

SCOTT J. SHAPIRO

LEGALIDAD

Traducción de
Diego M. Papayannis y
Lorena Ramírez Ludeña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	17
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	23

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?

1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?	25
1.1. Filosofía del derecho: normativa y analítica	26
1.2. ¿Qué significa «¿qué es el derecho?»?	28
1.3. «Derecho»	29
1.4. Derecho, el derecho y «derecho»	32
2. LA NATURALEZA DE UN OBJETO	33
3. LA ESTRUCTURA DEL MUNDO SOCIAL	36
4. ANÁLISIS CONCEPTUAL	38
4.1. Verdades obvias	39
4.2. Verdades obvias acerca del derecho	41
4.3. Los desacuerdos en el análisis conceptual	42
4.4. Estrategias para la imaginación	45
4.5. ¿Por qué preocuparse?	50
5. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS HECHOS JURÍ- DICOS	54
6. POSITIVISMO JURÍDICO Y DERECHO NATURAL	55

	<u>Pág.</u>
6.1. Denominaciones.....	59
7. LAS VERDADES OBIAS DE LA CONFIANZA	61

CAPÍTULO II

ESE EXTRAÑO FENÓMENO LLAMADO «DERECHO»

1. LA INVENCIÓN DEL DERECHO.....	65
2. ¿CÓMO ES POSIBLE EL DERECHO?	67
3. UN COMENTARIO SOBRE LAS NORMAS.....	71
4. POSIBLES SOLUCIONES	73
4.1. En última instancia.....	75
5. EL DESAFÍO DE HUME.....	76
5.1. Positivo vs. Natural	77
5.2. Nens y Dens	79
9. ESCOJA SU VENENO.....	80

CAPÍTULO III

LA TEORÍA IMPERATIVA DE AUSTIN

1. UN JUEGO DE NIÑOS.....	83
2. LA TEORÍA DE AUSTIN	84
2.1. Derecho = Reglas + Soberanía.....	85
2.2. El asaltante a gran escala	86
3. LAS IMPLICACIONES DE LA IDENTIDAD.....	89
4. ¡PRIMERO FUE LA GALLINA!.....	90
5. DEBER Y POTESTAD.....	92
5.1. Potestades.....	92
5.2. Primera respuesta: la nulidad como sanción	96
5.3. Segunda respuesta: fragmentos de reglas	99
6. ¿SON ÓRDENES LAS NORMAS?.....	102
6.1. El buen ciudadano.....	103
6.2. El conocimiento de lo que se ha ordenado.....	105
7. HÁBITOS Y REGLAS	108
7.1. Continuidad, persistencia y limitación.....	108
7.2. La inteligibilidad del derecho	111

CAPÍTULO IV

HART Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

1. REGLAS ACERCA DE REGLAS	115
2. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	117
2.1. Los problemas del mundo pre-jurídico	118
2.2. La solución mediante el derecho.....	119
2.3. La doctrina de HART sobre la regla de reconocimiento	120
2.4. La regla de reconocimiento y la Constitución de Estados Unidos	122
3. LA NECESIDAD DE REGLAS SECUNDARIAS	123
3.1. Continuidad, persistencia, supremacía, independencia y pertenencia	124
3.2. Reflexividad, autolimitación, costumbre y potestades.....	126
3.3. Validez.....	127
3.4. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias	129
3.5. Reducción inteligible	131
4. LA TEORÍA DE LAS PRÁCTICAS	132
4.1. El punto de vista interno	134
5. HECHOS JURÍDICOS Y JUICIOS SOBRE EL DERECHO	136
5.1. Aproximación teórica y práctica	136
5.2. Una aproximación «jurídica» al derecho	138
5.3. Conceptos jurídicos y morales	140
6. REGLAS Y PRÁCTICAS	141
6.1. Error de categoría.....	141
7. CONVENCIONES DE COORDINACIÓN	144
7.1. Problemas de coordinación	145
7.2. Convenciones de coordinación	146
7.3. Alienación y convención.....	147
7.4. Arbitrariedad y convención.....	148
8. JURÍDICO, NORMATIVO, MORAL	150
8.1. Redescripción del derecho y accesibilidad del razonamiento jurídico.....	151
8.2. Un compromiso inestable	154
9. ¿Y AHORA QUÉ?	156

CAPÍTULO V CÓMO HACER COSAS CON PLANES

1.	UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA.....	159
2.	PLANIFICACIÓN INDIVIDUAL	162
	2.1. La parcialidad de los planes	162
	2.2. Planes anticipados	163
	2.3. Planificación descendente vs. planificación ascendente	166
	2.4. La aplicación de planes	167
	2.5. Planes y normas	169
3.	LA PLANIFICACIÓN PARA ACTIVIDADES COMPARTIDAS DE PEQUEÑA ESCALA.....	171
	3.1. Mi parte y su parte	171
	3.2. Planificar para el grupo	172
	3.3. Complejidad, controversia y arbitrariedad.....	175
4.	PLANES COMPARTIDOS Y AGENCIA COMPARTIDA.....	176
	4.1. La actuación en conjunto	180
5.	LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE PLANIFICAR	182
	5.1. Las políticas	182
	5.2. Las costumbres.....	183
	5.3. La introducción de la jerarquía	184
	5.4. Planes compartidos que se auto-regulan	186
6.	LA PLANIFICACIÓN PARA LA AGENCIA COMPARTIDA MASIVA	187
	6.1. Planes y alienación.....	188
	6.2. Mecanismos de planificación descentralizados	190
	6.3. La afectación de planes	192
	6.4. Modernidad y agencia compartida masiva	193
7.	LA VIDA EN COMUNIDAD	195

CAPÍTULO VI

LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO

1.	LA IDEA DE PLANIFICACIÓN SOCIAL.....	199
2.	PLANES PRIVADOS	202
	2.1. La internalización de costes	203
	2.2. La planificación para el orden espontáneo.....	206
3.	LA OFERTA Y LA DEMANDA DE PLANES	207

	Pág.
3.1. La necesidad de planes sociales	207
3.2. Falta de consenso	209
3.3. La jerarquía como solución.....	209
3.4. La función pública	212
3.5. La institucionalización de planes	213
4. EL DERECHO COMO PLAN SOCIAL	215
4.1. ¿Sanciones?.....	215
4.2. Las circunstancias de la legalidad.....	216
5. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO UNIVERSAL.....	220
5.1. El problema del mal carácter	220
5.2. El plan es más poderoso que la espada	222
6. LA PRIMACÍA DE LOS HECHOS SOCIALES	223
7. LA POSIBILIDAD DE LA AUTORIDAD JURÍDICA	226
7.1. La capacidad de planificar	226
7.2. Autoridad jurídica y autoridad para planificar	228
7.3. La normatividad de la autoridad jurídica	229
7.4. La racionalidad interna del derecho	230
7.5. Afirmaciones adjetivales vs. perspectivistas	231
7.6. El punto de vista del derecho	234
7.7. Un nuevo examen del Desafío de HUME	236
8. COMPARACIONES.....	237

CAPÍTULO VII

LO QUE ES EL DERECHO

1. UNA INVERSIÓN DE LA ANALOGÍA ALMA-ESTADO	243
2. LA TESIS DE LA PLANIFICACIÓN	245
2.1. La senda del derecho.....	245
2.2. El <i>common law</i> como planificación ascendente.....	248
2.3. El aspecto positivo de los planes	250
2.4. La actividad jurídica es resolutoria, dispositiva e intencional	252
2.5. La actividad jurídica como planificación social.....	253
3. LA TESIS DE LA AGENCIA COMPARTIDA	255
3.1. El diseño del plan maestro	256
3.2. La unidad del derecho	259
4. FUNCIONES PÚBLICAS, INSTITUCIONALIDAD Y COACCIÓN....	260
4.1. Actividad oficial	261

	<u>Pág.</u>
4.2. Actividad institucional	262
4.3. Regulación forzosa.....	263
5. LA TESIS DEL FIN MORAL	265
5.1. Felices coincidencias	267
5.2. La representación de fines morales	269
6. ORGANIZACIONES QUE SE AUTOCERTIFICAN	270
6.1. Lo que no es el derecho	271
6.2. La presunción de validez	273
6.3. Grados de juridicidad	277
7. LAS LEYES COMO PLANES, O NORMAS SIMILARES A LOS PLANES	278
7.1. Directivas, permisos y estipulaciones	280
7.2. Una nota sobre la definición de los delitos	282
7.3. Autorizaciones e instrucciones.....	283
8. DERECHO, PLAN Y CRÍTICA.....	285
9. LA CUESTIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	287

CAPÍTULO VIII

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LAS DECISIONES JUDICIALES

1. LA DURA REALIDAD	289
2. EL FORMALISMO JURÍDICO	296
2.1. Cuatro tesis del formalismo jurídico	297
2.2. La regla de la expedición	299
3. LA CONEXIÓN ENTRE EL POSITIVISMO Y EL FORMALISMO.....	301
4. NÚCLEO Y PENUMBRA.....	303
4.1. Razonamiento jurídico y toma de decisiones judiciales	304
4.2. Las limitaciones de la guía de conducta	305
4.3. Los límites de lo social	307
5. LOS FORMALISTAS MODERADOS	310
5.1. Interpretación basada en los propósitos	310
5.2. La restricción judicial	313
6. ¿ES TAN DURA LA REALIDAD?.....	316

CAPÍTULO IX
LOS CASOS DIFÍCILES

1.	FORMALISMO ENCUBIERTO	319
2.	RESPUESTAS CORRECTAS EN LOS CASOS DIFÍCILES	322
2.1.	Reglas y principios	322
2.2.	Contra la discreción fuerte	324
2.3.	El rechazo del formalismo clásico	325
2.4.	El nuevo problema para el positivismo	326
3.	POSITIVISMO INCLUYENTE Y EXCLUYENTE	328
3.1.	El positivismo jurídico incluyente	331
3.2.	El positivismo jurídico excluyente	333
4.	EL POSITIVISMO INCLUYENTE VS. EL EXCLUYENTE	335
4.1.	Problemas terminológicos	336
4.2.	La lógica de los planes	337
4.3.	Planificación e indeterminación	339
4.4.	Un nuevo examen de la obligación jurídica	342

CAPÍTULO X
DESACUERDOS TEÓRICOS

1.	EL OTRO BUSH V. GORE	345
2.	DESACUERDOS JURÍDICOS	347
2.1.	Los fundamentos del derecho	348
2.2.	La concepción de los meros hechos	349
2.3.	TVA vs. Hill	351
3.	COMPARACIÓN DE CRÍTICAS	352
3.1.	Incoherencia e hipocresía	353
4.	INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA	356
4.1.	La analogía literaria	356
4.2.	Ajuste y justificación	359
5.	INTERPRETAR LA PRÁCTICA JURÍDICA: PRIMERA ETAPA	360
5.1.	Concepciones del derecho	361
5.2.	El convencionalismo	361
5.3.	El derecho como integridad	363
6.	LA INTERPRETACIÓN DE LA PRÁCTICA JURÍDICA: SEGUNDA ETAPA	365

	<u>Pág.</u>
7. INTERPRETACIÓN Y META-INTERPRETACIÓN	367
7.1. Meta-interpretación	370

CAPÍTULO XI

DWORKIN Y LA DESCONFIANZA

1. JURISTAS FILÓSOFOS	373
2. EL ARGUMENTO DE LA LÓGICA GENERAL DE LOS PLANES	375
3. LA EVOLUCIÓN DE LA DESCONFIANZA	378
3.1. Whigismo radical	381
3.2. La primera ola: la degradación del poder ejecutivo	384
3.3. La segunda ola: el control del poder legislativo	387
3.4. La tercera ola: la pérdida de confianza en los individuos	390
3.5. Economizar en la virtud	392
4. DWORKIN Y LOS WHIGS	395
4.1. La temprana República	395
4.2. El sistema actual	398
5. LA CONFIANZA Y LA DIVERSIDAD TOMADAS EN SERIO	400

CAPÍTULO XII

LA ECONOMÍA DE CONFIANZA

1. PLANES Y CONFIANZA	404
1.1. El propósito de los planes	405
1.2. La gestión de la confianza y la desconfianza	406
1.3. Respetar la economía de la confianza	407
2. DERECHO Y CONFIANZA	408
2.1. El derecho y la gestión de la confianza	409
2.2. Deshaciendo el derecho	411
3. LOS JURISTAS Y LA CONFIANZA	413
4. DETERMINAR LA ECONOMÍA DE LA CONFIANZA	415
4.1. Dos puntos de vista	416
4.2. Jugar a ser Dios	419
4.3. Legitimidad	423
5. AUTORIDAD Y SISTEMAS OPORTUNISTAS	424

CAPÍTULO XIII

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PLANES

1. LITERALISMO VS. PROPÓSITOS	427
2. LA TEORÍA DE LA PLANIFICACIÓN APLICADA A LA META-INTERPRETACIÓN	429
2.1. Quién es quién en la meta-interpretación.....	430
2.2. La economía de la confianza	431
2.3. La importancia del rol	432
3. ESPECIFICACIÓN	434
4. EXTRACCIÓN	436
4.1. La extracción como explicación	436
4.2. Juicios absolutos vs. relativos	438
4.3. Juicios generales vs. particulares	439
4.4. Alcance de la extracción	440
4.5. Síntesis	441
4.6. Objetivos	444
5. EVALUACIÓN	446
5.1. Las relaciones entre la confianza y la discreción	446
5.2. Discreción, texto y propósito	449
5.3. Literalismo cínico vs. ambicioso	453
6. LA COMPETENCIA	454
7. LA POSIBILIDAD DE DESACUERDOS TEÓRICOS	459
7.1. Una revisión de la pena de muerte	462
8. LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE COSTUMBRE	464

CAPÍTULO XIV

EL VALOR DE LA LEGALIDAD

1. CASOS CENTRALES Y PERIFÉRICOS	469
2. EL GOBIERNO DE LOS PLANES	462
2.1. ¿Cuál es el valor de la legalidad?.....	475
3. PENSAR DE MANERA CONVENCIONAL	478
BIBLIOGRAFÍA.....	491
ÍNDICE ANALÍTICO	517

AGRADECIMIENTOS

Escribir este libro ha sido una experiencia muy dura, no solo para mí sino también, y quizá especialmente, para los que me rodean. Mis amigos, mi familia y colegas, pueden dar fe de que me gusta hablar de mi trabajo más de la cuenta y, durante los últimos diez años, he estado trabajando en este libro. A raíz de ello, muchas cenas se han arruinado.

El hecho de que haya implicado a tanta gente en este proyecto hace que el proceso de agradecimiento sea muy difícil. Honestamente, se me ha prestado tanta ayuda durante el transcurso de los años que no puedo recordarla toda. E, incluso aunque pudiera recordar exactamente esa amabilidad para documentarla, prácticamente cada frase de este libro debería tener una nota al pie. Dado que ello es inadecuado, me gustaría reconocer aquí algunas de mis mayores deudas de gratitud.

Este libro comenzó cuando yo enseñaba en la Benjamin N. Cardozo School of Law. Estoy agradecido a mis amigos allí, quienes me brindaron ayuda y ánimos en las primeras etapas de este proyecto, especialmente David Golove, Kyron Huigens, Arthur Jacobson, Melanie Leslie, Ed Stein, Stewart Sterk y Martin Stone.

La mayor parte de este libro fue escrita mientras formaba parte del claustro de la facultad de Derecho de la Universidad de Michigan. Estoy seguro de que hablé con todo el mundo de la Facultad de Derecho sobre mi trabajo de un modo u otro y me gustaría agradecerles sus preguntas y comentarios, que me han ayudado a clarificar y refinar mis ideas. Daniel Halberstam, Don Herzog, Jim Hines, Bill Miller, Rebecca Scott y Richard Primus fueron especialmente pacientes y de gran ayuda. Sin embargo, la medalla al valor va para Scott Hershovitz, que soportó la peor parte de mis obsesiones durante

el primer año de docencia. No solo respondió con buen humor y amable burla, sino que sus incisivos desafíos me ayudaron a profundizar la reconstrucción aquí presentada en numerosos aspectos importantes.

Durante ese periodo también tuve la fortuna de ser miembro del departamento de filosofía de la Universidad de Michigan, ese extraño lugar en la tierra donde la inteligencia y la decencia van de la mano. Me gustaría agradecer especialmente a Elizabeth Anderson, Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton, y a todos aquellos que me instruyeron acerca de los desarrollos recientes en metaética y teoría del valor. Los capítulos 2, 3 y 4 estuvieron fuertemente influidos por esas discusiones. Debo un agradecimiento especial a Victor Caston, quien me salvó del precipicio muchas veces durante las partes más difíciles de la redacción. Su agudeza filosófica, generosidad, y amistad me sostuvieron.

Terminé este libro en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Como muchos de los miembros del claustro de Yale, me he beneficiado extraordinariamente de numerosas discusiones con Bruce Ackerman a lo largo de los años. Jim Whitman ha sido una fuente constante de ayuda, apoyo y amistad; cada conversación con él es un regalo. Claire Priest leyó el capítulo 11 y me ayudó a bajar el tono de mi a menudo candente retórica. Aunque nadie me confundiría con un verdadero historiador, tengo esperanzas de que, gracias a Claire, ese capítulo ya no provoque risas inmediatas. Mis conversaciones con Jack Balkin, Bob Ellickson, Bill Eskridge, Heather Gerken, Bob Gordon, Oona Hathaway, Christine Jolls, Dan Kahan, Harold Koh, Tony Kronman, John Langbein, Daniel Markovits, Nick Parillo, Robert Post, Susan Rose-Ackerman, Jed Rubenfeld, Reva Siegel y Alan Schwartz han sido extremadamente útiles.

Una de las ventajas de enseñar en Yale es la magnífica asistencia a la investigación. Gabe Mendlow leyó todo el manuscrito, señalando muchos errores importantes, desaciertos y oscuridades. Me salvó de mí mismo en numerosas ocasiones. Asigné a Erin Miller la tarea no envidiable de leer todo lo que se había escrito sobre positivismo jurídico por un no-filósofo. Asumió el desafío con una increíble competencia y entusiasmo, ayudándome a organizar las diversas caracterizaciones en categorías claras y discernir un patrón en la tormenta de improperios que a menudo amenazan con sepultar al positivismo. El capítulo 8 simplemente no habría sido posible sin su asistencia, pero Erin también proporcionó asesoramiento invaluable sobre otros capítulos. Justin Schwab proporcionó una excelente y diligente revisión de estilo. Jud Matthew hizo un trabajo magnífico sobre el capítulo 11, ayudándome a dar forma, fundamentar y completar la reconstrucción histórica de la fundación norteamericana. John Paredes me ayudó con entusiasmo y pericia con las tediosas tareas de leer las pruebas y realizar el

índice analítico y, junto con Alex Sarch, de controlar las citas de muchas de las referencias bibliográficas.

Durante su semestre como investigadores visitantes en Yale, Diego Papayannis y Lorena Ramírez tuvieron la amabilidad de revisar todo el manuscrito conmigo en comidas semanales. Sus comentarios fueron para mí de valor incalculable al hacer revisiones finales al manuscrito.

Las ideas del libro fueron puestas a prueba de numerosas formas durante los años, y me gustaría agradecer a las diferentes audiencias por su indulgencia y ayuda. En particular, me beneficié de los comentarios de Matt Adler, Larry Alexander, Robert Alexy, Anne Alstott, Horacio Arlo-Costa, Yochai Beiker, Mitch Berman, Carlos Bernal, Brian Bix, Hernan Bouvier, Curtis Briedgeman, Mihailis Diamantis, Tony Dillof, David Dolinko, Ronald Dworkin, Chris Essert, Richard Fallon, Luca Ferrero, Claire Finkelstein, John Gardner, Margaret Gilbert, Antony Hatzistavrou, Peter Hilal, Ken Himma, Adam Hosein, Doug Husak, Shelly Kagan, Rob Kar, Web Keane, Niko Kolodny, Lewis Kornhauser, Matt Kramer, Jody Kraus, Chris Kutz, Andrei Marmor, Ned McClennen, Martha Minow, Michael Moore, Chris Morris, Trevor Morrison, Stephen Morse, Liam Murphy, John Oberdiek, Dennis Patterson, Philip Pettit, Adela Pinch, Gerry Postema, David Plunkett, Cristina Redondo, Abe Roth, Verónica Rodríguez-Blanco, Jim Ryan, Adam Samaha, Rodrigo Sánchez-Brígido, Fred Schauer, Emily Sherwin, Seana Shiffrin, Ori Simchen, Matt Smith, Larry Solum, Marc Spindelman, Nicos Stavropoulos, David Strauss, Cass Sunstein, Kevin Toh, Bas van Frassen, David Velleman, Jeremy Waldron, Jay Wallace, Fritz Warfield, Ralph Wedwood, Sheldon Wein, Ernie Weinrib, Carl Wellman, Jonathan Wolff, Gideon Yaffe y Ben Zipursky.

La penúltima versión de este manuscrito fue objeto de una conferencia organizada por Damiano Canale y Giovanni Tuzet en la Universidad de Bocconi. Me gustaría agradecerles, así como a Giovanni Battista Ratti, Bruno Celano, Pierluigi Chiassoni, Jordi Ferrer, Diego Papayannis, Giorgio Pino, Francesca Poggi y Aldo Schiavello por lo beneficioso de sus consideraciones sobre el manuscrito.

Ha sido maravilloso trabajar con mi editor, Michael Aronson; su asistente editorial, Heather Hughes; y el editor de producción, Meredith Philips y les estoy agradecido por hacer el proceso de publicación tan agradable.

Les Green, Brian Leiter y Stephen Perry han sido críticos incisivos de mi trabajo durante años. Aunque estoy seguro de que no he respondido a todas sus objeciones, mis intentos de hacerlo han mejorado mis ideas enormemente.

Mark Greenberg me despertó de mi dogmático sueño positivista y me ayudó a ver el poder de la doctrina del derecho natural. Este libro es en

gran medida una respuesta a muchas de nuestras conversaciones a lo largo de los años.

Como evaluador de Harvard University Press, Arthur Ripstein me proporcionó numerosas anotaciones a la penúltima versión del manuscrito. No solo señaló montones de confusiones e imprecisiones, sino que sugirió formas de solucionar esos problemas. En algunos casos, de hecho ¡Arthur redactó el texto por mí! Nunca he sido objeto de comentarios tan perspicaces y atentos a un manuscrito. Arthur es un modelo de cómo los miembros de la profesión deberían tratarse unos a otros.

Sidney Morgenbesser hizo que quisiera ser un filósofo, e Isaac Levi, mediante sus grandes actos de amabilidad, capacidad y esfuerzo me ayudó a convertirme en uno. Estaré siempre en deuda.

Es una gran suerte haber sido alumno de Joseph Raz, y siempre será una fuente de gran orgullo. Desde que lo conocí hace veinte años cuando estaba en la facultad de Derecho, Joseph Raz ha sido un tutor paciente, un crítico perspicaz, y un buen amigo. No hay nadie de quien haya aprendido más teoría del derecho.

Mi deuda con Jules Coleman es inmensa. Como muchos de sus primeros estudiantes, he sido beneficiario de su orientación incansable; su consejo, ayuda y apoyo han hecho una enorme diferencia. Más que otra cosa, me gustaría agradecerle que haya hecho la teoría del derecho tan divertida. A lo largo de los años, hemos pasado incontables horas hablando de teoría del derecho y nuestras respectivas posiciones en la materia. Su influencia está por todo el libro.

Muchas de las ideas del libro se desarrollaron en 2003-2004, en el Center for the Advanced Study in Behavioral Sciences, tiempo durante el cual Michael Bratman y yo estábamos llevando a cabo un proyecto conjunto sobre agencia compartida. Me gustaría agradecer a la Andrew Mellon Foundation por hacer posible mi estancia allí. Quisiera agradecer especialmente a Michael por toda la ayuda que me brindó durante ese año y por el continuo apoyo a este proyecto. Mi broma sobre Michael es que hablar con él es como hablar con una versión mucho, mucho más lista de ti mismo. En lugar de tratar de derrotarte, Michael siempre intenta hacer que tus argumentos sean lo mejores que puedan ser. E, increíblemente, esto es cierto incluso cuando tu argumento desafía su trabajo. Cualquiera que haya hablado alguna vez con Michael sabe que no estoy exagerando. Todavía me asombro por la suerte que me permitió trabajar tan cercanamente a él.

Este libro fue concebido aproximadamente (aunque no exactamente) al mismo tiempo que mi hija Liza, por lo que he estado viviendo con él casi tanto como he estado viviendo con ella. Ella tiene ahora diez años y mi hijo,

Henry (también conocido como «Drin»), tiene siete. Admito que hay días en que sentí la cantidad de tiempo que me tomaba criarlos y la medida en que retrasaba la finalización de este libro: las noches sin dormir, las infecciones de oído, los días sin clases por desarrollo del profesorado, las vacaciones de invierno, las ausencias sin permiso de las niñeras, las citas con el dentista, las reuniones a mediodía, etc. Pero cuando comparo los resultados, mi elección era obviamente la correcta porque mis hijos han resultado ser mucho mejores que este libro. Son simplemente maravillosos y estoy fascinado con que sean míos.

Soy afortunado porque mis padres están vivos y bien y puedo agradecerles públicamente su amor y generosidad. Estoy muy seguro de que no me mandaron a la Universidad ni a la Facultad de Derecho para que me convirtiera en un filósofo del derecho. ¿Quién haría semejante cosa? Pero me han apoyado en cada paso del camino, que es el mejor regalo que los padres pueden hacer a sus hijos. Me gustaría agradecerle a mi hermana, Melissa, por su amor y amistad y por golpear a Steven Paris por mí cuando estaba en quinto curso.

Mi deuda más grande es con mi mujer, Alison Mackeen. Alison es una editora muy estricta. Tiene unos estándares extremadamente altos de claridad y rigor y me he esforzado mucho para estar a la altura. Afortunadamente, cuando me he quedado corto ella ha estado allí para aportar el resto. Ella revisó muchas partes de este libro y lo mejoró radicalmente. También me enseñó la lección más valiosa de la redacción en la academia, que es nunca dejar que el lector haga el trabajo. Si los lectores encuentran que hay partes de este libro que no son terriblemente difíciles de leer, tienen que agradecerse a Alison.

Los últimos diez años han sido excitantes y agotadores. Nos mudamos tantas veces, perdimos tantas horas de sueño, fuimos llevados en tantas direcciones distintas. No lo habría conseguido sin ella. Ni tampoco habría querido intentarlo.

Algunas partes de los capítulos 4 y 7 aparecieron inicialmente en «Law, plans and practical reason», *Legal Theory*, 8 (387), 2002.

Algunas partes de los capítulos 9 y 10 aparecieron inicialmente en *The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed*, ed. Arthur Ripstein (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

Algunas partes del capítulo 9 aparecieron inicialmente en «Was inclusive legal positivism founded on a mistake?», *Ratio Juris*, 22 (326) Oxford: Blackwell Publishing, 2009.

PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Al escribir este libro, nunca contemplé la posibilidad de que fuese traducido a otro idioma. Honestamente, estaba intentando publicarlo en inglés. Si hubiese escrito el libro teniendo en cuenta la traducción, tal vez habría escogido un título diferente. Mis muy capaces traductores me dicen que la palabra «*Legality*» es difícil de traducir al castellano, lo cual no debería ser sorprendente, dado que tampoco es fácil de definir en inglés. «*Legality*» es una palabra imprecisa, poco habitual en el discurso ordinario. Los angloparlantes emplean las palabras «*law*» (derecho), «*legal*» (jurídico) y «*lawful*» (lícito o conforme a derecho) todo el tiempo —rara vez hablan de «*legality*» (legalidad)—. Ahora que el libro aparece traducido, debo al lector una explicación del significado del título del libro y cómo su contenido se relaciona con él, especialmente si se tiene en cuenta que los sentidos que se asocian en español a la palabra «legalidad» son distintos de los que se asocian a «*legality*».

Es posible distinguir tres sentidos diferentes de «legalidad» en inglés. En primer lugar, la palabra puede expresar la propiedad de pertenecer a una clase jurídica. Esta definición está expresada con cierta torpeza, pero la idea es clara: la legalidad (en este primer sentido) es la propiedad que comparten todas las instituciones, actos, eventos, funcionarios y textos jurídicos. Es lo que hace que el derecho sea *derecho*. Digamos que este es el sentido clasificatorio. Cuando los filósofos hablan y debaten sobre la relación entre la «legalidad y la moral», por ejemplo, tienen en mente este sentido clasificatorio.

En segundo lugar, la palabra puede expresar un valor distintivo de las instituciones jurídicas. Este es el uso técnico que emplean los juristas, por ejemplo, cuando se refieren al «principio de legalidad». Denominémoslo el

sentido de la «legalidad» como «valor». Se piensa que la conformidad con el derecho promueve y realiza ciertos valores distintivos, aquellos que normalmente asociamos con el Estado de Derecho.

En tercer lugar, la palabra puede expresar la propiedad de ser conforme a derecho. Este «sentido de conformidad» es el significado usual en el habla ordinaria, aunque normalmente termina sonando muy formal. Cuando alguien pregunta por la legalidad, digamos, de la guerra de Irak, tiene en mente el sentido de conformidad. Desean saber si comenzar la guerra se ajusta al derecho o, más simplemente, si la guerra es lícita.

El libro es un intento por explicar cómo se relacionan las propiedades y los valores expresados en los tres sentidos de «legalidad» —el clasificatorio, el valorativo y el de conformidad—. La indagación básica comienza con la clasificación, a saber, preguntando qué propiedad hace que las instituciones y normas jurídicas sean instituciones y normas *jurídicas*. El argumento principal del libro es que las instituciones jurídicas son instituciones de planificación de un tipo sofisticado y que las normas que ellas crean son planes.

El análisis luego se centra en el valor de la legalidad. Sostengo que la naturaleza planificadora del derecho puede ayudarnos a comprender el valor inherente a contar con un sistema jurídico. ¿Por qué es bueno (en efecto, necesario) para las sociedades medianamente complejas tener derecho? La respuesta que propongo es que los sistemas jurídicos permiten resolver problemas que no podían ser resueltos, o tan bien resueltos, en su ausencia. Son una tecnología sofisticada para gestionar las complejidades de la vida social. En otras palabras, el valor de la legalidad es el valor de la planificación social.

Tras especificar la legalidad como clase y valor, el libro se ocupa finalmente de la conformidad. ¿Cuándo una acción es lícita? O, en términos más filosóficos, ¿cómo se determina el contenido del derecho de modo que pueda afirmarse de una cierta acción que es conforme a derecho? Argumento que la determinación del derecho debe tomar en cuenta la naturaleza planificadora del derecho. En particular, debe tomar en cuenta la manera en la cual los valores de la planificación social se plasman e incorporan en la estructura institucional del sistema jurídico en cuestión.

Por tanto, los tres sentidos de «legalidad» están fuertemente interconectados. La legalidad de la acción conforme a derecho depende del valor de la legalidad. Y el valor de la legalidad depende del tipo de entidad que es el derecho. Dado que los sistemas jurídicos son sistemas de planificación, promueven y realizan los valores de la planificación social y este valor contribuye al contenido de los planes que producen.

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?

1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

Cuando preparaba mi acceso al bachillerato, mi madre me aconsejó que en el campo de la solicitud destinado a «futura carrera» escribiese «jurisprudencia médica». Obviamente, yo desconocía por completo qué era la jurisprudencia médica, y ni siquiera había escuchado la palabra «jurisprudencia» antes. Pero, en parte para calmar a mi madre, y además porque no tenía otras ideas sobre mi futuro profesional, hice caso a su recomendación. Inexplicablemente, me admitieron en la escuela de todas formas.

Ahora, treinta años más tarde, sé que en esa ocasión «jurisprudencia» no era más que un modo elegante, y un poco arcaico, de decir «derecho». Entonces, puedo inferir que alguien que se dedica a la jurisprudencia médica se encarga del derecho médico, aunque, para ser honesto, todavía no tengo claro qué es *exactamente* el derecho médico. De manera similar, sé que cuando los juristas hablan con grandilocuencia de, por ejemplo, la «Jurisprudencia de la Cuarta Enmienda», se refieren a la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y la doctrina jurídica elaborada en torno a ella.

Además, sé que el término «jurisprudencia» también tiene otros usos aceptados. Por ejemplo, con frecuencia se emplea para denotar el *estudio académico* del derecho: es decir, la rama de la enseñanza en la cual participan profesores de derecho. Siguiendo este uso, aquellos que se dedican a la jurisprudencia se encargan de describir el derecho de determinados sistemas

jurídicos. Tradicionalmente, esto implica desarrollar teorías donde se exponen los principios generales que integran la estructura de una determinada área de la doctrina jurídica y luego enumerar las normas concretas que expresan los principios mencionados. Este uso del término «jurisprudencia médica» no se referiría a las reglas jurídicas que regulan las cuestiones médicas, como en el primer ejemplo, sino a una subdisciplina académica, como la física del estado sólido o la lingüística japonesa. Vale la pena señalar también que este uso se ajusta a la etimología del término, ya que la palabra *jurisprudencia* en latín significa «conocimiento del derecho».

Sin embargo, la mayoría de los académicos del derecho en los países angloparlantes no se llaman a sí mismos «jurisprudentes»¹. La palabra «jurisprudencia» generalmente se reserva para el estudio *filosófico* del derecho; y un jurisprudente, si es que alguna vez se utiliza este término, es alguien que se dedica a este tipo de estudio concreto de orientación filosófica. En este sentido, es importante destacar que la categoría «jurisprudencia» no aparece en el título de *todos* los cursos de las facultades de derecho estadounidenses y británicas, sino que se reserva a aquellos cursos que analizan los problemas filosóficos que plantea el derecho. De hecho, algunos académicos han sido un poco más meticulosos y distinguen entre jurisprudencia, por una parte, y filosofía jurídica, por la otra. Francamente, desconozco la relevancia de esta distinción, de modo que la dejaré de lado en las siguientes secciones y emplearé los términos «jurisprudencia» y «filosofía jurídica» de manera indistinta.

1.1. Filosofía del derecho: normativa y analítica

La teoría del derecho como disciplina filosófica tradicionalmente se divide en dos áreas: la normativa y la analítica. La teoría normativa del derecho se ocupa de los fundamentos *morales* del derecho, mientras que la teoría analítica del derecho examina sus fundamentos *metafísicos*. Analizaremos por separado cada una de ellas.

La teoría normativa del derecho es el estudio del derecho desde una perspectiva moral y presenta dos vertientes, a las que me referiré como *interpretativa* y *crítica*. Los teóricos del derecho *interpretativos* intentan ofrecer una explicación de la lógica o los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente. Así, por ejemplo, pueden proponerse responder a la pregunta de por qué nuestro derecho penal castiga a los delincuentes. ¿Lo

¹ En cambio, los departamentos de derecho de las universidades continentales usualmente se denominan «departamentos de jurisprudencia».

hace para disuadirlos de que comentan delitos o para rehabilitarlos? ¿Castigamos con el fin de incapacitar a los delincuentes por un cierto tiempo o para asegurarnos de que reciban su merecido? Otro ejemplo es el del teórico interpretativo que se interesa por identificar el propósito o la función moral del derecho contractual. ¿Ciertos contratos son jurídicamente vinculantes para las partes porque estas hicieron promesas al celebrarlos, o porque la eficiencia económica exige que las personas respondan por sus acuerdos? Y estas son solo algunas preguntas.

Aquellos que se dedican a la vertiente *crítica* de la teoría normativa del derecho se ocupan de otra pregunta. En vez de intentar describir los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente, desean establecer cómo *debería* ser el derecho desde un punto de vista moral. Así, por ejemplo, un teórico crítico no describe por qué el derecho penal existente castiga a los delincuentes, como lo haría el teórico interpretativo, y analiza en cambio si los delincuentes deberían ser castigados o no. El objetivo no es capturar la lógica moral del derecho penal actual sino determinar si esa lógica está justificada. Como sus nombres sugieren, la teoría crítica del derecho, la teoría crítica de la raza y la teoría feminista del derecho son ejemplos de la vertiente crítica de la teoría normativa del derecho. Cada una se ocupa de evaluar los sistemas jurídicos existentes en función de criterios morales, mostrando que el derecho vigente, injustamente y de manera encubierta, privilegia a ciertos grupos (capitalistas, las personas caucásicas, hombres) a costa de otros (los trabajadores, las minorías raciales, las mujeres).

La teoría analítica del derecho, en cambio, no se ocupa de la moral. Más bien, analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas, y su objeto de estudio abarca, entre otros, los sistemas jurídicos, las leyes, las reglas, los derechos, la autoridad, la validez, la obligación, la interpretación, la soberanía, los tribunales, la causa próxima, la propiedad, el delito, el ilícito extracontractual y la negligencia. Los teóricos analíticos del derecho buscan determinar la naturaleza fundamental de estos objetos de estudio en concreto a través de preguntas analíticas, tales como: ¿qué distingue los sistemas jurídicos de los juegos, las reglas del protocolo y la religión? ¿Todas las normas son reglas? ¿Son los derechos jurídicos una clase de derechos morales? ¿Es el razonamiento jurídico una variante especial de razonamiento? ¿Es la causalidad jurídica idéntica a la causalidad del sentido común? ¿Puede entenderse mejor la propiedad como un conjunto de derechos? ¿Qué diferencia los ilícitos extracontractuales de los delitos? Etcétera².

² A decir verdad, la línea que divide la teoría analítica del derecho y la rama interpretativa de la teoría normativa del derecho no siempre es del todo clara. ¿Es posible, por ejemplo, comprender el concepto de ilícito extracontractual y su diferencia respecto del delito, si no entendemos por qué las personas son responsables por los ilícitos extracontractuales que cometen? Parecería