

Fuerza de Ley.

Frederick Schauer
(2015), Palestra Editores,
Lima, 385 pp.

Heber Joel Campos Bernal¹
Pontificia Universidad Católica del Perú
hcampos@pucp.pe

Soy profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas. Cuando empiezo un nuevo semestre siempre les pregunto a mis alumnos: ¿Qué es para ustedes el derecho? Sus respuestas son variadas. No espero respuestas concluyentes. Mi intención es conocer cuál es, desde su punto de vista, la definición que poseen de esta disciplina. Sus respuestas, por lo general, suelen ser las siguientes: i) el derecho es un conjunto de normas, y ii) el derecho es un instrumento para resolver conflictos (sociales, políticos, y económicos). Sus respuestas me generan dudas, entonces, vuelvo a preguntar: ¿y en qué se diferencian las normas jurídicas de, digamos, las normas morales o religiosas? Me responden: en que las primeras pueden ser impuestas por el Estado. Las normas jurídicas gozan de un atributo que no se presenta en las demás normas: su cumplimiento obligatorio.

¿Qué quiere decir que una norma es obligatoria?, ¿qué quiere decir que una norma puede ser impuesta por el Estado recurriendo, incluso, a la fuerza?, ¿Las normas jurídicas se distinguen de las demás normas solo por esa cualidad?, ¿cumplimos las normas por temor o porque nos identificamos con ellas?, y, por último, ¿qué significa que se haga uso de la fuerza para obligarnos a cumplir las normas?

En *Fuerza de Ley (The Force of Law)* Frederick Schauer intenta responder a estas interrogantes. Lo hace desde un enfoque que posee un aire de familia con una corriente iusteórica muy afamada: el positivismo analítico. La aproximación de Schauer, como veremos, es sugerente e ingeniosa, y vale la pena prestarle atención, pues contrasta con otras que sobre el particular han avanzado autores como Bentham, Austin o Hart.

En las líneas que siguen presentaré, grosso modo, algunas de las ideas más importantes desarrolladas por Schauer en este libro. Me importa resaltar, en esa medida, las preguntas que propone, las cuales giran, principalmente, en torno a las implicancias de la coerción estatal en la definición del derecho y en los motivos –las

¹ Abogado y Magister en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la PUCP.

razones psicológicas— que hacen que adaptemos nuestro comportamiento a las normas.

Frederick Schauer es profesor de Filosofía y Teoría del Derecho en la Universidad de Virginia. Antes fue profesor y Decano de la *John F. Kennedy, School of Government*, de la Universidad de Harvard. En dicho centro de estudios se especializó en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, referida al derecho a la libertad de expresión. Su campo de reflexión comprende tanto el derecho constitucional como el razonamiento legal.

Schauer es conocido entre nosotros por la traducción de *Las reglas en juego* (2004) (*Playing with rules*) y *Pensar como abogado* (2012) (*Thinking as a Lawyer*). Ambos dan cuenta de su interés por la filosofía del derecho y, en especial, por la argumentación jurídica.

En *Las reglas en juego* Schauer plantea un examen crítico de la naturaleza de las normas y las divide, siguiendo el legado de Hare o Austin, entre reglas descriptivas y reglas prescriptivas. Las primeras son aquellas que aluden a hechos o datos de la realidad. Mientras que las segundas son aquellas que buscan modificar o alterar nuestra conducta. Dentro de estas últimas, a su vez, es posible distinguir entre sugerencias o recomendaciones y entre mandatos u órdenes. Las normas jurídicas se inscriben de lleno en el segundo grupo. Schauer considera que las reglas constituyen generalizaciones probabilísticas, que presentan una relación dinámica entre su predicado fáctico y sus razones subyacentes².

En *Pensar como abogado* Schauer centra su atención en las instituciones básicas del derecho. Explica qué son las normas y qué rol cumplen en los sistemas jurídicos. Explica, asimismo, cuál es la relación entre la moral y el derecho y qué implicancias tiene en la interpretación de las normas. Por último, se ocupa de las fuentes y la influencia que, poco a poco, ha ido adquiriendo la jurisprudencia en la práctica del derecho en el mundo contemporáneo.

Se trata, por decirlo en términos simples, de un manual donde nuestro autor vuelca su experiencia de más de 30 años como profesor y teórico del derecho.

En *Fuerza de Ley* Schauer discute un problema distinto. Esta vez no se ocupa ni de las reglas, ni del razonamiento legal. Su punto de mira consiste en la naturaleza del derecho y el rol que juega la coerción estatal en ella. En este libro Schauer desarrolla una línea argumentativa que lo lleva a desafiar la tradición iusfilosofica imperante, según la cual la naturaleza del derecho reside en los principios y fundamentos morales de la comunidad política, antes que en la fuerza y en la autoridad del Estado para ejercerla³.

Un problema, entonces, para Schauer es que los filósofos del derecho —a lo Hart— se hallan concentrados en encontrar cualidades intrínsecas o esenciales del derecho, antes que cualidades contingentes o provisionales. Las cualidades

² Para Schauer al desfase entre las razones probabilísticas y los hechos o circunstancias de la realidad se lo denomina: experiencias recalcitrantes. Estas pueden darse por sobre inclusión, cuando la razón subyacente de una norma abarca supuestos que no deberían ser considerados por ésta, y por sub inclusión, cuando, a su vez, la razón subyacente de una norma deja de lado supuestos que sí deberían ser considerados por ésta por compartir los mismos principios morales o sentidos valorativos.

³ Schauer pone en cuestión las ideas avanzadas, por ejemplo, por Tom Tyler, para quien las personas obedecen las normas, esencialmente, por razones morales antes que por temor al uso de la fuerza. Vid. T. Tyler (2015).

esenciales son aquellas que pueden predicarse del derecho en cualquier tiempo o lugar. Las cualidades contingentes, en cambio, son aquellas que solo pueden predicarse en función de ciertos elementos o aspectos en concreto. La coerción es una cualidad contingente del derecho. Puede echar luz sobre un aspecto muy importante de la práctica jurídica, pero no explica –ni pretende explicar– otros tan o más significativos que éste. Para Schauer los individuos cumplimos las normas no solo por temor a la imposición de sanciones, sino también por razones morales o éticas. El punto es que éstas últimas no permiten comprender qué es el derecho y qué lo hace tan decisivo para la convivencia armónica.

“Nuestro interés por el derecho es en gran parte un interés en el derecho en la medida en que tiene consecuencias causales, y para ese propósito la distinción entre el derecho que hace una gran diferencia en el comportamiento y el que no hace diferencia alguna es de central importancia. Si estamos interesados en la obediencia al derecho, debemos enfocarnos en el efecto del derecho sobre las personas que, de no haber sido por el derecho mismo, habrían hecho algo distinto del contenido que prescriben los mandatos jurídicos” (Schauer, 2015: 155).

Schauer presenta la historia del derecho desde la mirada de la coerción estatal. En su relato destacan los nombres de autores como Bentham y Austin. Para el primero las normas deben ser lo más claras y transparentes posible. Para Bentham el incentivo para que las normas sean ambiguas es el fin de lucro. Bentham solía decir por ello –y así lo resalta nuestro autor– que “[...] la indeterminación y la complejidad contribuían a la conspiración, incrementando los ingresos de los abogados y el poder de los jueces en detrimento del bien común. Con toda seriedad (el único modo en que parece se manejaba), Bentham sugirió en relación con esto que debería ser contrario a derecho que se cobrara dinero a cambio del asesoramiento jurídico. Creía que si hubiera una prohibición tal, los incentivos para hacer del derecho algo más complejo y menos accesible para el ciudadano común desaparecerían” (p. 78).

Austin, siguiendo la misma senda que el autor de *“Un Fragmento sobre el gobierno”*, considera que las normas deben ser puntuales. A su juicio, estas deben consistir en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas. Para Austin las normas pueden ser definidas como órdenes dadas por un soberano. Schauer considera por ese motivo que para Austin: “[...] el derecho era simplemente el mandato del soberano respaldado por la amenaza del castigo ante el incumplimiento. Y según él se seguía de ello que tener una obligación jurídica era, de manera igualmente simple, ser el destinatario de un mandato respaldado por una amenaza. Paralelamente, Austin entendió el mandato como la expresión de un deseo o interés, pero, a diferencia de otras expresiones tales –pedidos, aspiraciones o esperanzas, por ejemplo un mandato era la expresión de un deseo o interés respaldado por “el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho” (pp. 88-89).

Tanto Bentham como Austin son, a decir de nuestro autor, parte de la tradición de la filosofía del derecho analítica que puso de relieve el papel de la coerción estatal en la definición y comprensión de los sistemas jurídicos. Ambos autores destacan la importancia de pensar el derecho a la luz de las órdenes dadas por un soberano. Para Schauer dicha tradición no se ha agotado. Por el contrario, tiene un matiz que no estaba presente en sus inicios y que él busca, por tanto, revelar.

Así, en la línea de lo anotado, hay un autor que constituye un punto de quiebre en la senda de Bentham y de Austin. Este es, qué duda cabe, H.L.A. Hart. Para el autor de *“El concepto del derecho”* las normas no consisten únicamente en órdenes o mandatos de un soberano. Estas comprenden también normas de segundo orden o secundarias. Entre estas últimas se hallan: la denominada regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las de adjudicación. Las normas de segundo orden, a diferencia de las normas primarias o deónticas, no remiten, necesariamente, a sanciones. Se trata de normas que sirven para aplicar e interpretar otras normas. La sanción o el castigo no son, en ese sentido, elementos inherentes a éstas.

Según Schauer:

“La crítica de Hart al modelo austineano se centraba en dos asuntos principales. El primero era la continuidad con las objeciones anteriores hechas por Pound y otros: que mucho de lo que generalmente se entiende como derecho queda o bien ignorado o bien explicado de forma poco satisfactoria, por una teoría basada en la sanción. Pero Hart llevó estas críticas aún más lejos. No solo volvió a enfatizar que la coerción no parece explicar el estatus jurídico de los contratos, testamentos, créditos y otras operaciones jurídicas facultativas, sino que también exploró un tema brevemente apuntado por Pound y Allen: el papel primeramente constitutivo del derecho respecto de esa clase de arreglos. En efecto, en su lección inaugural como catedrático de teoría del derecho, en 1953 en Oxford, desarrolló un tema que luego sería prominente en la discusión de John Searle entre reglas constitutivas y regulativas. Las reglas regulativas, el tipo más familiar de regla, gobiernan conductas cuya existencia es lógicamente anterior a las reglas mismas” (p. 112).

Para Hart, por tanto, pueden existir normas que no impliquen, necesariamente, la imposición de sanciones. Estas serían las denominadas normas secundarias, que cumplen una función, por decirlo de alguna manera, meta jurídica: establecen las condiciones y el modo de aplicación de las normas primarias.

Lo anterior se asocia con la idea de que las personas cumplen con lo que prescriben las normas también por consideraciones morales o éticas. Esta idea es expresada por Hart en *El concepto del derecho*, cuando afirma: “Es indudable que el derecho no es la situación del asaltante a gran escala y es indudable que el orden jurídico no ha de ser entonces identificado simplemente con la compulsión” (p. 364). Para Hart, como señala Schauer, no queda duda de que la fuerza no es un elemento esencial del derecho. Para este autor lo realmente característico de los sistemas jurídicos modernos es la presencia de normas primarias y secundarias, y dentro de este último grupo, de una regla de reconocimiento que permite discriminar entre lo que puede ser o no considerado como derecho.

Schauer coincide con Hart hasta cierto punto. El profesor de la Universidad de Virginia no discute que la coerción estatal, la fuerza, sea –o pretenda ser– un elemento esencial de la naturaleza del derecho. De hecho, sostiene que no es así, y que la coerción cumple una función de otro tipo. Sin embargo, considera que al margen de esta afirmación, es necesario prestar atención al rol que juegan las amenazas en la dinámica y funcionamiento de los sistemas jurídicos. En sus propios términos:

“El derecho hace mucho más que solo controlar, amenazar, castigar y sancionar y no siempre necesita de la coerción para hacer lo que puede

hacer. Pero el hecho de que la coerción no sea todo el derecho, ni una característica definitoria de éste, no quiere decir que no sea nada para el derecho, ni una parte irrelevante de éste. Relegar el aspecto coercitivo del derecho a los márgenes del interés teórico es perverso. Y con ello, la adopción de una concepción de la filosofía del derecho que facilite tal marginación lo es todavía más.” (pp. 377-378).

Entre dichas funciones se hallan, por ejemplo, el permitir que las personas adapten su comportamiento a lo que prescriben las normas. Lo que sanciona el derecho no siempre se asume de forma natural; sin embargo, es posible que con el paso del tiempo se interiorice lo que ordena. El derecho juega, en ese sentido, un papel de adaptación frente a lo que, en un principio, los individuos rechazan. Lo que hace entonces que esta situación cambie es la observación y la repetición continuas de determinadas reglas y hábitos. Son estas las que, en el fondo, contribuyen a que adaptemos nuestra conducta a lo que exige el derecho:

“[...] el efecto del derecho sobre las actitudes puede estar en función de la bien fundada conclusión, en el campo de la psicología, de que las preferencias de la gente a menudo cambian como consecuencia de las elecciones forzadas. En la medida en que el derecho (o algo más) compele a las personas a adoptar comportamientos inconsistentes con sus preferencias previas, hay algunos mecanismos, de entre los que destaca el deseo de reducir la disonancia cognitiva, que bien pueden llevar a las personas a adaptar sus preferencias a lo exigido por el derecho. Podríamos llamar a este proceso como de simple persuasión, pero la idea de adaptación parece más cercana a lo que acontece” (pp. 342-343).

Otra función relevante es prevenir que “las buenas personas hagan lo que creen que son buenas cosas, por buenas razones” (pp. 375-376). Para Schauer los individuos sobreestimamos nuestra capacidad de comprensión de la realidad. De tal manera, que hacemos, a veces, lo opuesto de lo que queremos hacer. Eso se debe a que pensamos que las razones que nos impulsan a actuar son, en un sentido general, las mejores razones disponibles. Schauer considera que ello no es así, y que el derecho, felizmente, se sirve de la coerción para ayudarnos a distinguir la realidad de nuestros deseos.

“Que el 80% de los conductores crea que conduce con una habilidad superior a la media no habla solo de la conducción sino también de la bien documentada tendencia de la gente a tener una gran confianza en sus propias habilidades y en su propio juicio, una confianza que a menudo es injustificada” (p. 376).

La pregunta última de Fuerza de Ley es ¿por qué obedecemos el derecho? Schauer considera que no hay respuestas definitivas a esta pregunta. No es cierto que lo hagamos solo por temor al uso de la fuerza –como pensaba, por caso, Austin–, pero tampoco lo es que lo hagamos solo por razones morales o éticas. El punto, sin embargo, no es ese. La cuestión principal es entender que rol cumple el uso de la fuerza en la dinámica del derecho *qua* derecho, y de qué modo ello nos ayuda a comprender aspectos que, a primera vista, resultan ambiguos o borrosos. Aspectos como el autointerés, la presión social, la adaptación, las fuentes del derecho, etc. El uso de la fuerza si bien no ayuda a explicar en qué consiste la naturaleza del derecho, si contribuye a entender cuál es la relación entre las normas y su legitimidad, y qué hace que algunas disposiciones sean aceptadas, de forma más sencilla, que otras.