una de esas dos estrategias tienen, como hemos visto, serios inconvenientes. Y finalmente, ambas estrategias demandan, cada una a su propio modo, un dramático reajuste de la TP, y una limitación radical de sus ambiciones explicativas. En las dos hipótesis, la afirmación audaz de que las normas son planes debe ser revocada.

Estas consideraciones justifican, me parece, una conclusión escéptica. Shapiro no es claro acerca de cuál estrategia, si es que hay alguna, es la que él avala. El problema, sin embargo, es crucial, y la indeterminación sobre tal problema crucial quebranta la empresa entera. A menos que una de las dos estrategias viables (con sus respectivos inconvenientes atendidos) sea explícita y decididamente avalada y, en consecuencia, las ambiciones explicativas de la TP sean reducidas en la forma en que lo requieren, nosotros estamos forzados a concluir que la noción de Bratman de un plan no puede legítimamente ser puesta al servicio de lo que Shapiro refiere. A menos que una de las dos estrategias viables sea avalada, las normas no pueden ser caracterizadas coherentemente como planes (bratmanianos).

## 2. Reconsideración

Como se ha anotado *supra*,<sup>50</sup> los planes están destinados a resolver problemas prácticos. No está en juego su reconsideración en todo momento —de otra manera, serían inútiles: no estarían haciendo el trabajo de pensar por nosotros. Esto, no obstante, no significa que deban ser ejecutados *pase lo que pase*. La planificación no reemplaza (razonablemente) la deliberación acerca de los méritos de lo que pueda suceder, o cualquier nueva información que el agente pueda llegar a adquirir. Los planes pueden ser, y en ocasiones razonablemente deberían ser, reconsiderados y tal vez abandonados. El compromiso que implica tener un plan es un compromiso *derrotable*.

Esto deja una cuestión obvia. ¿Cuáles son las condiciones de la reconsideración racional para los planes? Es decir, ¿cuándo es razonable para un

<sup>50</sup> Véase, *supra*, II, IV.

agente reabrir la deliberación acerca de los méritos que deben guiarlo para la adopción de un plan, y reconsiderarlo a la luz de nueva información o de circunstancias inesperadas?

Cuestiones análogas emergen para las varias versiones del paradigma de las razones en el campo de la teoría jurídica. A grandes rasgos: aceptando que las normas jurídicas son razones de segundo orden, el resultado de un primer balance de las razones de primer orden a favor y en contra de un determinado curso de acción, ¿cuándo —si acaso— estamos justificados, a la luz de nueva información o de circunstancias inesperadas, a no tomarlas por su valor aparente, y volver a las razones relevantes de primer orden, y entonces reabrir nuestra deliberación acerca de los méritos (justo lo que supuestamente la regla ha resuelto)?

Para tomar tres ejemplos influyentes, la cuestión emerge, primero, respecto a la teoría de J. Raz de las normas mandatorias: dado que las normas proporcionan razones excluyentes de segundo orden para la acción, ¿cuándo estamos justificados a suspender su aplicación y a actuar conforme a las razones (tipos de ellas) que están, hipotéticamente, excluidas por ellas? En términos generales, el mismo problema puede ser expuesto en términos de la doctrina de la autoridad de Raz: ¿cuándo la posibilidad de que una directiva autoritativa esté equivocada nos justifica deliberar acerca de los méritos?

La cuestión se plantea —segundo ejemplo— en relación con el entendimiento de Frederick Schauer del proceso de decisión basado en reglas (como opuesto a un proceso “particularista”). Las reglas son generalizaciones prescriptivas atrincheradas. Esto significa que su aplicación, algunas veces, conducirá a quienes toman decisiones, a cometer errores. ¿Cuándo una generalización prescriptiva atrincherada es razonablemente desatrincherada?<sup>51</sup>

Y esta pregunta se plantea —tercer ejemplo— en relación con la manera en que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero<sup>52</sup> señalan la distinción entre normas jurídicas y principios. Las normas jurídicas son “opacas”: ellas ocultan a nuestra vista el balance de principios, los cuales, podemos asumir, las justifican. ¿Cuándo, si acaso, estamos justificados a tratarlas como

<sup>51</sup> El seguimiento de este problema conduce a Schauer a un “particularismo basado en reglas”. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 93 y ss.

<sup>52</sup> Véase Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000; y “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, vol. I, 2000. Cf. Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, vol. 21, 1998.

“transparentes”, viéndolas a través de ellas a los principios que supuestamente encarnan, y su peso relativo en el caso en cuestión?

En términos generales, el problema es el siguiente. Las reglas son, en nuestro razonamiento práctico, entidades intermedias:<sup>53</sup> ellas median entre las razones de primer orden para la acción (no importa, aquí, si éstas son entendidas como basadas en elementos sobre la estructura psicológica del agente, *e.g.* deseos y creencias, u objetivamente, como hechos) y la acción. En la medida en que desempeñan este rol, deben ser tomadas por su valor aparente, y ser seguidas de acuerdo a su tenor. Cuando un problema práctico —un “caso”— surge, de tal suerte que la regla aplique, la regla debe cumplirse. Si, en cada ocasión en que la regla aplique, estuviésemos justificados a considerar si sí o no y cómo las razones relevantes de primer orden aplican, y si es que el balance en este tipo de caso milita o no en favor de la línea de acción que la regla prescribe, la regla sería inútil. No desempeñaría un papel mediador, sino principal.<sup>54</sup> Pero, por otro lado, sería irrazonable seguir la regla a ciegas en todas y cada una de las ocasiones en que sea aplicable. Circunstancias no previstas pueden presentarse por sí mismas, nueva información puede arrojar una luz diferente en algunos de los casos en los que la regla, de conformidad con su carácter, es aplicable. En resumen, casos imprevistos pueden surgir, cuyas peculiaridades justifican al agente evitar la aplicación de la regla y reconsiderarla, a la luz de razones de primer orden, de nivel fundamental a favor o en contra de la línea de acción que prescribe. Por ello, en la medida en que se realiza razonablemente su función mediadora, las reglas no deben siempre ser tomadas por su valor aparente, pase lo que pase. Tenemos, aquí, dos exigencias conflictivas —podemos llamarlas (por sí mismas, sin embargo, estas etiquetas son escasamente informativas)— “estabilidad” y “flexibilidad”. Un equilibrio adecuado debería ser hallado entre ellas.

Es fácilmente entendido que proporcionar una solución satisfactoria a este problema es de crucial importancia para las teorías que he mencionado (y para la de Shapiro también). Teorías como éstas plantean, y deben mantener, una distinción entre dos niveles en nuestro razonamiento práctico. Las reglas, directivas autoritativas, o, en la TP, planes, se supone que pertenecen al nivel superior intermedio. Pero, por otra parte, la distinción, so pena de

<sup>53</sup> Raz, Joseph, “Reasoning with Rules”, en Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>54</sup> Nótese la analogía entre esta línea argumentativa y el argumento de la “lógica de la planificación” de Shapiro, *cit. supra*, s. IV. De acuerdo con el punto de vista que estamos en este momento discutiendo, las reglas, sólo como planes bratmanianos, se supone que resuelven cuestiones prácticas.

irracionalidad, no debe ser demasiado rígida (ésta es sólo una metáfora, por supuesto. ¿qué tanto puede ser usada la metáfora de la “rigidez”? Precisamente, éste es el problema). Así que, por un lado, la división entre razones de primer y segundo orden debe ser lo suficientemente firme como para operar como restricciones en nuestra deliberación. Permitir a los agentes siempre reconsiderar provocaría un colapso del nivel superior sobre el inferior. Pero, por otro lado, tomar la restricción como si fuera absoluta volvería la teoría de los dos niveles de racionalidad práctica en una apología de la adoración ciega de las reglas (o planes).

El tratamiento que Shapiro da a este problema en su conjunto, en *Legality*, es incompleto. De acuerdo con Shapiro, las normas jurídicas, como los planes ordinarios, de cada día, son derrotables. Pero, él afirma, un peculiar elemento de las normas jurídicas, en contraste con los planes cotidianos, es que las normas por sí mismas especifican las condiciones bajo las que ellas deben ser reconsideradas, o inaplicadas. Las normas jurídicas (no necesariamente una por una, tal vez en conjunto) especifican los casos en los que habrán de ser inaplicadas.

¿Es ésta una posición plausible? La pregunta para la TP, aquí, es doble.

(1) ¿Se puede razonablemente asumir que una norma —una norma de conducta— puede determinar por adelantado, exhaustivamente y en términos no vacíos (e.g. “a menos que haya razones irresistibles para lo contrario”), las hipótesis de su inaplicación?

Una regla que incluya un conjunto (tal vez completo) de excepciones detalladas es lógicamente posible. Y, como una cuestión de hecho, una persona competente de tomar la decisión de aplicar una regla dada puede tratar un conjunto (tal vez completo) de excepciones como si fuera exhaustivo. Los semáforos, por ejemplo, funcionan de esta manera. Pero, creo, la posibilidad de que circunstancias imprevisibles donde la regla se aplique se presenten, o que nueva información arroje una luz diferente sobre los casos en los que la regla, de acuerdo con este tenor, debe ser tomada con seriedad. Y, si nosotros nos la tomamos en serio, tratar las reglas (o un conjunto de reglas) exhaustivamente especificando por adelantado los casos de su inaplicación, se vuelve (además de especificaciones vacías) eminentemente irrazonable.

Esto no evita la posibilidad de que, en contextos especiales, por razones particulares, pueda ser razonable sujetar a quienes toman decisiones a una aplicación de la regla estricta y sin excepciones (aparte de aquellas excepciones detalladas que, tal vez, la regla ya especifica), de acuerdo con su carácter. Tal vez haya buenas o decisivas razones a favor de la instalación de semáforos en ciertos cruces de caminos. Más importante, la imposición de estrictos

procesos de decisión basados en reglas sobre conjuntos específicos de personas que toman decisiones, en relación con conjuntos específicos de decisiones, puede funcionar como un mecanismo efectivo para la asignación de poder de decisión.<sup>55</sup> Pero esto es dudoso e el *derecho*, como tal, razonable deba ser mente observado como un contexto especial —con lo que se concluye que las normas jurídicas, como tales, pueden razonablemente ser tratadas como normas que exhaustivamente especifican por adelantado (en términos no vacíos) las excepciones en las que no son aplicables.

(2) La segunda cuestión es ésta: ¿Pueden los planes (en el estricto sentido bratmaniano, adoptado por la TP) de forma exhaustiva y no vacía especificar por adelantado las condiciones en las que pueden ser reconsiderados o abandonados justificadamente?

Hay, en el tratamiento que Bratman da al problema de la reconsideración racional, indicios significativos que soportan una respuesta negativa a esta pregunta. De acuerdo con Bratman, la no-reconsideración justificada típicamente tiene lugar en contra del trasfondo de normalidad: típicamente, un agente está justificado a no reconsiderar su plan cuando las circunstancias en las que debe ser logrado son normales.<sup>56</sup> Esta noción —normalidad en circunstancias de ejecución— es obviamente no susceptible de especificación detallada.<sup>57</sup> ¿Cuáles pueden ser las condiciones necesarias y suficientes para concluir que una situación dada es normal?

Una respuesta a la pregunta de si los planes pueden o no exhaustivamente y no vacíamente especificar las condiciones para su reconsideración racional tiene implicaciones significativas para la TP. Si tuviéramos que descubrir que un plan, propiamente así llamado, no pudiera como tal satisfacer esta condición, y si tuviéramos que conceder a Shapiro que las normas jurídicas la satisfacen, entonces la afirmación de Shapiro según la cual las normas jurídicas son planes sería puesta en peligro. Shapiro no podría consistentemente afirmar al mismo tiempo que las normas jurídicas son planes y que ellas especifican sus propios casos de inaplicación.

<sup>55</sup> Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, cap. 7.

<sup>56</sup> Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>57</sup> Celano, Bruno, “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en Ferrer Beltrán, J., y Ratti, G. B. (eds.), *Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Bibliografía Citada*

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_, “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, vol. I, 2000.
- BERTEA, Stefano, y PAVLAKOS, George (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- BRATMAN, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.
- \_\_\_\_\_, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_, “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *Philosophical Studies*, vol. 144, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *Ethics*, vol. 119, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason. New Essays in the Philosophy of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en Berte, Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- CANALE, Danilo y TUZET, Giovanni (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds.), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.
- CELANO, Bruno, “Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, Ilícitos atípicos,” en Celano, Bruno, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law”, en Ferrer Beltrán, J., Moreso Mateos, J. J., y Papayannis, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- \_\_\_\_\_, “What Can Plans Do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_, “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en Ferrer Beltrán, J., y Ratti, G. B. (eds.), *Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CHIASSONI, Pier Luigi, “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings about Legal Positivism. On Scott Shapiro’s Legality”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- EDMUNDSON, William A. “Shmegality. A Review of Scott J. Shapiro, ‘Legality’”, *Jurisprudence*, vol. 2, 2011.
- FARRELL, I. P. “Review of S. Shapiro, Legality”, *Texas Law Review*, vol. 90, 2011.
- GARDNER, John, y MACKLEM, Timothy, “Review of Scott J. Shapiro, Legality”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011, en <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/> (visto el 15 de enero de 2012).
- GREENBERG, Mark, “Law Through the Prism of Planning”, *Jotwell*, 2011, en <http://juris.jotwell.com/law-through-the-prism-of-planning/print/> (visto el 15 de enero de 2012).
- MURPHY, Mark, “Review of S. Shapiro, Legality”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011.
- POGGI, Francesca, “The Possibility Paradox and Legal Positivism”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.
- \_\_\_\_\_, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_, “Authority, Law and Morality”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Reasoning with Rules”, en Raz, J., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- REDONDO, María C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

- RÓDENAS, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, vol. 21, 1998.
- RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica, “The Moral Puzzle of Legal Authority. A Commentary on Shapiro’s Planning Theory of Law”, en Bertea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- SCHAUBROECK, Katrien, “Legal Normativity and the Instrumental Principle”, en Bertea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Exceptions”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.
- \_\_\_\_\_, “The Best Laid Plans”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2010.
- SCHIAVELLO, Aldo, “Rule of Recognition, Convention and Obligation. What Shapiro Can Still Learn from Hart’s Mistakes”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- SCIARAFFA, Stefan, “The Ineliminability of Hartian Social Rules”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011.
- SHAPIRO, Scott, “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.
- \_\_\_\_\_, “Law, Normativity and Plans”, en Bertea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- STONE, Martin J., “Planning Positivism and Planning Natural Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- WALDRON, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011.
- YAFFE, Gideon, “Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, 2012, *Philosophical Review*, de próxima publicación.
- YANKAH, Ekow, “Planning Ahead! (in Jurisprudence)”, *Jotwell*, 2011, en <http://juris.jotwell.com/planning-ahead-in-jurisprudence/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).

## 2. Bibliografía recomendada

### A. El paradigma de las razones en la teoría jurídica contemporánea

- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.
- \_\_\_\_\_, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

REDONDO, María C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996 (para un análisis general).

B. *La teoría del derecho como planificación*

SHAPIRO, Scott, “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.

\_\_\_\_\_, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.

C. *El trabajo sobre planes de Michael Bratman*

BRATMAN, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

\_\_\_\_\_, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_, “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002 (Bratman acerca de la Teoría del derecho como planificación).

\_\_\_\_\_, “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en Berte, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011 (Bratman acerca de la Teoría del derecho como planificación).

3. *La recepción actual de la Teoría de la Planificación:*

EDMUNDSON, William A., “Shmegality. A Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, *Jurisprudence*, vol. 2, 2011.

FARRELL, I. P., “Review of S. Shapiro, *Legality*”, *Texas Law Review*, vol. 90, 2011.

DYZENHAUS, David, “Legality Without the Rule of Law? Scott Shapiro on Wicked Legal Systems”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.

GARDNER, John y MACKLEM, Timothy, “Review of Scott J. Shapiro, Legality”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011, <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/> (consultado el 15 de enero de 2012).

GREENBERG, Mark, “Law Through the Prism of Planning”, *Jotwell*, 2011, <http://juris.jotwell.com/law-through-the-prism-of-planning/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).

- MURPHY, Mark, “Review of S. Shapiro, *Legality*”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011.
- SCHAUER, Frederick, “The Best Laid Plans”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2010.
- SCIARAFFA, Stefan, “The Ineliminability of Hartian Social Rules”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011.
- STONE, Martin J., “Planning Positivism and Planning Natural Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- WALDRON, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011,
- YAFFE, Gideon, “Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, 2012, *Philosophical Review*, de próxima publicación.
- YANKAH, Ekow, “Planning Ahead! (in Jurisprudence)”, *Jotwell*, 2011, <http://juris.jotwell.com/planning-ahead-in-jurisprudence/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).
- RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica, “The Moral Puzzle of Legal Authority. A Commentary on Shapiro’s Planning Theory of Law”, en Bertea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- RIPSTEIN, Arthur, “Self-certification and the Moral Aims of the Law” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- CANALE, Danilo y TUZET, Giovanni (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- Simposio sobre “Legality”, *Analysis*, vol. 72, núm. 3, 2012.