



The Force of Law

Schauer, Frederick

Cambridge–Massachusetts / London.
Harvard University Press, 2015. 240 páginas.

Frederick Schauer fue profesor originalmente en la Universidad de Michigan y es actualmente profesor emérito de la *Kennedy School of Government* de la Universidad de Harvard y dicta clases como *David and Mary Harrison Distinguish Professor* en la Universidad de Virginia. Asimismo, fue editor fundador de la revista *Legal Theory* y ha sido miembro del Comité de Filosofía del Derecho de la *American Philosophical Association*. Se ha especializado en Derecho Constitucional Norteamericano, en especial en lo referido a la libertad de expresión y, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, se ha centrado en la teoría de la argumentación jurídica, principalmente en su libro *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. También ha escrito otros libros: *Free Speech: A Philosophical Enquiry*; *Playing by the Rules*; *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, y, en último lugar, el que ahora se presenta: *The Force of Law*.

En este libro, el profesor norteamericano retoma la lucha del positivismo jurídico más ortodoxo contra las versiones más diluidas de esa corriente, en especial las que tienen sus raíces en el pensamiento de Herbert Hart (1907–1992). Es bien sabido que la jurisprudencia (o Teoría del Derecho) analítica tuvo su desarrollo originario en Gran Bretaña y luego en el resto de los países anglosajones, a partir de la obra de Jeremy Bentham (1748–1832), continuada luego por su discípulo John Austin (1790). Para estos dos últimos autores, la principal característica distintiva del derecho frente a los restantes ordenamientos sociales es la de ser invariablemente coactivo, es decir, estar necesariamente acompañado

de la amenaza de una sanción para los incumplidores. Esta tesis, elogiada por su simplicidad, fue reiterada y desarrollada todo a lo largo del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX por una buena parte de la *Jurisprudence* anglosajona.

Pero en 1961 apareció el importante libro de Herbert Hart *The Concept of Law*, en el cual el profesor de Oxford se apartaba de la tesis benthamiana y sostenía que la coerción no era un elemento necesario del derecho, sino algo marginal, y que la internalización de las reglas jurídicas es suficiente en la mayoría de los casos para asegurar su cumplimiento efectivo. En la saga del profesor de Oxford, toda una serie de filósofos del derecho —en especial Joseph Raz (1939)— atacó la tesis de la coerción como característica necesaria (esencial) del derecho y fundamento de su definición, y comenzó a desarrollar una doctrina jurídica según la cual era posible definir al derecho sin referencia a su elemento coactivo. En este sentido, para estos autores existían toda una serie de normas jurídicas que concedían poderes (de testar, de contratar, de casarse, de viajar al extranjero, etc.) que no contenían —o no principalmente— una referencia al uso de la fuerza; asimismo, toda una serie de reglamentos y directivas administrativas, en definitiva jurídicas, no hacían referencia a sanciones y existían ámbitos completos del derecho que funcionaban aceptablemente sin incluir necesariamente la fuerza física; por otra parte, se discutía si instituciones jurídicas como la nulidad o las recompensas podían equipararse con las sanciones, y así sucesivamente. Esta doctrina de la no necesaria coercibilidad de la ley jurídica, es actualmente la más difundida y la opción por defecto en los debates que tienen lugar en el pensamiento contemporáneo.

Contra esta explicación estándar del derecho se organiza el presente libro de Schauer, quien intenta reflotar la concepción benthamiana de lo jurídico, reformulándola de modo de no caer en las más frecuentes críticas que se le han hecho —y se le hacen— por parte de los autores más difundidos. Esta revalorización de la tesis coactiva del derecho la realiza Schauer desde una perspectiva claramente empirista, que no puede ser calificada como estrictamente filosófica sino más bien como sociológica o psico-sociológica, ya que dedica la mayor parte del libro al estudio de las motivaciones de la conducta jurídica y al impacto social de las diferentes formas de la coacción —habla de “arsenal” de la coerción— así como de la influencia de las normas sociales sobre el derecho y viceversa. Además, su principal referencia bibliográfica consiste en una serie

de estudios de carácter empiriológico acerca del uso de la fuerza por el aparato estatal y de su repercusión en la vida social y jurídica.

Schauer reconoce que la teoría de Bentham y Austin de la coerción jurídica como necesaria al derecho resulta fuertemente limitada, principalmente en razón de su restricción casi total al ámbito del derecho penal y su exclusión del ámbito de la coerción de toda una serie de medidas que el autor norteamericano considera innegablemente jurídicas: las retribuciones o recompensas (*rewards*), las nulidades, las pérdidas y atribuciones de derechos, etc. Para Schauer, todas esas medidas y varias otras más, que el autor estudia con gran detalle, implican necesariamente coerción y un cierto uso de la fuerza, ya que en última instancia será la policía la que hará cumplir las obligaciones que se derivan de las normas que las establecen.

Pero luego de haber dedicado la mayor parte del libro a la defensa de la afirmación de que las leyes jurídicas implican prácticamente siempre el uso de la fuerza, es decir, que la fuerza es un fenómeno que invade todo el derecho, el autor cae en un dilema aparentemente insoluble: la coerción está siempre presente (directa o indirectamente) en el derecho, pero no puede decirse que le sea “esencial” o propia de su “naturaleza”, toda vez que considera que esos conceptos son “misteriosos” y no se pueden utilizar en sede científica.

Si –escribe Schauer– poniendo aparte las cuestiones acerca de conceptos y naturalezas y otras entidades misteriosas, queremos simplemente comprender el fenómeno del derecho, tal como lo conocemos y lo experimentamos; [...] incluso si ponemos aparte la posibilidad de que la coerción defina al derecho o sea un componente necesario del derecho, es contra-intuitivo rehusarse a reconocer que es ubicua en el derecho [y que] constituye una parte significativa de lo que diferencia al derecho de otras instituciones públicas (pp. 158–159).

Ahora bien, si un elemento diferencia al derecho de otras instituciones y está siempre (es ubicuo) en él, es precisamente lo que la filosofía ha denominado por siglos una “característica esencial” o “conceptual” y propia de su “naturaleza”, por más que un prejuicio empirista impida al autor reconocer esos calificativos y considerarlos “misteriosos”. Este es el resultado de la asunción de un indudable

prejuicio empirista y anti–metafísico, que conduce a una paradoja en la que se debate el autor en varios pasajes del libro: la de defender a la coerción en el derecho como un elemento omnipresente, que sirve para diferenciarlo de los demás órdenes normativos y para conocerlo, pero que resulta ser meramente contingente, sin ningún vínculo necesario –sería “esencial”– con la realidad del derecho. En definitiva, se trata de un intento de revalorizar en nueva clave la pretensión paleo–positivista de identificar el derecho con la mera fuerza (*raw force*), que se frustra, entre otras cosas, por la asunción de prejuicios empiristas y de un reductivismo positivista que parecía ya superado definitivamente.

Carlos I. Massini Correas¹

Recibido: 10/08/2017 – Aceptado: 28/08/2017

¹ Abogado, Doctor en Derecho, Doctor en Filosofía. Profesor titular ordinario de Filosofía del Derecho en Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo; de Ética en la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires; Visiting Scholar en las universidades de Münster, Notre Dame, Navarra, La Coruña, Panamericana de México, Los Andes de Chile, entre otras. Ha publicado treinta libros y más de doscientos artículos científicos en América y Europa. Ha sido investigador Principal de CONICET y becario del servicio Alemán de Intercambio Académico DAAD. Ha ejercido varios cargos directivos universitarios y dirigido carreras de doctorado e institutos de Investigación.