

PABLO A. RAPETTI\*

*Derecho, coerción; metateoría, teoría\*\**

1. *Introducción* – 2. *El libro* – 3. *Cuestiones metateóricas* – 3.1. *(Anti)Esencialismo conceptual e intereses filosóficos* – 3.2. *El peso de las tintas cargadas* – 3.3. *El «hombre desconcertado», en los hechos*  
4. *Coerción, fuerza, sanción: el pilar teórico* – 5. *Palabras finales*

1. *Introducción*

Frederick Schauer es uno de los teóricos del derecho anglosajones más reconocidos de la actualidad. En el contexto de la filosofía del derecho «continental» – denominación que de manera laxa y poco informativa se ha extendido para el conjunto de filósofos del derecho de tradición analítica de Latinoamérica, España, Francia e Italia – su trabajo más conocido es el contenido fundamentalmente en dos de sus libros: *Playing by the Rules*<sup>1</sup> y *Thinking Like a Lawyer*<sup>2</sup>. El primer trabajo está enfocado sobre las reglas: su naturaleza general y el carácter particular de las reglas jurídicas, y su injerencia en la toma de decisiones prácticas de las personas. El segundo puede ser visto como un paso de continuación de un programa que abarca también la temática del primer libro, en la dirección ahora del razonamiento jurídico en general (digamos: ya no sólo «basado en reglas»). Así, con *The Force of Law*, su más reciente libro<sup>3</sup>, llegamos a un siguiente paso enfocado sobre el rol de la coerción en y para el derecho, como un corolario de la sencilla idea de que la presencia de la amenaza de sanciones tiene un rol que cumplir en nuestra toma de decisiones: si la coerción es un componente central del derecho, cuando decidimos adoptar uno u otro curso de acción, conforme a derecho, es muy posible que lo hagamos teniendo especialmente en miras ese componente coercitivo<sup>4</sup>.

*The Force of Law*, el libro que aquí nos ocupa (y que he tenido el gusto de traducir al castellano)<sup>5</sup>, constituye el análisis más extendido y elaborado que Schauer ofrece como producto de su trabajo sobre la relación entre el derecho y la coerción. Se trata de un libro unitario, escrito precisamente como libro y no como colección de ensayos, tal como el propio Schauer se interesa en recalcar<sup>6</sup>. Pero

\* Universitat de Girona. E-mail: [pablo.rapetti@udg.edu](mailto:pablo.rapetti@udg.edu).

\*\* Recensión de SCHAUER Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2015 (SCHAUER 2015a).

<sup>1</sup> SCHAUER 1991.

<sup>2</sup> SCHAUER 2009.

<sup>3</sup> SCHAUER 2015a.

<sup>4</sup> Para un recuento hecho por el propio Schauer del decurso de su carrera académica, véase LADAVAC 2014, 375 ss. (esp. 375-379).

<sup>5</sup> SCHAUER 2015b. Las citas que más adelante haga a pasajes del libro se transcribirán según esta traducción, pero indicando las referencias de página de la edición original en inglés.

<sup>6</sup> SCHAUER 2015a, xi.

representa la culminación de una serie de estudios e investigaciones que han ido viendo luz como artículos publicados a lo largo de años, así como en la forma de conferencias y clases.

## 2. *El libro*

*The Force of Law* puede ser dividido en dos grandes pilares de discusión. Por un lado, una parte metodológica, en la que se enfrenta a lo que considera la tendencia dominante en la teoría del derecho anglosajona después de la obra de H. L. A. Hart<sup>7</sup>. Dicha tendencia puede exponerse someramente en la siguiente tesis<sup>8</sup> metodológica (TM):

TM: el derecho es un fenómeno distintivo que tiene características esenciales y definitorias; el concepto de derecho recoge esas características y por ende cuenta también con propiedades (intensionales) esenciales, constitutivas del concepto mismo. La tarea que corresponde a la filosofía del derecho es la del análisis del concepto de derecho de modo de identificar dichas propiedades esenciales y con ello desentrañar la verdadera naturaleza del derecho.

Los capítulos 1, 3 (sobre todo), 4 y parte del 7 del libro están específicamente destinados a criticar TM y ofrecer una visión metodológica alternativa. El capítulo 2, centrado en las teorías del derecho de Jeremy Bentham y John Austin – que giraban en torno a la noción de coerción –, muestra las características de un enfoque distinto al predominante, exponiendo sus carencias y sugiriendo sus virtudes.

Los capítulos 5 y 6 son metodológicamente importantes porque introducen la consideración de una serie de estudios de tipo empírico, realizados en los campos de la sociología, la economía y la psicología cognitiva. Como desarrollaré un poco más en la siguiente sección, la apelación a estudios de este tipo entraña una tesis metodológica adicional avanzada por Schauer, que debe tomarse en conjunto con otras suyas, de carácter más específicamente filosófico, destinadas a la crítica y reemplazo de TM. Esos mismos capítulos suponen asimismo el inicio de una serie de consideraciones y análisis mucho más puntualmente centrados en la coerción como elemento de la práctica jurídica. En particular, pretenden mostrar la centralidad de los elementos de amenaza y sanción para el logro de la obediencia de los sujetos al derecho, no sólo tratándose de personas ordinarias o, como suele decirse, «ciudadanos de a pie», sino también por parte de los funcionarios específicamente ocupados en la creación y aplicación de las piezas normativas que componen el sistema jurídico.

En este sentido, puede decirse que los capítulos 5 y 6 funcionan como un puente entre el pilar metodológico y el segundo pilar temático del libro, el – digamos – «sustantivo», enfocado ya directa y específicamente sobre la coerción y la fuerza en relación con el derecho. O, con otra terminología, podría decirse que el primer pilar es *metateórico*, mientras que este segundo es de carácter *teórico*. Su desarrollo comienza tras la recapitulación inicial del capítulo 7 y se despliega hasta el final del libro.

El capítulo 7 alude a lo que Schauer denomina «ocasiones para el derecho», es decir, las circunstancias que ameritan el establecimiento de prohibiciones y prescripciones jurídicas; distingue entonces entre distintas ocasiones-tipo y busca mostrar cómo la coerción tiene roles (distintos) que cumplir en ellas. Una de estas *ocasiones*, en la que Schauer pone especial énfasis, es la de la «función resolutoria» del derecho, esto es, el papel de éste en el cierre de disputas entre las personas, dados sus

<sup>7</sup> Schauer no considera, sin embargo, que el propio Hart esté comprometido con esta tendencia metodológica. Además del desarrollo que al respecto hace en el libro que aquí nos ocupa, puede verse SCHAUER 2013.

<sup>8</sup> O, si se prefiere, conjunto de tesis.

desacuerdos políticos y morales, y con ello, el rol del derecho como guía para la resolución de problemas prácticos.

El capítulo 8, que vuelve a formular consideraciones extensas sobre las obras de Austin y Bentham, muestra cómo el derecho puede recurrir no sólo a sanciones negativas, sino también a recompensas y otros incentivos positivos, como dos especies de un mismo género, pero intentando explicar asimismo cómo la sanción negativa, el castigo, tiene cierto tipo de prioridad respecto de su contracara positiva, la recompensa o el premio.

El capítulo 9 ofrece (re)definiciones de algunos de los términos clave del lenguaje de la coerción en y para el derecho: *fuerza*, *coerción*, *sanción*, *compulsión*. El capítulo explora además la distinción entre el castigo por la realización de una conducta, del precio establecido para que pueda realizársela, así como diferentes clases de sanciones y castigos, aplicados tanto «formalmente» por el Estado como «informalmente» por la comunidad. Asimismo, trata en particular el rol de la coerción en el ámbito del derecho privado, para mostrar que la presencia de ella en dicho ámbito no es tan diferente de la que tiene en el derecho público como suele pensarse.

El capítulo 10 se centra en la relación entre el derecho y otras normas sociales en sentido amplio. En particular, Schauer trata sobre cómo, justamente a través de la coerción, puede el derecho crear normas sociales nuevas y reforzar el cumplimiento de otras normas sociales preexistentes, sin desconocer que en ocasiones la relación puede discurrir en el sentido inverso de que sea un determinado conjunto de normas sociales el que sirva para asegurar el cumplimiento del derecho, a pesar de las sanciones que éste pueda o no prever. El capítulo concluye explorando la pregunta de si hay vigente algo así como una norma (social) que prescriba que debe obedecerse al derecho cualquiera sea el contenido de éste.

El capítulo 11 continúa la temática del anterior en el sentido de intentar diferenciar al derecho de otros tipos de instituciones; por supuesto, con especial consideración del carácter coercitivo que el derecho tiene, e intentando con ello aportar a uno de los temas clásicamente centrales de la teoría jurídica: el de la demarcación<sup>9</sup> del ámbito de lo jurídico dentro del más amplio marco de lo normativo. En este sentido, distingue entre los varios espectros desde los cuales el derecho se presenta como distintivo, y así se refiere a una diferenciación sociológica, una procedimental, una metodológica y una relativa a sus fuentes. Para luego añadir a la coerción como un elemento de especial pero descuidado interés en este contexto de análisis del derecho. Por otro lado, el capítulo traslada las discusiones principales del libro al tratamiento del derecho ya no en su formato estatal, sino en el no-estatal (internacional, transnacional, etc.).

### 3. *Cuestiones metateóricas*

La discusión metodológica de Schauer ocupa buena parte del libro y es por eso que digo que se trata de uno de sus dos grandes pilares temáticos. Sus conclusiones al respecto, no obstante, pueden enunciarse de manera bastante breve: el derecho es un fenómeno demasiado complejo como para que podamos caracterizarlo (conceptualizarlo) de acuerdo con algunas cuantas propiedades necesarias y suficientes de manera útil. Un concepto de derecho reconstruido a partir de (y sólo de) una serie de propiedades que habrían de estar presentes en toda manifestación (aun si general) del fenómeno jurídico, de manera de constituirlo – precisamente – en tanto que fenómeno jurídico y no otra cosa («propiedades *esenciales*»), sería, si no imposible, cuando menos muy poco informativo: podríamos

<sup>9</sup> Aunque Schauer rechaza expresamente esta etiqueta por el contenido sustantivo («esencialista») con el que suele estar asociado.

aprehender el concepto así formado y a la vez desconocer prácticamente cualquier cosa relevante acerca del derecho y de su diferenciación respecto de otros fenómenos propios de la vida en sociedad.

Schauer recurre a estudios recientes en el campo de la psicología cognitiva, de acuerdo con los que no es el caso que la gente use conceptos, o los considere, en términos de propiedades necesarias y suficientes, y busca resaltar las concepciones filosóficas acerca de los conceptos que, rechazando el esencialismo, abren el juego a propiedades no esenciales, en el sentido de no necesariamente presentes en *cada* instanciación de un determinado fenómeno así conceptualizado. Concepciones tales serían, por ejemplo<sup>10</sup>, la de los conceptos *de parecido de familia* de Wittgenstein<sup>11</sup> y la de los *conceptos racimo* de Black<sup>12</sup>/Searle<sup>13</sup>.

En mi estudio introductorio a la versión castellana de *The Force of Law*, he intentado una suerte de ampliación de la discusión propuesta por Schauer. Como este autor indica, uno de los grandes exponentes de la metodología del – llamémosle – «esencialismo conceptual» en nuestros días es Joseph Raz, cuya influencia es ampliamente reconocida en el ámbito de la filosofía del derecho de ascendencia analítica. En este sentido, he intentado discutir algunas de las tesis metodológicas que Raz ha defendido, aunque, a diferencia de Schauer – quien entiendo realiza a este enfoque una crítica de tipo *externa*, esto es, rechazando sus premisas –, he intentado hacerlo de modo *interno*, mostrando mayormente lo que creo son inconsistencias sitas al interior de dicho programa metodológico<sup>14</sup>. Aclaro allí que a pesar del enfoque complementario que pretendo para mis observaciones, no creo que sea necesariamente el caso que dichas observaciones críticas tengan la consecuencia de abonar el planteo anti-esencialista que en su discusión metodológica Schauer defiende. Sucede que así como no estoy convencido por el programa raziano, no lo estoy tampoco por el programa de Schauer. No repetiré aquí mis consideraciones respecto del primero, pero quisiera dejar apuntadas algunas cuestiones críticas o puntos de sospecha sobre el segundo. Deliberadamente, me enfocaré sólo en detalles y puntos menores, y no me pronunciaré en términos genéricos sobre la propuesta metodológica de Schauer. Más adelante en este mismo texto presentaré también, más brevemente, alguna observación sobre el tratamiento que Schauer hace ya directamente de la coerción, esto es, sobre el segundo pilar temático de su libro.

### 3.1. (Anti)Esencialismo conceptual e intereses filosóficos

En primer lugar, Schauer parece dar un paso en falso cuando sostiene que, bajo el enfoque esencialista, aquellas propiedades que según el análisis no resultan esenciales para el derecho – entre las que se contaría la coerción – quedan por ello desprovistas de todo interés filosófico<sup>15</sup>. Este sería el caso si las investigaciones filosóficas consistieran siempre, por necesidad, en una y la misma cosa.

De acuerdo a la concepción anti-esencialista que Schauer defiende, hay conceptos que no se componen de propiedades esenciales. Schauer no afirma que todos; no lo comprometeremos aquí con eso. Pero debe señalarse que para evaluar la plausibilidad de su propuesta metodológica sería especialmente importante tener algunas precisiones más sobre el alcance que ésta tiene. En particular, creo importante la siguiente pregunta, que en el libro que nos ocupa no tiene una respuesta muy clara: ¿piensa Schauer que por su parte el concepto mismo de *filosofía* – o de *método filosófico* – en cambio

<sup>10</sup> No entraré en la cuestión de si el alcance que Schauer da a estas nociones es el mismo que les daban sus proponentes originales.

<sup>11</sup> WITTGENSTEIN 1953, §§ 66-67.

<sup>12</sup> BLACK 1954, 28 ss.

<sup>13</sup> SEARLE 1969, 162 ss.

<sup>14</sup> RAPETTI 2015.

<sup>15</sup> SCHAUER 2015a, 3, *passim*.

sí se compone de propiedades esenciales y que en este sentido es unitario y unívoco?<sup>16</sup> Como digo, la respuesta no parece muy clara, pero pareciera que debe responderse por la negativa: el propio concepto de método filosófico, de acuerdo con el programa de Schauer, parece analizable más provechosamente<sup>17</sup> en términos anti-esencialistas.

Pero un resultado del anti-esencialismo aplicado al método filosófico es que uno entonces podría consentir que haya varias formas de practicar filosofía, de métodos filosóficos, y posiblemente contar al análisis conceptual esencialista como uno de ellos. Y consiguientemente podría admitir que aun echando mano del análisis de este tipo puede seguirse sosteniendo la relevancia e interés filosóficos de propiedades que no son «esenciales» al concepto de derecho para otras clases de estudios, también filosóficos, acerca del fenómeno jurídico. Lo importante, entonces, no es que uno esté dispuesto a aplicar el esencialismo respecto del concepto de derecho, sino que esté dispuesto a aplicarlo respecto del concepto mismo de método filosófico, y no veo por qué la aplicación del esencialismo respecto del primero nos haya de comprometer con el mismo tipo de análisis para el segundo, que está ubicado en un nivel meta. Así, en definitiva, podría ser sostenido sin inconsistencia que el tipo de análisis más fructífero del concepto de derecho<sup>18</sup> es aquel de corte esencialista (que entre sus resultados arrojaría, asumamos aquí, que la coerción no es una propiedad esencial del derecho) y a la vez que la coerción es un elemento filosóficamente interesante y relevante del y para el derecho; y la razón para ello es que admitimos una pluralidad de métodos e intereses filosóficos<sup>19</sup>.

Al sostener que para el esencialismo conceptual respecto del derecho la coerción resulta en definitiva filosóficamente carente de interés, Schauer parece estar tácitamente adjuntando a ese esencialismo el esencialismo conceptual respecto del método filosófico. Pero en ningún momento ofrece nada para justificar este último extremo. Su propia postura anti-esencialista – aplicada al método filosófico –, por su parte, podría consentir los análisis esencialistas del derecho, sin que haya fundamentos para arribar a la conclusión sobre el desinterés de la coerción a la que Schauer llega. Así, la acusación de Schauer de que la coerción pierde interés filosófico de la mano del programa esencialista de análisis del derecho, parece, a falta de fundamentación sobre por qué el esencialismo respecto del derecho habría de estar necesariamente comprometido con el esencialismo respecto del método filosófico, un *non sequitur*.

Dicho de manera breve: uno puede propugnar un análisis esencialista del concepto de derecho pero no ser esencialista respecto del de filosofía, aceptando con ello una diversidad de métodos (e intereses) filosóficos. De ser así, se puede consistentemente negar la esencialidad de la coerción para el derecho y afirmar, a la vez, la relevancia filosófica de ésta a efectos de la comprensión más completa del fenómeno jurídico.

<sup>16</sup> Por hipótesis aquí, uno de los resultados que arrojaría un análisis *à la* Schauer del propio concepto de filosofía, sería que el único método practicable de análisis filosófico es el de tipo anti-esencialista.

<sup>17</sup> Una versión aun más fuerte de esta tesis sostendría que *sólo es posible* analizar dicho concepto en términos anti-esencialistas. Mi punto, sin embargo, no cambia en relación a ninguna de las presentaciones de la tesis, ni esta más fuerte, ni la más modesta apuntada en el cuerpo central del texto (que en cambio es más fácilmente atribuible al propio Schauer).

<sup>18</sup> Y por cierto, todavía puede discriminarse según determinados fines específicos que uno persiga con su examen filosófico de dicho concepto.

<sup>19</sup> Tal vez haya que admitir en este punto que, desde esta perspectiva, el interés de la coerción es comparativamente menor al que ofrecen otras propiedades que sí son esenciales de acuerdo al análisis esencialista, pero lo importante es destacar que esta diferencia relativa no implica, como supone Schauer, la completa carencia de interés específicamente filosófico. Aun así, esto en última instancia se ve a su vez morigerado por la admisión de diversos fines mentada en la nota anterior.

### 3.2. *El peso de las tintas cargadas*

Una segunda observación que creo pertinente es que la enorme dedicación de Schauer a la cuestión metodológica puede verse en definitiva poco recompensada cuando se lee luego su propia advertencia:

«el rechazo de una visión esencialista de la naturaleza del derecho no es condición necesaria para poder apreciar la importancia de las propiedades típicas pero no necesarias del derecho. Uno puede creer que nuestro concepto de derecho tiene en efecto propiedades necesarias o esenciales pero que las propiedades no esenciales mas siempre presentes a la vez caracterizan la experiencia de la juridicidad tal como la vivimos y son merecedoras de examen filosófico»<sup>20</sup>.

Un comentario de este tipo (que aparece quizás algo “escondido” al estar en una nota al pie) puede resultar un tanto curioso. Parece entrañar, en verdad, una contradicción lógica y una pragmática. La directa contradicción lógica se presenta respecto de la afirmación – discutida en la observación anterior – según la cual de acuerdo con el enfoque esencialista de análisis la coerción pierde relevancia filosófica. Schauer primero sostiene que para dicho enfoque la coerción en efecto pierde esa relevancia, pero luego pasa a sostener exactamente lo contrario<sup>21</sup>. Por otro lado, se da una contradicción pragmática, o algo peligrosamente cercano a una, porque ¿para qué discutir con tanto empeño un cierto programa metodológico por la razón de que de la mano de ese programa un elemento de tanta importancia para el derecho como es la coerción quedaría aparentemente excluido del examen filosófico de lo jurídico, si luego se afirma que esa razón es sólo aparente, en la medida en que no es el caso que dicho programa tenga la consecuencia de quitarle interés filosófico a la coerción, en relación con el derecho?<sup>22</sup>

Aunque creo – y esto es un punto serio – que la primera contradicción queda instalada en el trabajo de Schauer, tal vez pueda ensayarse una lectura caritativa que disipe el fantasma de la segunda. De acuerdo con semejante lectura, uno podría decir que el anti-esencialismo metodológico propugnado por Schauer se vuelve reflexivamente sobre sí mismo para reconocer y dejar constancia de que no es *necesario* («esencial») rechazar el esencialismo para captar la importancia de la coerción y la fuerza para el derecho. El punto del anti-esencialismo, en el fondo, parece ser el de que debemos propender a la realización de aquella clase de estudios que en general parecen mostrarse más adecuados y convenientes para el logro de fines considerados – también en general – teóricamente más valiosos: la explicación más amplia y comprehensiva del fenómeno jurídico (y no la mera identificación de la estrecha naturaleza esencial de éste). Volviendo sobre lo dicho en la primera observación, el punto podría ponerse en los siguientes términos: no hace falta rechazar el esencialismo para el (concepto de) derecho si se tiene cuidado en no ser esencialista para (el concepto de) la filosofía, o método filosófico<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> SCHAUER 2015a, 213, n. 21.

<sup>21</sup> Tal vez por una consciencia no explicitada respecto de lo apuntado en la subsección 3.1. Pero de ser así, la gravedad de la contradicción pragmática que se menciona a continuación en el cuerpo de texto parece verse incrementada en gran medida.

<sup>22</sup> Y para ampliar la cuestión de lo “escondido” que puede resultar cierto pasaje a pie de página cuando su contenido podría suponer alguna clase de inconsistencia, nótese también que en otra nota al pie Schauer – habiéndose preocupado tanto por rechazar el enfoque esencialista de análisis del concepto de derecho – sostiene sin embargo que el derecho «es necesariamente general, y en virtud de su generalidad ocasionará inevitablemente resultados erróneos en algunas oportunidades» (SCHAUER 2015a, 200, n. 33).

<sup>23</sup> No creo haber sostenido nada que me comprometa directamente con la adopción de uno u otro enfoque, ni para el concepto de derecho, ni para el de filosofía. Mi interés aquí estriba simplemente en resaltar las *posibilidades* que la discusión entre uno y otro enfoque abre cuando se incorpora la cuestión de la aplicación de dichos enfoques al propio concepto de filosofía o método filosófico.

### 3.3. El «hombre desconcertado», en los hechos

Con este último punto llegamos a algo que ya preavisara en la sección 2 al referirme al contenido de los capítulos 5 y 6 del libro. Dentro de la discusión metodológica de Schauer, un elemento de central importancia es su apelación a estudios de carácter empírico. En particular le interesan<sup>24</sup> aquellos estudios destinados a indagar acerca de las motivaciones y causas por las que las personas obedecen (o no) distintos tipos de prescripciones y estándares normativos, con especial interés, claro, en los estándares jurídicos. Las tesis metodológicas centrales de Schauer son, como hemos visto, aquella según la cual el derecho posiblemente sea un fenómeno demasiado complejo como para que podamos conceptualizado de acuerdo a un elenco de propiedades necesarias (y aun menos: necesarias y suficientes) y aquella según la cual, a consecuencia de lo primero, debemos abocarnos filosóficamente a realizar análisis que reporten genuino contenido informativo, en tanto se refieran a lo que amplia e ineluctablemente se da en los sistemas jurídicos que de hecho están en funcionamiento, que en definitiva son lo que queremos entender mejor. Los estudios de tipo empírico (y no especulativo) serían lo que nos permite averiguar qué es aquello que de hecho se da amplia e ineluctablemente en los sistemas efectivamente en funcionamiento.

Puede decirse entonces que una tercera tesis metodológica de Schauer sostiene que el estudio general del derecho (entendiendo ese estudio a partir de su segunda tesis) debe estar basado en serias averiguaciones empíricas al respecto. Las intuiciones pueden en ocasiones ser engañosos puntos de partida, y flaco favor le hacemos a la comprensión de nuestras prácticas (a través del estudio de nuestros conceptos) si partimos de intuiciones que resultan no condecirse con el auténtico decurso y funcionamiento de éstas. Así, Schauer discute<sup>25</sup> lo que plantea como una en última instancia infundada intuición, que habría ejercido una enorme influencia en el recorrido de la teoría del derecho de los últimos cincuenta años: la idea del «hombre desconcertado» de H. L. A. Hart. De acuerdo con la exposición de Schauer, el «hombre desconcertado» de Hart es aquel que está dispuesto a obedecer el derecho tan sólo porque se trata del derecho y al margen de la consideración de cualquier tipo de sanción por desobediencia. La figura del «hombre desconcertado» sería la respuesta hartiana al «hombre malo» de Oliver Wendell Holmes Jr., aquel personaje prototípico con el que el juez y autor estadounidense promovía una comprensión del derecho basada en la atención a las decisiones de los tribunales en tanto que hechos del mundo, susceptibles de estudio empírico, y en la capacidad de predicción de resoluciones jurídicas que afecten intereses concretos de los individuos<sup>26</sup>.

La noción del «hombre desconcertado» es tomada por Schauer como la puerta de acceso a la consideración de los mentados estudios empíricos de carácter psicológico y sociológico. A pesar de su predicamento e influencia, la idea hartiana de que no contemplar la figura del «hombre desconcertado» oscurece un aspecto muy importante del efecto del derecho sobre la vida de las personas y nos redonda entonces en una comprensión deficiente o distorsionada del fenómeno jurídico, sería en definitiva implausible si como cuestión de hecho hubiese comparativamente muy poca gente que se comporte de acuerdo al modelo del «hombre desconcertado», y en cambio gran parte del cumplimiento de los mandatos jurídicos se debiera efectivamente al temor a las sanciones previstas para el caso de

<sup>24</sup> Además de los ya mentados estudios acerca de la formación, adquisición y uso de conceptos.

<sup>25</sup> SCHAUER 2015a, cap. 4.

<sup>26</sup> HOLMES 1897, 19. El «hombre malo» de Holmes es aquel interesado fundamentalmente en las consecuencias de las acciones que pueda adoptar a efectos de satisfacer sus propios intereses. El punto sería que este modelo de persona obedecería el derecho, cuando éste vaya en contra de esos intereses propios, sólo en la medida en que prevea que se le aplicarían sanciones desagradables en caso contrario, esto es, de desobediencia o incumplimiento. Como sostiene Schauer, a pesar de su denominación no se trata esta de una figura «moralmente mala» (necesariamente), sino sólo de una persona completamente autointeresada (SCHAUER 2015a, 46 s., 96 s., y 213, n. 17).

desobediencia. En esta misma línea, si es por causa de esta intuición – finalmente infundada en este sentido – que la teoría jurídica ha relegado (injustificadamente, entonces) el estudio de la importancia de la coerción (y del modelo del «hombre malo» holmesiano) para el derecho, la realización de una labor iusfilosófica fructífera nos exige la más extendida apreciación de la información empírica relevante y el consiguiente abandono de aquel presupuesto intuitivo, así como una más general precaución respecto de los basamentos intuitivos de nuestras investigaciones filosóficas<sup>27</sup>.

Aquí me interesa señalar que la presentación que Schauer hace del «hombre desconcertado» de Hart parece un tanto sesgada, en el sentido de que no creo que se condiga con la caracterización que el propio Hart provee de esta figura. Hart no introduce la figura del «hombre desconcertado» como respuesta a Holmes, sino discutiendo el precio de la distorsión que apareja la teoría de Kelsen según la cual toda norma jurídica incorpora la previsión de una sanción, y que aquellas que aparentemente no lo hacen no son, en última instancia, sino normas incompletas, fragmentos de normas que son más amplias y que, en el sentido propio kelseniano, sí establecen una sanción. En ese contexto, la característica definitoria del «hombre desconcertado» hartiano no pasa por el plano motivacional, sino por el epistémico. No se trata de que el «hombre desconcertado» se defina por su inclinación incondicional a actuar conforme a lo que el derecho sea que le exija, sino más bien por su interés en que el derecho le indique fehacientemente lo que se espera que haga; lo central es la preocupación por conocer la pauta de comportamiento a la que jurídicamente debe ajustarse<sup>28</sup>. De ser esto así, resulta algo antojadizo criticar la empíricamente falsa imagen que pinta la figura del «hombre desconcertado» acerca de las motivaciones (supuestamente ajenas a la presencia de sanciones) para obedecer el derecho: en realidad, parece que ese constructo hartiano no pinta imagen alguna a ese respecto<sup>29</sup>.

#### 4. Coerción, fuerza, sanción: el pilar teórico

Según la descripción del contenido del libro ofrecida en la sección 2, el foco exploratorio de la coerción – *lato sensu* – constituye, a grandes rasgos, el contenido de la segunda mitad de la obra. Una parte especialmente destacada en este sentido es la segunda sección del capítulo 9, que incluye definiciones de nociones que hasta entonces Schauer había estado utilizando de manera más o menos intercambiable. En ese contexto Schauer sostiene que

<sup>27</sup> Schauer enfatiza esto también en LADAVAC 2014, 380.

<sup>28</sup> HART 1961, 38-42.

<sup>29</sup> En el libro hay cuando menos una segunda lectura que me parece especialmente dudosa de la obra Hart. Mientras que Schauer es bastante expreso a la hora de negar que Hart esté comprometido con el programa metodológico esencialista que él rechaza (véase *supra*, n. 7), no es tan claro respecto de si para Hart la coerción en particular es un elemento relevante a la hora del examen filosófico de lo jurídico. Por momentos parece sostener una lectura según la cual lo es, pero en otras ocasiones parece incluir a Hart entre quienes injustificadamente le han restado importancia (y por ende, tratamiento) al rol de la coerción en el derecho. Para las consideraciones de Schauer sobre la metodología hartiana véase, *e.g.*, SCHAUER 2015a, 3 y 40 y sobre todo SCHAUER 2013; para su ambivalencia respecto del rol de la coerción en el derecho en la obra de Hart, véase SCHAUER 2015a, 2 s., 26-31, *passim*. Respecto del anti-esencialismo hartiano que Schauer afirma con contundencia, diré que estoy de acuerdo al menos en lo que el contexto de la obra hartiana más conocida e importante – *The Concept of Law* – se refiere. Es destacable sin embargo que tal vez las cosas no siempre fueron así para el propio Hart: al respecto pueden verse las consideraciones metodológicas que formula en la sección II de su recientemente «aparecido» y publicado trabajo (que en realidad es más bien un apunte bastante elaborado) «Discretion», de redacción anterior a *The Concept of Law*. (HART 2013). En cambio, sobre las dudas acerca de si Hart haya restado relevancia teórica al factor coercitivo, creo – con Pintore – que hay muchas y muy buenas razones para pensar que no es ese el caso: véase PINTORE 2014.

«las sanciones son lo que el derecho impone en caso de no acatamiento de los mandatos jurídicos; que la aplicación de la fuerza -fuerza física- está entre las sanciones que el derecho tiene a su disposición; que el derecho es coercitivo en la medida en que sus sanciones proveen de motivaciones a las personas para que por causa misma del derecho hagan cosas distintas de las que habrían optado hacer de no estar éste de por medio; y que el derecho ejerce compulsión cuando su fuerza coercitiva de hecho induce el mencionado cambio en el comportamiento»<sup>30</sup>.

La inclusión de dichas (re)definiciones y consideraciones a esa altura del libro es muestra de dos puntos, según creo. Por un lado – y la razón por la que comenzar con esto la presente sección, luego de haber hecho algunos comentarios respecto de la parte metodológica – de que, a pesar del título de la obra, una gran parte de ésta es, en efecto, de carácter metodológico. Por el otro, de que, en consonancia con alguna de las tesis metodológicas complementarias que defiende, Schauer sólo está dispuesto a regimentar el uso de los términos relevantes para la práctica que es su objeto de estudio de manera secundaria, esto es, habiendo antes considerado no sólo la cuestión metodológica misma, sino también la relación entre derecho y fuerza de manera amplia y genérica, para ir refinando de a poco dichas consideraciones. Adviértase también que la cuestión – digamos – «lingüística», *i.e.*, el análisis de los términos utilizados en la práctica jurídica, es algo que para Schauer resulta, aunque relevante, sólo parte de un examen mucho más amplio del *fenómeno* jurídico. Es en este sentido en que se comprende mejor tanto que, en efecto, Schauer ofrezca definiciones de ciertos términos, dado su programa metodológico (porque las definiciones parecen indefectiblemente estipular – aun si implícitamente – condiciones necesarias para la aplicación de los términos definidos), como que éstas estén incluidas en un estadio tan avanzado de su libro.

No obstante, un problema de la obra es que la cantidad y variedad de consideraciones respecto de la coerción – *lato sensu* – que Schauer formula se vuelven, por varios momentos, un complejo demasiado difuso y de conexiones internas un tanto borrosas. Tal vez ese sentido lato resulte demasiado lato. Por ejemplo, antes de ofrecer sus definiciones, Schauer dedica básicamente un capítulo entero (el 8) a los incentivos positivos (promesas de premios, recompensas, etc.) que el derecho tiene a su alcance para obtener el cumplimiento de sus prescripciones, y allí insinúa<sup>31</sup> que tanto éstos como los incentivos negativos (amenazas de castigos) podrían quedar incluidos en el concepto, más general, de *sanción/coerción* (aunque reconociendo un tipo de primacía que el castigo parece tener frente a la recompensa). Y como podrá apreciarse, esto no se condice con su posterior definición para dichos términos. El análisis que Schauer también hace de muchísimos otros dispositivos<sup>32</sup> a través de los cuales el derecho podría inducir al cumplimiento de sus disposiciones, parece asimismo tener el carácter general de insinuación o sugerencia de que se trata de dispositivos que podemos reunir bajo una noción amplia y compre(he)nsiva de *sanción/coerción*.

Pero el costo de esta movida es doble. Por una parte, choca con (o al menos no invita a) la realización de análisis que pretendan mayor exhaustividad y detalle y con ello nos provean de más criterios, y más claros, de *distinción* entre estos dispositivos y sus respectivas características y modos de funcionamiento. Por otra parte, parece constituir una suerte de definición implícita de *sanción* que (i) nuevamente, nos presenta una inconsistencia con su posterior definición expresa y (ii) podría tal vez resultar tachable como petición de principio, en la medida en que Schauer se base en estas consideraciones (tomadas en tanto que esa definición implícita y muy amplia de *sanción/coerción*) para sostener que, en efecto, la *sanción/coerción* es un componente omnipresente en el derecho.

<sup>30</sup> SCHAUER 2015a, 129.

<sup>31</sup> SCHAUER 2015a, 112-114 y 120-122.

<sup>32</sup> Desde la prisión, la deportación y la nulidad de transacciones, a la instalación de badenes en las calles y de cortafuegos para la prevención de *hackeos* informáticos, pasando por el pago de impuestos y los incentivos positivos mencionados, como ciertos premios, subsidios y recompensas.

Vale la pena relacionar esto último con otra cuestión, puntual, que Schauer toca en su libro. Ello puede servir para ilustrar más el punto precedente. En la sección primera de su capítulo 5, Schauer expone y analiza los conocidos *experimentos Milgram* en cuanto a lo que puedan o no enseñarnos sobre la obediencia al derecho por la simple razón de que se trate del derecho. En la sección siguiente se pregunta por una posible objeción a su análisis. Dicho análisis parecía estar edificado sobre la base de la distinción entre el derecho y la moral y otros complejos normativos, y la objeción pasa por considerar que sus anteriores disquisiciones acerca de la (in)dependencia, respecto del derecho, de nuestros juicios sobre qué hacer, no podrían ser acertadas si tuviésemos buenas razones para no partir de una distinción entre el derecho y otros fenómenos normativos tal como Schauer hace. Como es obvio, si cambia la concepción sobre qué es derecho, cambiará también la concepción de qué puede contar como (in)dependiente del derecho.

Schauer relaciona esta objeción con la teoría de Ronald Dworkin, quien sostendría una «espaciosa» concepción del derecho, que no distingue entre el derecho y esos otros fenómenos normativos. La réplica que entonces ofrece a esta posible objeción es que

«una comprensión del derecho como la de Dworkin excluye por definición lo que de otro modo constituiría un espectro de importantes cuestiones. De manera más significativa, una tan espaciosa concepción del derecho hace virtualmente imposible la determinación del efecto que tiene sobre las decisiones de los jueces, diseñadores de políticas públicas y el público en general lo que la persona ordinaria y el funcionario ordinario consideran que es derecho»<sup>33</sup>.

La pregunta que surge es entonces si el propio Schauer no cae en problemas similares al que denuncia en Dworkin, por sostener una concepción demasiado «espaciosa» de sanción/coerción. Para empezar, tras este pasaje parece encontrarse una preocupación por otorgarle peso<sup>34</sup> a la consideración ordinaria y generalizada de lo que el derecho sea, con prescindencia de los resultados de diversos análisis académicos o, si se quiere, técnicos. Sin embargo, Schauer no muestra que la comprensión *folk* de ninguna comunidad en particular de hecho congloba bajo el manto de la noción de *sanción* (o *coerción*) los muchos dispositivos que él trata como aparentemente a disposición del derecho para inducir el cumplimiento de sus prescripciones. Y que el propio Schauer sí parece reunir bajo dicho manto.

Por otro lado, es él mismo quien con dedicación nos muestra las muy diferentes formas en que esos diversos dispositivos pueden afectar e incidir en nuestra toma de decisiones, nuestra vida práctica. En este sentido, podría hasta decirse que el primer *coste* de su examen al que me referí más arriba no es tal, que no debe ser temido. Pero el problema persistiría, porque si el detalle de su examen resulta fructífero, la consideración de todos esos dispositivos dentro del fenómeno (y la conceptualización de) la coerción, no podría sino tener la consecuencia de mostrarnos que lo relevante e interesante para seguir examinando son esos mismos dispositivos, en sus diferencias de detalle pero que son muy importantes al fin, y no la tan amplia y difusa noción de coerción que surgiría de reunirlos indiscriminadamente. Prácticamente lo opuesto a lo que el propio Schauer ofrece como razón y motivación para volver a poner la relación entre el derecho y la coerción en el centro de la agenda iusteórica.

La introducción posterior de definiciones no parece clarificar demasiado el panorama de su propio análisis, en la medida en que si queremos obtener provecho en limpio de éste debemos ser capaces de retraducir sus consideraciones previas en términos de las nociones por Schauer redefinidas. He mencionado ya cómo puede resultar al intentarlo que, más bien, nos encontremos por el contrario con genuinos problemas de inconsistencia<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> SCHAUER 2015a,70.

<sup>34</sup> Por supuesto, no necesariamente determinante, excluyente de todo otro análisis.

<sup>35</sup> Schauer se refiere en un pie de página muy posterior a las razones para distinguir entre derecho y sistema jurídico. Expresamente, sostiene que hay muchas razones para trazar la distinción. Y hace referencia, desmarcándose de ello, a que

## 5. Palabras finales

Tras una breve reseña del contenido de *The Force of Law*, de Frederick Schauer, he intentado señalar algunos puntos, de detalle, que creo pueden suscitar discusiones. En este sentido, nada de lo que he expuesto puede considerarse más que brevemente indiciario de dichas discusiones.

Por supuesto, el libro cuenta con una gran cantidad de virtudes. Espero que la reseña del contenido ya pueda en sí misma despertar intereses varios. Algunos de los análisis de Schauer resultan ampliamente iluminadores y sugerentes, como el relativo a la relación de prelación que hay de los castigos y sanciones negativas respecto de otros estímulos positivos a la adecuación de las conductas a los estándares jurídicos, su relectura del rol de la coerción para el derecho en las obras de Bentham y - en especial- Austin, el examen que ofrece del papel de la coerción en el derecho privado y el de la relación entre normas jurídicas y normas sociales. Creo que es fundamental la inversión que Schauer hace en la presentación y análisis de estudios de tipo empírico, relativos a cuestiones que no pueden sino interesar a quien busque una comprensión general, que sea completa y acurada, del fenómeno jurídico. Este elemento le da al libro una provechosa nota de interdisciplinariedad.

El trabajo es el primero de la corriente analítica de la iusfilosofía anglosajona en examinar de manera sistemática y de largo aliento el lugar y valor de la coerción y la fuerza en la comprensión general del derecho. Ello, sumado a las virtudes recién mencionadas, así como a la sencillez de la prosa en que está escrito y la buena cantidad de ejemplos e ilustraciones que maneja, hacen que *The Force of Law* esté llamado a alcanzar un público amplio, no restringido a los expertos en la teoría del derecho, sobre el vehículo de su atractiva combinación entre un análisis riguroso y una prosa adecuada a la divulgación. En tanto, en el más específico ámbito de la teoría del derecho, el libro se presenta como una valiosa contribución a las discusiones metodológicas que en los últimos veinte años se han venido acrecentando<sup>36</sup>, y como una sólida plataforma desde la que emprender más estudios y revisiones sobre la relación el derecho, la fuerza, y otras formas del poder.

para Dworkin, que defiende «una concepción muy espaciosa del derecho», la distinción se vuelve mucho más difícil de trazar, en la medida en que dicha concepción «entiende a la mayor parte de los elementos utilizados por los jueces como derecho» (SCHAUER 2015a, 228 s., n. 3; 69 s.). Al respecto, puede señalarse que, de acuerdo con lo que he dicho en el cuerpo central de texto, el propio Schauer quizás haga algo análogo, en definitiva, en cuanto su concepción de la sanción/coerción sea demasiado «espaciosa». Además, la razón de esta excesiva amplitud en Dworkin es según Schauer el carácter más bien sociológico de su concepción del derecho («entiende a la mayor parte de los elementos utilizados por los jueces como derecho»), pero el propio Schauer coquetea con el sostenimiento de una concepción del mismo tipo en ciertas partes de su libro: SCHAUER 2015a, 120-123, 155 (incluso con referencias a Dworkin mismo). Marginalmente, puede también destacarse lo curioso de que Schauer no dedique atención a una de las tesis fundamentales de la teoría del derecho de Dworkin, que gira específicamente en torno a la idea de coerción, a saber, que toda interpretación jurídica (con el amplísimo alcance e importancia que en esa obra tiene la noción de *interpretación*) ha de estar dirigida, en última instancia, a proveer una justificación para el ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado (véase SCHAUER 2015a, 175, n. 25; para la tesis de Dworkin, véase DWORKIN 1986, 93 y 190).

<sup>36</sup> Sólo por dar algunos ejemplos de estas discusiones, puede mencionarse a BIX 1995, DICKSON 2001, PERRY 2002, LEITER 2006, RAZ 2009, GIUDICE *et al* 2010.

*Bibliografía*

- BIX B. 1995. *Conceptual Questions and Jurisprudence*, en «Legal Theory», 1, 1995, 465 ss.
- BLACK M. 1954. *Problems of Analysis: Philosophical Essays*, Ithaca, Cornell University Press, 1954.
- DICKSON J. 2001. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
- GIUDICE M. et al 2010 (eds.). *The Methodology of Legal Theory - Vol. I*, Farnham, Ashgate, 2010.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2º ed., ed. by P. Bulloch, J. Raz, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HART H.L.A. 2013. *Discretion*, en «Harvard Law Review», vol. 127, nº 2, 2013, 652 ss.
- HOLMES O.W. 1897. *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975 (ed. or. *The Path of the Law*, 1897, trad. E. Russo).
- LADAVAC N. 2014. *Entrevista a Frederick Schauer*, trad. J. Ibarra Cárdenas, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 37, 2014, 375 ss.
- LEITER B. 2006. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, en Bix B., HIMMA K. (eds.), *Law and Morality*, Dartmouth, Ashgate, 2006, 405 ss.
- PERRY S. 2002. *Method and Principle in Legal Theory*, en «Yale Law Journal», 111, 2002, 1757 ss.
- PINTORE A. 2014. "A Rule-Governed Gunman Writ Large?" *El puesto de la coerción en The Concept of Law*, trad. J.M. Sauca, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 37, 2014, 125 ss.
- RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RAPETTI P.A. 2015. *Estudio preliminar: Ángeles a punta de pistola*, en SCHAUER 2015b.
- SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1991.
- SCHAUER F. 2009. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SCHAUER F. 2013. *Hart's Anti-Essentialism*, en DOLCETTI A., DUARTE D'ALMEIDA L., EDWARDS J. (eds.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 237 ss.
- SCHAUER F. 2015a. *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
- SCHAUER F. 2015b. *Fuerza de ley*, Lima, Palestra, 2015 (ed. or. SCHAUER F. 2015a, trad. P.A. Rapetti).
- SEARLE J. 1969. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophical Investigations*, 4º ed., trad. G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker, J. Schulte, Oxford, Basil Blackwell, 2009 (ed. or. *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell, 1953).