



FREDERICK SCHAUER

Profesor de Derecho de la Universidad de Virginia

FUERZA DE LEY

Traducción y estudio preliminar de
Pablo Ariel Rapetti

Palestra Editores
Lima — 2015



POSTPOSITIVISMO Y DERECHO
- SERIE MAYOR -

Dirección

SUSANNA POZZOLO
Universidades de Brescia y Génova
RAFAEL ESCUDERO
Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PAOLO COMANDUCCI
Universidad de Génova
MARINA GASCÓN
Universidad de Castilla-La Mancha
RICCARDO GUASTINI
Universidad de Génova
MARISA IGLESIAS
Universitat Pompeu Fabra
LUIS PRIETO SANCHÍS
Universidad de Castilla-La Mancha
MARÍA CRISTINA REDONDO
Universidad de Génova

FUERZA DE LEY

Frederick Schauer

Primera edición, octubre 2015

Traducción de la obra original: *The Force of Law.*

© 2015 by Harvard University Press (ISBN 9780674368217)

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

© Copyright: FREDERICK SCHAUER

© Copyright: HARVARD UNIVERSITY PRESS

© Copyright 2015: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Teléfono: (+ 511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS

Diagramación:

ADRIANA J. MALLQUI LUZQUIÑOS

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2015-14903

ISBN: 978-612-4218-41-5

Proyecto Editorial N° 31501211501107

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

CONTENIDO

Estudio preliminar: Ángeles a punta de pistola	9
<i>Pablo Ariel Rapetti</i>	
Prefacio.....	47
Una nota acerca de las notas	53
1. Introducción: la fuerza del derecho.....	55
2. El derecho en Bentham	75
3. La posibilidad y probabilidad de un derecho no coercitivo	103
4. En busca del hombre desconcertado	143
5. ¿Obedece la gente el derecho?.....	169
6. ¿Están los funcionarios por encima del derecho?.....	207
7. La obediencia forzada	241

8. Sobre zanahorias y palos	273
9. El arsenal de la coerción	299
10. Inundados por un mar de normas	327
11. La diferenciación del derecho	353
Índice de autores	381

Para Bobbie y Nikki,
quienes me hacen mejor

Estudio preliminar

ÁNGELES A PUNTA DE PISTOLA

Pablo Ariel Rapetti

- I -

Frederick Schauer es uno de los teóricos del derecho anglosajones más reconocidos de la actualidad. De formación inicial en derecho, pero con evidentes intereses filosóficos ya desde el principio de su trabajo académico, Schauer ha ido transitando los más variados temas de la agenda iusfilosófica contemporánea con particular solvencia. En sus trabajos, es especialmente notoria la presencia de preocupaciones básicas y permanentes del operador jurídico de profesión, del abogado o juez que, día a día, *trabaja directamente* con el derecho. Por utilizar la clásica noción de Bobbio, podría decirse que es un representante distintivo del tipo de filosofía del derecho “de los juristas”¹. Su público lector no se restringe al pequeño ambiente de los filósofos del derecho académicos, profesionales, sino que

¹ Que no de la filosofía del derecho “de los filósofos”. Para esta (debe decirse: algo sobreexplotada) distinción bobbiana véase, *e.g.*, BOBBIO, Norberto, “Naturaleza y función de la teoría del derecho”, en ID., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, 1990, pp. 91-101.

se amplía no sólo hacia los juristas de las más diversas ramas del derecho positivo, sino también a operadores jurídicos en general. La notoriedad de su trabajo se deja entonces explicar con sencillez. Esa mencionada preocupación por las vicisitudes de la práctica ordinaria del derecho se suma a su agudeza para tratar el detalle de las cuestiones teóricas de las que se ocupa, pero manteniendo sin embargo una destacada habilidad para presentar esas cuestiones y sus propios análisis de una manera sencilla, ordenada y articulada con cuestiones conexas. El vehículo con el que cumple estas labores de dicha manera es sobre todo el uso de un lenguaje llano, claro, asequible y que restringe la tecnificación a lo indispensable.

Creo que hay una forma en que se ilustran algunas de las virtudes recién mencionadas en la presentación que el propio Schauer hace del decurso de su carrera investigadora, una presentación de una envidiable estructuración y orden, y que es muestra además de la búsqueda de coherencia y sistematicidad en el trabajo. Así, en una entrevista reciente², Schauer refiere los pasos en que ha ido marchando su obra.

En un primer momento se enfocó sobre la libertad de expresión³, área en la que aun hoy es considerado un autor de primera referencia y que le ha cosechado un gran reconocimiento en los Estados Unidos⁴. Como se sabe, la libertad de expresión constituye uno de los pilares temáticos —y político-simbólicos— del derecho constitucional estadounidense⁵; esto llevó a Schauer a trabajar luego

² LADAVAC, Nicoletta, “Entrevista a Frederick Schauer”, trad. J. Ibarra Cárdenas, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 375-393 (esp. pp. 375-379).

³ Vale la pena señalar que antes de abocarse a la investigación académica, Schauer trabajó como abogado, sobre todo en temas vinculados con la pornografía, ámbito que es de particular interés para las discusiones acerca de la libertad de expresión.

⁴ Véase SCHAUER, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982.

⁵ La particular constitución de EE.UU. no recoge derechos en su cuerpo central, sino en las famosas “enmiendas” posteriores, de las que lo relativo a la libertad de expresión se encuentra ni más ni menos que en la primera.

sobre la interpretación constitucional en general⁶ y, en un tercer paso, a trabajar sobre el formalismo interpretativo en particular⁷. Siendo el formalismo una doctrina especialmente enfática respecto de la autoridad (basada en la *determinación*) de las reglas, un ulterior movimiento de la carrera investigadora de nuestro autor fue, entonces, en dirección de 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. De aquí, un nuevo paso es hacia el razonamiento jurídico en general (digamos, ya no sólo “basado en reglas”)⁸. Así, llegamos a un sexto 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. El más novedoso movimiento en la investigación de nuestro autor se da hacia otro de los elementos centrales del

⁶ Véase, e.g., SCHAUER, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, 39, 1987, pp. 571-606; ID., “The Constitution as Text and Rule”, *William & Mary Law Review*, 29, n° 1, 1987, pp. 41-51.

⁷ Véase, e.g., SCHAUER, Frederick, “Formalism”, *Yale Law Journal*, 97, n° 4, 1988, pp. 509-548; ID., “Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning”, *Supreme Court Review*, 1990, pp. 231-256.

⁸ En el contexto de la teoría del derecho en habla hispana, los trabajos de Schauer respecto de estos dos últimos núcleos temáticos mencionados (las reglas y el razonamiento jurídico en general) han tenido especial predicamento, predicamento que es tanto causa como efecto de la traducción al castellano de dos libros suyos respectivamente relacionados con dichas temáticas: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford Clarendon Press, 1991 (ed. en castellano: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Marcial Pons, 2004) y *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009 (ed. en castellano: *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. T. Schleider, Marcial Pons, 2013).

razonamiento jurídico o, mejor dicho, a uno de los subtipos de “razonamiento” que componen aquello que solemos llamar laxamente “razonamiento jurídico”, a saber, el razonamiento probatorio⁹.

Fuerza de ley, el libro que aquí se presenta, constituye el análisis más extendido y elaborado que Schauer ofrece como producto de ese anteúltimo paso reseñado de su obra completa, el de 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. Pero representa la culminación de una serie de estudios e investigaciones que han ido viendo luz como artículos publicados a lo largo de años, conferencias y clases.

– II –

Fuerza de ley 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. Hart¹⁰. Dicha

⁹ Véase, *e.g.*, SCHAUER, Frederick, “Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie-Detection, and Beyond”, *Cornell Law Review*, 95, 2010, pp. 1191-1220; SCHAUER, Frederick & SPELLMAN, Barbara, “Is Expert Evidence Really Different?”, *Notre Dame Law Review*, 89, n° 1, 2013, pp. 1-26.

¹⁰ Schauer no considera, sin embargo, que el propio Hart esté comprometido con esta tendencia metodológica. Además del desarrollo que al respecto hace en el presente libro, puede verse SCHAUER, Frederick, “HART’s Anti-Essentialism”, en Dolcetti, Andrea, Duarte d’Almeida, Luis & Edwards, James (eds.) *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, HART Publishing, 2013, pp. 237-246. Como se verá a continuación en este estudio preliminar, uno de los resultados de este enfoque metodológico, según parece, es el de que se ha relegado el estudio de la relación entre el derecho y la fuerza y coerción, en la agenda de la filosofía jurídica contemporánea. En este sentido, Schauer —quien denuncia este destierro temático como injustificado— es algo ambivalente en cuanto a si el propio Hart relegó a la coerción en su análisis de lo jurídico. Por mi parte, creo —con Pintore— que hay muy buenas razones para pensar que no es este el caso: véase PINTORE, Anna, “«A Rule-Governed Gunman Writ

tendencia puede exponerse someramente en la siguiente tesis¹¹ 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 de este 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,

Large?» El puesto de la coerción en *The Concept of Law*”, trad. J.M. Sauca, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 125-142.

¹¹ O, si se prefiere, conjunto de tesis.

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 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 la sanción 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. La inclusión de dichas (re)definiciones y consideraciones en esta parte del libro es muestra de dos puntos, según creo: por un lado, de que, a pesar del título del libro, una gran parte de éste es de carácter metodológico; por el otro, de que, en consonancia con alguna de las tesis metodológicas 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 y conceptos utilizados en la práctica jurídica, es algo que para Schauer resulta, aunque relevante, sólo parte de un examen mucho más amplio del *fenómeno* jurídico.

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 del derecho, e intentando con ello aportar a uno de los temas clásicamente centrales de la teoría jurídica: el de la demarcación¹² 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.).

Siendo el presente libro un estudio señero, en el contexto de la iusfilosofía analítica contemporánea proveniente del mundo anglosajón, acerca de la relación entre el derecho y la coerción, en lo que sigue —el núcleo del presente estudio— me abocaré no a esta relación, que —como dije— constituye el segundo pilar temático del libro, sino en cambio a ampliar un poco la discusión metodológica que representa el otro, primer pilar¹³. Para ello presentaré un mínimo análisis de algunas tesis sostenidas por Joseph Raz, quien sin dudas es el más importante exponente (tal como Schauer expresamente reconoce¹⁴) del tipo de programa para la teoría del derecho que en el pilar metodológico de este libro se quiere poner en cuestión. Se tratará, la mía, de una discusión bási-

¹² Aunque Schauer rechaza expresamente esta etiqueta por el contenido sustantivo (precisamente: “esencialista”) con el que suele estar asociado.

¹³ Por ello también es que recién he expuesto con algo más de detalle el contenido de los capítulos correspondientes al segundo pilar que el de los que conforman el primero: éste último será más explorado en lo que resta del presente estudio.

¹⁴ Pp. 60 y 62 de este libro.

camente *interna*, esto es, enfocada sobre la consistencia entre tesis y premisas articuladas y defendidas por Raz, desarrollada a partir del *intento de asumirlas* en conjunto. En cambio, mayormente no haré consideraciones de carácter *externo*, que pretendan establecer un modelo metodológico radicalmente alternativo o que, bajo la forma de tesis metodológicas añadidas, intenten enmendar y sostener en lo sustancial la plataforma metodológica raziana o formular alguna otra de carácter distintivamente esencialista¹⁵. Dejo constancia de que no descarto que sea posible formular, con provecho, observaciones ulteriores de ambos tipos¹⁶. La propia discusión presentada por Frederick Schauer en este libro es un buen ejemplo de una crítica externa al esencialismo metodológico de este estilo.

Dividiré la siguiente sección en varias subsecciones. En la primera expondré un famoso argumento de Raz (el así llamado “argumento de la sociedad de ángeles”) con el que pretende excluir a la coerción del conjunto de propiedades esenciales del derecho; en la segunda, haré referencia a la manera en que Schauer, en el presente libro, establece una discusión con el enfoque que el argumento raziano ejemplifica. En la tercera sección ofreceré una consideración puntual en contra del argumento raziano y en la cuarta ampliaré y remontaré la discusión a una serie más extensa de tesis metodológicas distintivas de Raz.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, está disponible en Internet el aporte de T. Spaak al Workshop “The Force of Law. A Workshop with Fred Schauer”, evento de análisis y discusión del presente libro que tuvo lugar en la Universidad Bocconi de Milán, Italia, los días 2 y 3 de octubre de 2014. Dicho aporte consiste en una minuciosa crítica al anti-esencialismo de Schauer (y apoyo de un programa alternativo tanto a ese anti-esencialismo como al esencialismo *à la* Raz: el método de los “tipos conceptuales ideales”). Véase SPAAK, Torben, “Schauer’s Anti-Essentialism”, disponible en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539590.

¹⁶ Asimismo, no todas las críticas formuladas aquí tendrán necesariamente el resultado de dejar “mejor parada” a la postura metodológica anti-esencialista.

– III –

*Un ángel no tiene precio, no se puede comprar.
Usando su nombre, hiriendo su piel,
no creo que lo puedas detener.
Por eso déjalo ir.*

Charly García & Pedro Aznar – ‘Ángeles y predicadores’

III.1

En el contexto de sus observaciones sobre la relación (conceptual) entre derecho y fuerza, Joseph Raz sostiene que aunque el elemento coercitivo es auténticamente insoslayable, no se trata de una propiedad conceptualmente necesaria para la noción de derecho. De su tratamiento de esta relación entre derecho y fuerza se ha vuelto especialmente conocida la imagen que presenta de una sociedad de ángeles. El punto ha sido profundamente discutido¹⁷ y aunque Schauer no menciona este argumento sino de forma tangencial¹⁸, la clase de discusión que este (tipo de) argumento ha generado es básicamente la misma que se manifiesta en la discusión metodológica que Schauer propone en el presente libro, discusión que —como ya he mencionado— es uno de sus pilares expositivos centrales.

De acuerdo con Raz, respecto de la relación derecho-fuerza pueden hacerse plausiblemente tres grandes generalizaciones. En primer lugar, puede decirse que todos los sistemas jurídicos desarrollados prohíben el uso de la fuerza en contra de los funcionarios del sistema en el desempeño de sus funciones. En segundo lugar, que

¹⁷ Véase por ejemplo HIMMA, Kenneth, “The Logic of Showing Possibility Claims”, *Revus*, 23, 2014, pp. 77-104; MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford Clarendon Press, 2001, pp. 43-45; NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1980, pp. 104-105.

¹⁸ Cap. 7.1.

todos ellos autorizan el uso de la fuerza para imponer el cumplimiento de sus sanciones. En tercer y último término, que todos los sistemas jurídicos conocidos prevén sanciones para las violaciones intencionales de las reglas dirigidas a los individuos ordinarios (es decir, que no son funcionarios). Según Raz, aunque estas generalizaciones constituyan afirmaciones empíricas verdaderas acerca del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, ninguna de ellas representa un rasgo lógico que deba estar presente para que pueda sostenerse que existe un sistema jurídico. En última instancia, para Raz, es humanamente imposible que exista un sistema jurídico que no prevea sanciones por incumplimiento (dada su visión de la naturaleza humana), pero no es lógicamente imposible, en la medida en que es concebible una comunidad en la que todos reconozcan que tienen razones para obedecer el derecho con independencia de toda sanción predeterminada¹⁹.

Es aquí precisamente donde entra en juego la famosa imagen raziana de la sociedad de ángeles. Éstos serían aquellos sistemática e inquebrantablemente inclinados a cumplir los mandatos jurídicos, con independencia de que medien sanciones. En una comunidad de personas con semejante tendencia, ¿podría igualmente haber derecho? Si la respuesta fuese afirmativa, se mostraría que aunque de evidente presencia e importancia, el rasgo coercitivo no es uno de los rasgos esenciales del derecho. Según Raz hay tres cuestiones que abonan la respuesta afirmativa:

- (1) también los ángeles cumplidores y obedientes pueden necesitar una autoridad legislativa/ejecutiva a efectos de asegurar la coordinación;
- (2) los ángeles de este experimento (argu)mental pueden de todos modos requerir también de autoridades judiciales, en la medida en que pueden tener desacuerdos sobre cuestiones de

¹⁹ RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 183-185.

hecho y sobre la interpretación de las transacciones jurídicas en las que se involucren y sus efectos, así como también discutir sobre asuntos no regulados de antemano por el derecho;

- (3) también en la sociedad de ángeles pueden generarse daños por causa de ignorancia o por accidente, lo que podría exigir el establecimiento de un régimen (jurídico, se entiende) de indemnizaciones y remedios (que, sin embargo, mal podría ser considerado sancionatorio)²⁰.

El argumento de la sociedad de ángeles serviría entonces, según Raz, para mostrar que el derecho es conceptualmente posible al margen de toda sanción. Si se complementa esto con su visión acerca de la metodología apropiada para la teoría del derecho, parecería seguirse que el tema de la coerción no es uno que deba ocupar un lugar importante en la agenda iusfilosófica. Ello por cuanto, para Raz, a la filosofía del derecho²¹ compete el descubrimiento e identificación de las propiedades esenciales de nuestro concepto de derecho. Es decir, él está comprometido con TM, presentada en la sección anterior²².

No estoy seguro de que esta conclusión deba llevarse necesariamente al extremo. Uno podría asumir (no tengo claro cuán caritativa resultará en definitiva esta asunción) que aunque para este autor la tarea conceptual o sustantivamente ligada a la labor iusfilosófica es la de la identificación de las propiedades esenciales de nuestro concepto de derecho, es cierto que una adecuada comprensión del fenómeno jurídico requiere un estudio mucho más amplio, y que no es lo mismo hablar de lo que compete a la filosofía del derecho que de lo que compete a quienes hacen filosofía del derecho:

²⁰ *Ibidem*, pp. 185-186.

²¹ No creo que en el presente contexto tenga mayor relevancia o provecho el trazado de una distinción fuerte entre *teoría* y *filosofía* del derecho, de manera que uso ambos términos como sinónimos.

²² Sin perjuicio de una serie de detalles y precisiones que serán analizados con más detenimiento *infra*, subsección III.4.

puede que esté justificado (o hasta que se requiera) que un filósofo del derecho se dedique a labores añadidas a estas que para Raz definirían sustantivamente la tarea “propiamente” iusfilosófica²³.

No obstante, la discusión a Raz puede seguir prácticamente en todos los frentes, porque

- a) no es pacífico que la que él sostiene sea o deba ser la tarea de la filosofía del derecho (entre otras cosas porque para empezar no es claro que los conceptos —o para nuestro caso, el concepto de derecho— tengan una *esencia* o *naturaleza* necesaria que pueda ser desentrañada),
- b) no es claro que el conjunto de las tesis metodológicas razianas sea consistente, y
- c) por lo demás, el argumento de la sociedad de ángeles dista de parecer incontrovertible.

III.2

Como mencioné más arriba, en la presente obra Schauer dice poco expresamente acerca de b) y c), pero en cambio discute con detenimiento el punto a). Se trata en efecto de uno de los ejes del libro. En algún sentido, hasta podría decirse —con algo de laxitud— que su trabajo respecto de la relación entre el derecho y la coerción es un ejercicio ilustrativo de la tesis metodológica más general que en el libro se presenta y defiende, a saber, la de que

²³ Como refiere Schauer en p. 128 del presente libro, “Joseph Raz ha observado que lo que distingue a la filosofía del derecho de la sociología jurídica es que ésta última se ocupa de lo contingente y particular; la primera, de lo necesario y universal. La sociología del derecho proporciona gran abundancia de información detallada y de análisis de las funciones del derecho en sociedades particulares. La filosofía del derecho tiene que contentarse con aquellas pocas características que todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen” (la cita es a RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª ed. en español, trad. R. Tamayo, UNAM, 1985, p. 137). En este sentido, creo que en efecto esta interpretación es caritativa en alto grado o, si se prefiere, es una que tiende a restarle algo de la gravedad o el énfasis que el punto raziano tiene en origen.

la empresa filosófica en general (y la de la filosofía del derecho en particular) consiste en el análisis de aquellos rasgos más presentes, extendidos, característicos y típicos que informan la conceptualización de un determinado fenómeno. En el caso de la filosofía del derecho, si lo que nos interesa es nuestro concepto de derecho, el adecuado análisis, reconstrucción y refinamiento de éste nos exige el relevamiento y estudio de aquellas características de la práctica jurídica —capturada en el concepto mismo de derecho— que sean centrales en el sentido de empíricamente ubicuas, omnipresentes. Y la coerción organizada es una característica de este tipo respecto de la praxis jurídica. Aun si es concebible imaginariamente un sistema jurídico carente de sanciones como el de la sociedad de ángeles de Raz, de ser el caso (como lo es) que todo sistema desarrollado impone sanciones por el no acatamiento de sus normas, y el de que la presencia de estas sanciones cumple un rol fundamental en la adecuación de los comportamientos concretos a las prescripciones jurídicas (como, de acuerdo con el análisis que hace Schauer de distintos estudios empíricos, parece también serlo), la adecuada investigación filosófica nos requerirá especial consideración de esta omnipresente propiedad del derecho que es la coerción. Si la coerción no es una propiedad esencial para el concepto de derecho porque es lógicamente posible un derecho sin ella, dediquémonos, sugiere Schauer, a estudios no esencialistas 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.

Según una ilustración que ofrece Schauer²⁴:

La coerción puede ser al derecho lo que el vuelo es a las aves: no es estrictamente necesaria pero es tan ubicua que una comprensión completa del fenómeno requiere que la consideremos. A la inversa, el derecho no coercitivo puede ser como el ave que no vuela: es útil

²⁴ P. 138 del presente libro.

para decirnos algo sobre las aves en general, pero difícilmente sea algo que merezca atención exclusiva o aun dominante. De manera que si el derecho coercitivo es la instanciación dominante del derecho tal como éste es experimentado, el hecho de que parte del derecho, incluso alguna parte importante, sea no coercitiva, debiera ser reconocido pero sin que por ello se distorsione la investigación sobre la naturaleza de ese fenómeno social que el derecho representa.

Un corolario de esta tesis metodológica es la tesis subsiguiente de que el adecuado y explicativamente valioso análisis del concepto de derecho debe entonces basarse en estudios empíricos comprensivos y serios. 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 discute²⁵ 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 individuos²⁶.

²⁵ Cap. 4.

²⁶ HOLMES JR., Oliver, *La senda del derecho*, trad. E. Russo, Abeledo-Perrot, 1975, p. 19. El “hombre malo” de Holmes es aquel interesado fundamentalmente en las

La noción del “hombre desconcertado” es tomada por Schauer como la puerta de acceso a la consideración de 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 hay 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 deba efectivamente al temor a las sanciones previstas para el caso de 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 filosóficas²⁷. Por supuesto, en la óptica de Schauer no se trata de realizar exclusiones temáticas rotundas, sino todo lo contrario. Por ello, reconocer la importancia de la fuerza, la coerción, las sanciones y la compulsión, no tiene por qué privarnos de dedicarnos también —en su justa medida— a analizar el tipo y grado de influencia que aquellos

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 (pp. 150-151 y 248-249, n. 354 del presente libro).

²⁷ SCHAUER enfatiza esto también en LADAVAC, Nicoletta, *op. cit.*, p. 380.

sectores del derecho donde no operan o no se prevén amenazas de consecuencias desagradables, tienen o pueden tener, igualmente, sobre la conducta de las personas.

El argumento de la sociedad angelical de Raz no hace sino elevar la imagen del “hombre desconcertado” a nivel colectivo. Tendríamos también derecho si todos los miembros de la sociedad fuesen “hombres desconcertados”, ángeles (esto es, si no hubiese ni un solo “hombre malo”), y si por ende las sanciones resultasen innecesarias. El punto de la discusión de Schauer es que, incluso de ser esto correcto, lo que sabremos del derecho si nos concentramos sólo en aquello que ha de estar presente en todo mundo posible para que exista un orden jurídico, será —de manera lamentable— muy poco, comparado con lo que informativa y explicativamente nos puede reportar un enfoque que tenga en cuenta otros rasgos que, aunque no conceptualmente necesarios, sean típicos y característicos. No por ello, sin embargo, deja Schauer de destacar muchas cuestiones que surgen más claramente a la luz por la consideración hecha, al margen de las sanciones, de la manera en que funciona y experimentamos el derecho. Así, se refiere a las obligaciones jurídicas no respaldadas por la coerción, a la distinción hartiana entre tener una obligación y verse obligado, etc.

Como señalé más arriba, Schauer no encara directamente las cuestiones b) y c). Tal vez valga la pena, a manera de modesto complemento de los argumentos vertidos en el presente libro, apuntar algunas breves observaciones a dichas cuestiones.

III.3

Respecto de c) —el argumento de la sociedad de ángeles como razón para abonar la idea de que la sanción no es un elemento definitorio para el concepto de derecho— puede notarse lo siguiente²⁸.

²⁸ Aunque intento ser cuidadoso al respecto, en lo que viene a continuación tal vez se note cierto “vaivén” en las referencias al derecho, vaivén entre el sentido de *derecho*

El punto (1) del argumento de Raz (que, recuérdese, era que también los ángeles cumplidores y obedientes pueden necesitar una autoridad legislativa/ejecutiva a efectos de asegurar la coordinación) parece ambiguo en el sentido de que puede entenderse como que se refiere a que es esencial al derecho la existencia de autoridades legislativas y ejecutivas, o a que lo esencial es, en cambio, el establecimiento de pautas de coordinación²⁹. Si se interpreta que lo esencial es el establecimiento de pautas de coordinación³⁰, un posible contraargumento iría como sigue. Tal como es concebible una comunidad de seres racionales perfecta y sistemáticamente dispuestos a cumplir los mandatos jurídicos, es también concebible una comunidad de seres con perfectos y detallados conocimientos sobre cómo lograr las mejores formas de coordinación social en los más diversos ámbitos, pero sistemáticamente reacios, o no motivados, a implementarlas. Si el primer experimento mental sirve según Raz para mostrar que la sanción no es lógicamente necesaria para la existencia del derecho, el segundo serviría para mostrar que la contribución a la coordinación tampoco lo es. Pero de ser así, la posible necesidad de coordinación en la sociedad de ángeles raziana parece ya no poder abonar —como querría Raz en esta interpreta-

como fenómeno y como concepto. Al efecto, téngase presente una aclaración que —con cita a K. Ehrenburg— hace el propio Schauer (en p. 26, n. 28 del presente libro): “Para nuestros actuales propósitos, podemos estar de acuerdo con Kenneth Ehrenburg en que ‘hablar acerca de un concepto de derecho es en realidad una forma de atajo para hablar sobre la naturaleza de las prácticas jurídicas’”. Véase EHRENBURG, Kenneth, “Law Is Not (Best Considered) an Essentially Contested Concept”, *International Journal of Law in Context*, 7, 2011, pp. 209-232, (p. 210). Sin embargo, en la subsección III.4 volveré sobre este punto.

²⁹ Lógicamente, está también la alternativa de que se refiera a que lo esencial es la conjunción de ambos elementos. Los problemas que mencionaré para las primeras dos interpretaciones se proyectan obviamente sobre esta tercera posibilidad conjuntiva.

³⁰ Para un ejemplo de quien lee el argumento de esta manera, véase FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego y R. Madrid, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 40-43.

ción— la idea de que puede haber derecho sin sanciones; al menos no desde el punto de vista metodológico —también defendido por Raz— de la necesidad de identificación de propiedades necesarias o esenciales. Sobre la base de esta plataforma metodológica, sostener que puede haber derecho sin coerción (que la coerción es meramente contingente), mostrando que es concebible un derecho no coercitivo, supone mostrar propiedades esenciales (*i.e.*, no-contingentes) que den lugar a la existencia de derecho aun en ausencia de sanciones. Pero si las propiedades utilizadas (como la contribución a la coordinación, en esta interpretación del ejemplo de Raz) resultan también descartables por contingentes, vía el mismo experimento mental con el que se descartó a la coerción, el argumento fracasa.

Imagínese (además del conjunto de individuos con perfectos y detallados conocimientos sobre cómo lograr las mejores formas de coordinación social en los más diversos ámbitos, pero sistemáticamente reacios o no motivados a implementarlas) que se constituyen autoridades que no establecen ninguna pauta de coordinación concreta³¹, sino sólo un conjunto de directivas de un tipo un tanto análogo a las llamadas *normas penales en blanco*³². Piénsese en disposiciones como, por ejemplo, “Quien no se ajuste a las consabidas pautas para la óptima coordinación en el ámbito A, será sancionado con S”, “Quien no adecue su conducta a los consabidos criterios de coordinación correspondientes al contexto

³¹ Dada la primera asunción, toda pauta parecería superflua respecto de los contenidos, porque la hipótesis de esa primera asunción es que los individuos de la comunidad ya saben y están de acuerdo sobre cuáles son los contenidos más adecuados.

³² Dije que se constituyen autoridades; digamos más en general —y a la manera hartiana— que se constituye un sistema normativo en el que además de estas normas penales en blanco (reglas primarias), hay un conjunto de reglas secundarias en el sentido de Hart (véase HART, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, 1963, cap. 5). El punto central del ejemplo es simplemente que no se establezca directamente ninguna pauta de coordinación específica.

C, será penado con P”, etc.³³. Un sistema de normas de este tipo no establecería *per se* las conductas debidas, pero sí establecería un esquema de sanciones por la no realización de conductas que los destinatarios de las normas conocen y saben cómo realizar. En nuestro ejemplo de individuos epistémicamente preclaros pero motivacionalmente deficientes, estas normas estarían destinadas precisamente a tratar de contrarrestar esos déficits motivacionales.

Hasta donde veo, si estuviéramos dispuestos a calificar de “jurídico” al sistema de normas de coordinación no respaldadas por amenazas de Raz, estaríamos como mínimo igual de dispuestos a calificar de “jurídico” a este otro sistema de normas penales en blanco que no indican ninguna pauta de coordinación en particular. Y con ello podría concluirse que la regimentación de pautas de coordinación no es una característica esencial del derecho, de acuerdo a los propios términos (metodológicos) razianos. Si la necesidad de coordinación no es esencial para el derecho, no puede esgrimírsela para descalificar conceptualmente a la coerción respecto de éste.

La interpretación alternativa de este punto del argumento de Raz es que lo esencial y/o necesario a lo que se refiere en su imagen de la sociedad de ángeles, no es el establecimiento de pautas de coordinación, sino la existencia de autoridades legislativas y ejecutivas. Posiblemente esta sea la interpretación más adecuada³⁴, pero también aparece un problema, a saber, que vuelve superfluo o directamente equivocado el propio comentario (3) de Raz. Si lo

³³ Por supuesto que se trata de ejemplos, por así decirlo, “de laboratorio”, dado el alto grado de abstracción con el que se los plantea, pero ese grado de abstracción es el propio del experimento mental de Raz, en primer término.

³⁴ El énfasis en las autoridades legislativas y ejecutivas en la última frase de la exposición del punto (1) así lo abona (RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 185), pero la referencia a cómo las sanciones son una manera extremadamente importante de asegurar la coordinación social, luego de haber expuesto sus tres comentarios (p. 188), refuerza las dudas interpretativas.

importante es la existencia de autoridades creadoras de normas, ¿por qué preocuparnos por cierto contenido sustantivo de al menos algunas de esas normas? ¿Por qué habríamos de mencionar *en paralelo* la necesidad de normas que establezcan deberes indemnizatorios, aun si sólo para daños ocasionados accidental e involuntariamente? El comentario (1) versaría sobre lo esencial de las autoridades legislativas y ejecutivas y el (2) sobre lo esencial de las autoridades judiciales, adjudicativas. ¿Pero son igualmente esenciales los deberes indemnizatorios?

Una vez más: imaginemos ahora un sistema normativo en el que existen normas con todos los contenidos que normal y generalmente informan las normas vigentes en nuestros concretos sistemas jurídicos actuales, incluidas las sanciones, pero con la excepción de las normas que establecen deberes indemnizatorios: ¿ya no calificaríamos de “jurídico” a un sistema normativo como este? La respuesta negativa parece derechamente requerir algún argumento adicional; no es obvio que se nos imponga, no parece autoevidente. Si la respuesta es afirmativa, en cambio, los deberes indemnizatorios resultan tan contingentes como las sanciones, y de nuevo, no abonan el rechazo de la esencialidad de éstas respecto del concepto de derecho (basando ese rechazo en la contingencia de las sanciones). Ulteriormente, si lo único que resta para la calificación de lo “esencialmente jurídico” es la existencia de autoridades, se vuelve necesaria una argumentación acerca del concepto de autoridad que, en particular, muestre que la noción de autoridad jurídica no es circular o pleonástica (porque, por hipótesis, lo jurídico se define por lo autoritativo)³⁵; o bien, se requiere la identificación de propiedades esenciales adicionales, que no sean las hasta aquí consideradas (y siempre, desde luego, sometiendo dichas propiedades al mismo “test de ausencia en un mundo posible” —es decir, un argumento del tipo del de la

³⁵ Formularé un punto adicional relacionado con éste en la subsección III.4.

sociedad de ángeles— con el que Raz rechaza la esencialidad de la coerción para el derecho)³⁶.

En definitiva, si

α) se acepta la interpretación del punto (1) del argumento de la sociedad de ángeles basada en el suministro de pautas de cooperación como propiedad esencial, resulta que o bien

α.1— se autorrefuta el programa metodológico raziano y debe optarse entre

α.1.i— la renuncia a éste o

α.1.ii— la discusión de la (no)esencialidad de las sanciones con algún (tipo de) argumento nuevo, distinto;

o bien se acepta que,

α.2— *ceteris paribus*, la sanción tiene los mismos méritos que las pautas de coordinación para figurar (o no) entre las propiedades esenciales del concepto de derecho.

En cambio, si

β) se acepta la interpretación del punto (1) del argumento de la sociedad de ángeles basada en la existencia de autoridades legislativas y ejecutivas como propiedad esencial, resulta que, o bien

β.1— el comentario (3) es errado, en la medida en que los deberes indemnizatorios son tan contingentes como las sanciones; o bien

β.2— el comentario (3) es superfluo, porque lo esencial y necesario son las autoridades creadoras de normas y adjudicadoras, pero no determinadas piezas sustantivas de normación y adjudicación.

³⁶ La argumentación hecha hasta este punto toma al argumento raziano de la sociedad de ángeles como unitario y lo considera en sí mismo, separado del resto de la obra de Raz en procura de la identificación de las propiedades esenciales de nuestro concepto de derecho, a excepción de las aludidas tesis metodológicas de las que parte. Por ello, la crítica presentada no puede ser concluyente, en la medida en que, de ser exitoso en mostrar algunas aristas “abiertas” del argumento, ciertamente no aborda las consideraciones complementarias que Raz pueda haber ofrecido para llenar esos espacios argumentales abiertos. Es justamente lo que sucede respecto de la frase del texto principal a la que se adjunta la presente nota.

Puede que el ejemplo angelical de Raz sirva a lo sumo para mostrar que el concepto de derecho funciona a la manera de un *concepto de parecido de familia*³⁷ o de un *concepto racimo*³⁸, pero esto evidentemente configura un fracaso en los términos del proyecto metodológico de la identificación de propiedades esenciales³⁹ si se entiende a éstas como las condiciones que son en conjunto necesarias y suficientes para la aplicación de un concepto⁴⁰. Si en cambio se debilita el proyecto —dadas estas conclusiones— para sostener alternativamente que las propiedades esenciales no son individualmente necesarias, sino sólo disyuntivamente necesarias en conjunto, entonces la conclusión de Raz acerca de la coerción es incorrecta, en el sentido de que ser contingente no la excluye *per se* del posible elenco de propiedades disyuntivamente necesarias que serían constitutivas del concepto de derecho.

En este sentido, en el presente libro el propio Schauer sugiere la inviabilidad del enfoque esencialista acerca del análisis de los conceptos (al menos respecto del concepto de derecho) esgrimiendo⁴¹, en efecto, las concepciones del parecido de familia wittgensteiniano, los conceptos racimo de Max Black/John Searle y la más reciente noción de los *genéricos*. Un punto central en relación con ello es que el derecho sería entonces mucho mejor comprendido por apelación a casos centrales y periféricos de manifestación. Asimismo, Schauer se hace eco de estudios recientes

³⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y U. Moulines, Altaya, 1999, §66-67.

³⁸ SEARLE, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. L. Valdés Villanueva, Planeta, 1994 pp. 166-177.

³⁹ El propio Raz sostiene que cree que hay pocos conceptos de parecido de familia, y ciertamente no piensa que el de derecho sea un concepto de este tipo. Véase RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría del derecho?”, trad. R. Sánchez, en Id., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, 2013, pp. 42-43.

⁴⁰ Véase *infra*, n. 51.

⁴¹ Cap. 3.

en el campo de la psicología cognitiva que parecen concluir que las personas justamente se manejan de este modo respecto de los conceptos, y en cambio no hacen uso de ellos, ni piensan en ellos, en términos de condiciones necesarias y suficientes de aplicación, esto es, de propiedades esenciales presentes en cada instanciación del concepto.

El desarrollo específico (y evaluación) de estos argumentos y de la presentación metodológica completa de Schauer queda para el lector en su examen del cuerpo del presente libro⁴². Me interesa sin embargo destacar aquí que el propio autor señala⁴³ que, no obstante, el rechazo del esencialismo metodológico no es necesario para que pueda apreciarse la importancia de las propiedades típicas pero no conceptualmente necesarias del derecho, entre las que se encontraría la coerción, la apelación a la fuerza. De modo que habrá de evaluarse esta consideración en el contexto de la fuerte inversión que hace Schauer en el tratamiento de la cuestión metodológica. ¿No resulta quizás superflua tanta disquisición sobre la metodología anti-esencialista que la teoría del derecho habría de adoptar si dicha metodología, al final, no es necesaria para volver a poner a la fuerza en el lugar que le corresponde en nuestros esquemas de comprensión del derecho?

Tal vez una buena forma de encarar dicha evaluación pueda ser pensando el aporte de Schauer en términos de (auto)coherencia: el anti-esencialismo metodológico propugnado 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 de Schauer, en el fondo, parece ser

⁴² Por supuesto, mucho se ha escrito en contra de ideas como la de los conceptos de parecido de familia. Un reconocido ejemplo en este sentido es MCGINN, Colin, *Truth by Analysis. Games, Names, and Philosophy*, Oxford University Press, 2012, pp. 20-30.

⁴³ Cap. 7, n. 359.

otro: el de propender a la realización de aquello que en general parece mostrarse más adecuado y conveniente para el logro de fines considerados —también en general— teóricamente más valiosos.

III.4

Este último apunte sobre un posible problema del libro de Schauer, con a la vez una forma de verlo que ahuyente esa misma sombra problemática, sirve por su parte para volver sobre la discusión de las tesis metodológicas de Raz, quien es sin duda el paladín de la concepción que Schauer somete a crítica en buena parte del presente libro.

Dicho ya algo sobre el argumento de la sociedad de ángeles considerado fundamentalmente en sí mismo, veamos ahora con más detenimiento lo mencionado en el inciso b) de la presentación de dicho argumento. Según mencionaba allí, no es claro que el conjunto de las tesis metodológicas razianas sea consistente. Con ello quiero decir que puede que algunas de las tesis sobre las que se basa su programa de investigación iusfilosófica se encuentren en tensión entre sí. También me interesa aquí hacer alguna nueva observación respecto de la relación entre el tipo de argumento que instancia el de la sociedad de ángeles y la tesis raziana de que la tarea de la filosofía del derecho es la de elucidar la naturaleza del derecho en tanto que fenómeno, siendo para ello una vía principal la del análisis de nuestro concepto de derecho. Reconstruiré muy someramente un conjunto de tesis razianas de corte metodológico e irá intercalando en dicha reconstrucción algunas dudas e inquietudes.

Para Raz, la misión de la teoría del derecho consiste en desentrañar y explicar la naturaleza del derecho en tanto que fenómeno⁴⁴. La naturaleza de un fenómeno o cosa⁴⁵ es el conjunto

⁴⁴ RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría...?”, *cit.*, pp. 31 y 38.

⁴⁵ Se comprenderá que aquí estoy dejando de lado la distinción técnico-específica de Kant entre *fenómeno* y *noúmeno* (KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 4ª ed.

de sus propiedades esenciales, esto es, aquellas que lo definen como tal y hacen que sea ese fenómeno o cosa y no otro⁴⁶. Para ello, una tarea de la teoría del derecho —pero no la única⁴⁷— consiste en el análisis del *concepto* de derecho⁴⁸. Dicho análisis, en

en español, trad. J. del Perojo y J. Rovira, Orbis, 1984, vol. I, pp. 233 y ss.). Usó los términos “fenómeno” y “cosa” en un sentido amplio y llano, para aludir —a la manera raziana en análisis— simplemente a algo que está en el mundo de manera que no se identifica plenamente con un concepto (en este caso, aludo al derecho como algo que está en el mundo y que resulta capturado en un concepto, el concepto de *derecho*).

⁴⁶ RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría...?”, *cit.*, p. 38.

⁴⁷ Con esto Raz podría estar mostrando una ambivalencia: por un lado se presenta a sí mismo como enfrentado a Hart a este respecto (véase RAZ, Joseph, “Teoría y conceptos: réplica a Alexy y Bulygin”, trad. R. Sánchez Brígido, en Bouvier, Hernán, Gaido, Paula & Sánchez Brígido, Rodrigo (eds.), *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, p. 112), pero en otras ocasiones sostiene que Hart en efecto pretendía elucidar la naturaleza del derecho a través de la explicación del concepto de derecho (e.g., RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría...?”, *cit.*, pp. 33-34). Una interpretación conciliadora, que elimine dicha ambivalencia, consistiría en sostener que para Raz tanto él mismo como Hart defienden la idea de que elucidar la naturaleza del derecho es la misión de la filosofía jurídica, pero que mientras que para él mismo esa tarea no equivale a —ni se agota en— el análisis del concepto de derecho, para Hart este último sería en efecto el caso. Volveré sobre esto más adelante.

⁴⁸ En efecto, en esta línea se trata de una tarea que RAZ concibe como *secundaria*, a los fines de la propia teoría del derecho, respecto de la tarea primaria de explicar la naturaleza del derecho, (RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría...?”, *cit.*, p. 38). Sin embargo, él también dice que el mejor entendimiento del concepto de derecho (asumamos que para mejor entender el derecho) es esencial para la mejor comprensión de otras instituciones y prácticas tanto de la cultura a la que pertenecemos como de culturas ajenas (RAZ, Joseph, “Sobre la naturaleza del derecho”, trad. R. Sánchez, en ID., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, 2013, p. 108). Finalmente, es notable que, en ocasiones, ha observado la empresa del análisis del concepto de derecho de quienes están sujetos a éste como si tal fuera la preocupación fundamental de la filosofía del derecho, pero esto es obviamente inconsistente con la afirmación de que la tarea central de ésta sea la de elucidar y explicar la naturaleza del derecho. Para un ejemplo de esta curiosa forma raziana de poner estas cuestiones, véase RUIZ MANERO, Juan, “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 1991, p. 335.

rigor, es el de *nuestro* concepto de derecho, en el sentido de que los conceptos son productos culturales, relativos a comunidades particulares⁴⁹. Ese análisis será luego una herramienta (o premisa) en la más amplia tarea de elucidar la naturaleza del derecho; los conceptos, para Raz, parecerían ser los instrumentos con los que recortamos la realidad para su apreciación y análisis y lo que por ello nos permite identificar y distinguir las propiedades esenciales y constitutivas de las cosas⁵⁰.

Aunque es muy claro que para Raz el derecho en tanto objeto del mundo tiene propiedades esenciales, no es tan claro lo que opine respecto de (la esencialidad de) las propiedades (intensionales) del concepto de derecho. Una buena razón para pensar que para él las propiedades que informan nuestros conceptos no son esenciales en el sentido de necesarias (de que son las que son y no podrían haber sido otras)⁵¹, es la recién mencionada consideración suya acerca del carácter culturalmente dependiente del concepto de derecho, esto es, la idea de que tenemos *nuestro* concepto de

⁴⁹ RAZ, Joseph, "Sobre la naturaleza del derecho", *cit.*, pp. 107-111.

⁵⁰ Véase GAIDO, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, 2011, pp. 31-34.

⁵¹ En los estudios actuales sobre el concepto y la naturaleza del *concepto* (dicho así por utilizar la terminología que está siendo manejada en el cuerpo del texto), suele distinguirse entre posturas que responderían a una teoría *clásica*, frente a otras, más recientes, que constituirían la así llamada teoría *neoclásica*. Una de las formas de distinguir entre ambas sería precisamente a través del hecho de que mientras para la teoría clásica los conceptos se caracterizan por tener condiciones necesarias y suficientes de aplicación, para la neoclásica sólo tienen condiciones necesarias, pero no suficientes. Véase LAURENCE, Stephen & MARGOLIS, Eric, "Concepts and Cognitive Science", en Margolis, Eric & Laurence, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings*, MIT Press, 1999, pp. 3-82 (esp. pp. 52-55). Como se sostiene en el cuerpo del texto, la postura de Raz respecto de la esencialidad de las propiedades intensionales del concepto de derecho no resulta del todo clara, con lo que sería también dudoso el clasificarlo entre los partidarios de la teoría clásica o, en cambio, de la neoclásica, acerca de los conceptos. En cualquier caso, para los argumentos críticos que aquí se pretende proponer, podemos obviarnos esta cuestión, aun cuando puede que resulte un punto relevante para la apreciación de otros eventuales problemas.

derecho, frente a otros posibles, a los de otras comunidades, y frente a la también posible ausencia de un concepto de derecho en otras comunidades (que, no obstante ello, pueden igualmente tener un derecho: la posesión del concepto no es necesaria, según Raz, para la existencia del fenómeno jurídico⁵²). Aquí se genera la tensión entre las ideas de que las cosas tienen propiedades esenciales, de que los conceptos son las herramientas para identificarlas, y de que los conceptos son culturalmente dependientes. Uno podría pensar en diferenciar entre necesidades metafísicas y necesidades conceptuales: *el* derecho tendría, en esta línea, propiedades esenciales, *i.e.*, metafísicamente necesarias⁵³, pero no habría un *único concepto* de derecho (un conjunto de propiedades conceptualmente necesarias), sino que distintos conceptos de derecho serían admisibles, según las distintas culturas⁵⁴.

Brian Bix parece⁵⁵ ofrecer una clave de lectura en una dirección similar⁵⁶. Así, afirma que debe entenderse que la noción de *necesidad* que Raz maneja es particular, distinta tanto de la necesidad lógica

⁵² RAZ, Joseph, “Sobre la naturaleza del derecho”, *cit.*, pp. 106-108.

⁵³ Lo cual no implicaría, por supuesto, que la existencia de derecho sea metafísicamente necesaria en sí misma, esto es, que todo mundo posible deba necesariamente tener derecho.

⁵⁴ Para un ejemplo, dentro de la metafísica analítica contemporánea, de quien parece defender una distinción entre propiedades metafísicas y conceptuales, véase ARMSTRONG, David, *Sketch for a Systematic Metaphysics*, Oxford University Press, 2010, pp. 67-73; para un ejemplo de quien parece rechazar la distinción, véase JACKSON, Frank, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, 1998, pp. 67-86. Nótese, sin embargo, que en ambos casos (así como en la óptica de Brian Bix que pasará a mencionarse a continuación en el cuerpo del texto), la discusión es directamente referida a la noción de *necesidad*, esto es, de si puede trazarse una distinción entre necesidades metafísicas y conceptuales. Aunque aquí traslado derivativamente esa discusión a la noción de propiedades, no descarto que puedan presentarse argumentos para bloquear semejante traslado. Evidentemente, no es este el espacio en el que ahondar en estas cuestiones.

⁵⁵ Véase la nota anterior.

⁵⁶ Bix, Brian, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, n° 6, 2003, pp. 537-556.

como de la necesidad propia del idealismo platónico y de las teorías de clases naturales. Se trataría, en una línea de ascendencia wittgensteiniana, de una necesidad correspondiente a cierta sociedad en cierto tiempo, a una determinada “forma de vida”. Detalles al margen, lo importante para nuestros actuales propósitos es que

- 1) sigue sin resultar del todo claro cómo pueden extraerse propiedades invariables de una determinada cosa a través del análisis del concepto de esa cosa si se reconoce que la manera en que dicho concepto está estructurado es contingente, dependiente de determinadas configuraciones culturales; ¿cómo puede un concepto estructurado a partir de una intensión contingente (es decir, que podría haber sido otra) reflejar verdades necesarias sobre una cosa (es decir, que no podrían ser de otro modo)? Y por otro lado,
- 2) se abre paso al cuestionamiento de un tipo de argumento como el que ejemplifica el de la sociedad de ángeles: si la necesidad relevante en la plataforma metodológica raziana no es la necesidad de tipo lógico, ¿cómo es que el argumento —que, asumiendo que sea correcto, muestra que la propiedad de la coerción no es *lógicamente* necesaria para nuestro concepto de derecho— puede tener relevancia para la empresa de elucidar la naturaleza del derecho? Como reseñé más arriba, el propio Raz dice al presentar dicho argumento que cree que es humanamente imposible que exista un sistema jurídico que no prevea sanciones por incumplimiento (dada su visión de la naturaleza humana⁵⁷); pero que no es algo lógicamente

⁵⁷ Y como ahora podrá apreciarse, esta aclaración parece abonar la lectura de Bix. Este *proviso* de Raz parece venir de una distinción que Hart trazó entre tres tipos de enunciados: definiciones, enunciados fácticos estándar sobre lo que de hecho es el caso, y lo que podría denominarse “enunciados naturalistas”, que son aquellos cuya veracidad es dependiente del hecho de que los seres humanos y el mundo en el que viven retengan las características más *salientes* que en efecto tienen al día de hoy. Véase HART, Herbert, *op. cit.*, pp. 246-247. Anna Pintore considera que esto supone una divergencia metodológica entre Hart y Schauer, quien por su parte (y

imposible. Pues bien, si Bix tiene razón, lo importante —para el propio Raz— a efectos de elucidar la naturaleza del derecho es (o al menos debería ser) aquello que es humanamente (im) posible, y no otra cosa, y con ello el argumento de la sociedad de ángeles, una vez más —en este nuevo sentido, por estas otras razones—, parece fracasar.

Hay dos consideraciones razianas que tal vez puedan echar algo más de luz sobre este tema y así disipar alguna de estas sombras problemáticas⁵⁸. En primer lugar, que el modo en que una cultura entiende sus propias prácticas e instituciones (parte de lo cual se refleja en cómo las conceptualiza) no es independiente de lo que son. En segundo lugar, que esas prácticas e instituciones se moldean en parte por la manera en que son consideradas por las personas involucradas en ellas. Puede decirse que hay una relación de ajuste recíproco, una suerte de *equilibrio reflexivo*⁵⁹. De este modo, si restringimos las consideraciones metodológicas de Raz (como parece correcto hacer) a sólo el examen de constructos humanos⁶⁰, resultaría que hay propiedades que mínimamente constituyen el derecho, en cualquier tiempo y lugar (razón por la cual las verdades acerca de estas propiedades serían universales) y propiedades que el derecho de una comunidad adquiere por causa, entre otras, de la comprensión que de él tienen quienes le están sujetos de un modo u otro. El concepto de derecho de una comunidad, para ser tal, debería mínimamente recoger, indicar, las propiedades esenciales del fenómeno jurídico. En este sentido

como ya se ha dicho aquí) propugnaría un basamento más firme en enunciados del segundo tipo, es decir, enunciados fácticos ordinarios. Véase PINTORE, Anna, *op. cit.*, p. 137 (esp. n. 32).

⁵⁸ RAZ, Joseph, “Sobre la naturaleza del derecho”, *cit.*, p. 109.

⁵⁹ El *locus classicus* de esta noción es RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971, p. 18 y su nota.

⁶⁰ Es decir, no aplicamos dichas consideraciones al estudio de cualquier objeto del mundo, asumiendo que hay objetos cuya existencia es completamente independiente de nosotros.

parece que se puede responder a la cuestión 1) del párrafo anterior, es decir, parece adquirir plausibilidad, en los términos del esquema metodológico raziano, la idea de que hay *también* necesidades conceptuales respecto del concepto de derecho, sucedáneas de las necesidades metafísicas bajo las que se constituiría el derecho como fenómeno del mundo (que entonces, a través del concepto, nos serían indicadas). Nuestro concepto (o, quizás mejor, nuestra *concepción*) de derecho, culturalmente relativo, podría asimismo recoger otras propiedades que no son esenciales, *i.e.*, que no son conceptualmente necesarias (de aquí la utilidad que ofrece hablar en términos de la distinción concepto-concepción⁶¹). Por otro lado, la existencia de un concepto de derecho en una comunidad sería meramente contingente, pero allí donde hay uno, para que se trate de un concepto de derecho (y no del de alguna otra cosa), éste deberá recoger necesariamente ciertas propiedades: *esenciales*, en ese sentido.

Como fuera señalado, Raz ha afirmado que, por un lado, sólo a través del análisis conceptual se pueden identificar las propiedades esenciales de las cosas en sí mismas y, por otro lado, que a la filosofía del derecho le ha de preocupar el concepto de derecho de quienes están sujetos a él. Respecto de esto último se alza una vez más la duda de qué tienen entonces que ver los ángeles con la cuestión, y si en la distinción —del propio Raz— entre (im) posibilidades humanas y lógicas, lo relevante no habrían de ser las primeras, y no estas últimas. En tanto, respecto de la cuestión del análisis conceptual como medio de identificación de propiedades

⁶¹ El origen de la distinción probablemente esté en el famoso artículo de GALLIE, William, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198, aun cuando sin dudas se ha desarrollado en el marco de la discusión del núcleo de las ideas allí presentadas. En el ámbito de la teoría del derecho la distinción ha sido popularizada por Dworkin: véase DWORKIN, Ronald, “The Jurisprudence of Richard Nixon”, *The New York Review of Books*, vol. 18, n° 8, 1972, pp. 27-35 e ID., *Law’s Empire*, Fontana Press, 1986, pp. 70-72.

esenciales, las preguntas que surgen son: ¿qué otras tareas competen a la filosofía, además del análisis conceptual? ¿Por qué insistir (de no haber en realidad otras tareas) en la separación entre el análisis del concepto de derecho y el de la naturaleza del derecho?⁶²

Tal vez una forma de respuesta a esto último pueda ser que aunque todas las propiedades esenciales de las cosas están también representadas en propiedades esenciales de (en) los conceptos que las encapsulan, no todas las propiedades de (en) los conceptos representan propiedades esenciales de las cosas. De ser así, a la filosofía le correspondería, luego de la tarea de identificación de propiedades conceptuales, la de discriminación entre las que, de ese conjunto de propiedades, son representativas de propiedades, digamos, “naturales” (esto es, propiedades esenciales de las cosas), de las que no. Reutilizando la terminología referida unos párrafos más arriba, el análisis sería más bien de concepciones —que del concepto— de derecho y a partir de allí se identificaría el concepto, entendido como la representación de las propiedades esenciales del derecho en tanto que fenómeno. Así, la noción de “nuestro concepto” de derecho sería reemplazable por la de (*nuestra*) *concepción* del derecho⁶³.

Creo que este planteo beneficia en un sentido a Raz, por cuanto él distingue adicionalmente entre significados y conceptos, diciendo que mientras los significados establecen los criterios de uso correcto de las palabras, los conceptos identificarían las propiedades esenciales de las cosas⁶⁴. Esta distinción se reafirma con

⁶² En la misma línea, GAIDO, Paula, *op. cit.*, p. 33.

⁶³ Como se ve, esta no es una respuesta a la objeción del párrafo anterior en sentido verbal o literal, porque en términos de la distinción entre concepto y concepción sigue siendo el caso que el análisis del concepto de derecho equivaldría prácticamente al examen de la naturaleza misma del derecho. La diferencia genuina estaría dada entre las respectivas elucidaciones de una determinada concepción del derecho, por un lado, y de la naturaleza del derecho, por el otro.

⁶⁴ Véase RAZ, Joseph, “Dos visiones de la naturaleza de la teoría del derecho: una comparación *parcial*”, trad. P. Navarro, en Id., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, 2013, p. 68; e Id., “¿Puede

lo aquí dicho. Pero, en otro sentido, es una forma de crítica a —o al menos de matización de— su tesis de que el análisis que hace y le corresponde hacer a la teoría del derecho es el de “nuestro concepto” de derecho. Con lo hasta aquí dicho esto ya puede en parte ser apreciado, pero el argumento debe todavía completarse. Para ello puede señalarse lo siguiente.

Ya he referido que de acuerdo con Raz algunos objetos del mundo no son enteramente independientes de nuestros conceptos, sino que están en una relación de ajuste recíproco, de interdependencia, con ellos. En particular, ciertas prácticas e instituciones sociales, que son artefactos creados por los seres humanos y que tendrían un modo de ser que condiciona nuestra propia comprensión de ellos, pero que a la vez serían evidentemente permeables a dicha comprensión: ésta podría moldearlos. Póngase ahora atención en la relación de esto con otra tesis raziana que ya fue expuesta: el derecho puede existir aun en una comunidad que no cuente con un concepto de derecho⁶⁵. No obstante, Raz sostiene que aunque no es necesario poseer un concepto de derecho para que exista un sistema jurídico, sí es condición que se posean ciertos otros conceptos (no jurídicos) que son basales de la entidad social que el derecho es, como, *e.g.*, el concepto de *regla*.

Raz también distingue entre el manejo acabado y la posesión mínima de un concepto. El manejo acabado supone el conocimiento completo de lo que el concepto designa, mientras que la posesión mínima supone solamente el conocimiento de aquellas propiedades esenciales y no esenciales de la cosa que permiten individualizarla respecto de otras⁶⁶. Pero ello le apareja a Raz el

haber una teoría...?”, *cit.*, p. 34. Tal vez este punto pueda servir como elemento para acercar a Raz a la teoría neoclásica de los conceptos, pero dudo de que sea algo determinante. Véase *supra*, n. 51.

⁶⁵ RAZ, Joseph, “Teoría y conceptos...”, *cit.*, p. 117.

⁶⁶ RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría...?”, *cit.*, pp. 35-36. Véase también GAIDO, Paula, *op. cit.*, p. 41.

problema de que puede alegarse que la posesión de los conceptos conexos, mencionados en el párrafo anterior, supone una forma de posesión mínima del concepto que designa directamente, con lo que dejaría de ser cierto que hay objetos del mundo social cuya existencia no requiere posesión alguna de un concepto que los designe; se trata sólo de que basta una posesión mínima, incompleta⁶⁷.

Y si se tiene en cuenta este último problema para la postura de Raz, en conjunción con la pretensión de éste de que, a través del análisis de nuestro concepto de derecho, nuestra teoría jurídica puede obtener verdades universales acerca de la naturaleza del derecho, parece entonces que podemos obtener una nueva crítica: si la existencia del derecho finalmente no es independiente de la posesión (aunque mínima) de un cierto concepto de derecho, entonces o bien las verdades acerca de la naturaleza del derecho que se obtienen a partir de la elucidación de un concepto de derecho local no son necesariamente universales, porque distintos conceptos locales pueden suponer la existencia de distintos derechos; o bien la conversa: si todas las instanciaciones de derechos existentes son subsumibles en alguna clase universal, entonces esa clase universal es caracterizable de una manera que no depende de nuestra particular cultura, es decir, la universalidad de las conclusiones de la teoría del derecho⁶⁸ es posible justamente porque no trabaja (sólo) con “nuestro” concepto de derecho (*concepción*), sino (también, luego de ello) con algo así como “el” *concepto* de derecho. La aceptación de cualquiera de estas alternativas parece bastante onerosa si se parte de la adopción del conjunto de las tesis metodológicas razianas hasta aquí reconstruidas: en cualquier caso parece que habrá algunas tesis a las que, en definitiva, renunciar.

⁶⁷ GAIDO, Paula, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁶⁸ Debe notarse que aunque Raz se preocupa una y otra vez por recalcar cómo la teoría del derecho trabaja con *nuestro* concepto de derecho, no hace una aclaración similar respecto, justamente, de la teoría: no se refiere explícitamente a *nuestra* teoría.

– IV –

Terminada esta pequeña y modesta ampliación de la discusión metodológica que propone Schauer en el presente libro, quisiera concluir recordando que éste, el trabajo que el lector tiene entre manos, es el primero de la tradición 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 características también ya mencionadas como la interdisciplinariedad que adquiere el trabajo por su apelación a estudios empíricos (y el diálogo con otras ciencias sociales que ello supone), así como la sencillez de la prosa en que está escrito y la buena cantidad de ejemplos e ilustraciones que maneja, hacen que *Fuerza de ley* esté llamado a alcanzar un público amplio, no restringido a los profesionales de la teoría del derecho, en el vehículo de su atractiva combinación entre un análisis riguroso y una prosa adecuada a la divulgación.

Por mi parte, no quisiera dejar de expresar mi gratitud por las ayudas recibidas, tanto para la realización de la traducción como para la de este estudio introductorio. Así, agradezco las lecturas de ciertas partes de la traducción, y las valiosas sugerencias al respecto, hechas por Luis M. Esandi (h.), Maribel Narvárez Mora, Diego Papayannis y por los miembros del *Wine Seminar* de filosofía del derecho de Córdoba, Argentina, encabezados por Pablo Navarro. En especial agradezco a Rafael Escudero Alday, quien leyó la traducción por completo y me formuló detalladas observaciones, que resultaron de suma utilidad.

Para la elaboración de este estudio introductorio conté con las lecturas, comentarios y sugerencias de Andrés Bouzat, Pedro Caballero, Juan Cumiz, Marcela Chauhán, Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer Beltrán, Pau Luque y Diego Papayannis. El mérito que pueda haber en uno y otro trabajo se debe fundamentalmente a esas colaboraciones. La responsabilidad por toda falta o demérito corre por supuesto a cargo de quien suscribe.

Girona, julio de 2015

Bibliografía

- ARMSTRONG, David, *Sketch for a Systematic Metaphysics*, Oxford University Press, 2010.
- BIX, Brian, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, n° 6, 2003, pp. 537-559.
- BOBBIO, Norberto, “Naturaleza y función de la teoría del derecho”, en ID., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, 1990, pp. 91-101.
- DWORKIN, Ronald, “The Jurisprudence of Richard Nixon”, *The New York Review of Books*, vol. 18, n° 8, 1972, pp. 27-35.
- *Law’s Empire*, Fontana Press, 1986.
- EHRENBURG, Kenneth, “Law Is Not (Best Considered) an Essentially Contested Concept”, *International Journal of Law in Context*, 7, 2011, pp. 209-232.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego y R. Madrid, Abeledo-Perrot, 2000.
- GAIDO, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, 2011.
- GALLIE, William, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, 1963.
- HIMMA, Kenneth, “The Logic of Showing Possibility Claims”, *Revus*, 23, 2014, pp. 77-104.
- HOLMES JR., Oliver, *La senda del derecho*, trad. E. Russo, Abeledo-Perrot, 1975.
- JACKSON, Frank, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, 1998.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 4° ed. en español, trad. J. del Perojo y J. Rovira, Orbis, 1984.
- LADAVAC, Nicoletta, “Entrevista a Frederick Schauer”, trad. J. Ibarra Cárdenas, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 375-393.

- LAURENCE, Stephen & MARGOLIS, Eric, “Concepts and Cognitive Science”, en MARGOLIS, Eric & LAURENCE, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings*, MIT Press, 1999, pp. 3-82.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford Clarendon Press, 2001.
- MCGINN, Colin, *Truth by Analysis. Games, Names, and Philosophy*, Oxford University Press, 2012.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1980.
- PINTORE, Anna, “«A Rule-Governed Gunman Writ Large?» El puesto de la coerción en The Concept of Law”, trad. J.M. Sauca, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 125-142.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª ed. en español, trad. R. Tamayo, UNAM, 1985.
- *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- “Teoría y conceptos: réplica a Alexy y Bulygin”, trad. R. Sánchez Brígido, en BOUVIER, Hernán, GAIDO, Paula & SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo (eds.), *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, 2007, pp. 111-120.
- *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, trad. H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez, Marcial Pons, 2013.
- RUIZ MANERO, Juan, “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 1991, pp. 321-344.
- SCHAUER, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982.
- “Precedent”, *Stanford Law Review*, 39, 1987, pp. 571-606.
- “The Constitution as Text and Rule”, *William & Mary Law Review*, 29, n° 1, 1987, pp. 41-51.
- “Formalism”, *Yale Law Journal*, 97, n° 4, 1988, pp. 509-548.
- “Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning”, *Supreme Court Review*, 1990, pp. 231-256.

- *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Marcial Pons, 2004 (el original es *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford Clarendon Press, 1991).
- *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. T. Schleider, Marcial Pons, 2013 (el original es *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009).
- “Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie-Detection, and Beyond”, *Cornell Law Review*, 95, 2010, pp. 1191-1220.
- “Hart’s Anti-Essentialism”, en DOLCETTI, Andrea, DUARTE D’ALMEIDA, Luis & EDWARDS, James (eds.), *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, Hart Publishing, 2013, pp. 237-246.
- SCHAUER, Frederick & SPELLMAN, Barbara, “Is Expert Evidence Really Different?”, *Notre Dame Law Review*, 89, n° 1, 2013, pp. 1-26.
- SEARLE, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. L. Valdés Villanueva, Planeta, 1994.
- SPAAK, Torben, “Schauer’s Anti-Essentialism”, disponible online en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539590
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y U. Moulines, Altaya, 1999.

PREFACIO

Este libro fue concebido como una intervención en debates internos a la teoría analítica del derecho, pero ha sobrepasado sus orígenes. El plan inicial era desafiar la idea, predominante desde que H.L.A. Hart publicara su profundamente importante *The Concept of Law* en 1961, de que la naturaleza misma del derecho reside en algo distinto de su capacidad coercitiva. El blanco de Hart era la explicación ofrecida en profundidad, primero por Jeremy Bentham en 1793 y luego desarrollada, de manera muy influyente, por John Austin, discípulo de Bentham, en una serie de lecciones que se publicó luego, en 1832, como *The Province of Jurisprudence Determined*.

De acuerdo con dicha explicación, la característica distintiva del derecho es la forma en la que nos dice qué hacer y nos amenaza con consecuencias desagradables si no obedecemos. Sin embargo, sostuvo Hart, el derecho puede existir sin coerción, y puede encontrarse dondequiera que los funcionarios [*officials*] *internalizan* un conjunto de reglas. El que esas reglas de ordinario estén respaldadas por la fuerza puede ser un hecho importante sobre cómo opera típicamente el derecho, afirmó Hart, pero de todos modos se trata

de algo en gran medida marginal en tanto cuestión filosófica o conceptual. Para Hart, y aun más para quienes lo sucedieron, lo que hace al derecho es la sistemática y estructurada internalización de reglas, y no el hecho de que éste frecuentemente respalde esas reglas con la amenaza de la fuerza.

Por razones que serán resumidas en el capítulo 1 y desarrolladas en los capítulos 2, 3 y 4, yo cuestiono la visión de Hart y me pregunto si la fuerza y la coerción son tan irrelevantes para explicar la naturaleza del derecho como tal vez Hart y ciertamente sus legiones de seguidores han asumido. Pero se me ha hecho claro que el rol de la fuerza en el derecho no puede simplemente ser relegado al margen en los debates de la teoría filosófica del derecho. Más bien, el tema de la fuerza jurídica tiene dimensiones sociológicas, psicológicas, políticas y económicas que van mucho más allá de lo conceptual y lo filosófico. Lidiar con estas dimensiones empíricas de la persistente coercitividad del sistema jurídico nos puede ayudar a entender qué es el derecho, cómo opera, y el papel que cumple en la organización de la sociedad.

La comprensión del derecho como típicamente coercitivo está lejos de ser una revelación. Pero hay razones por las cuales Hart y sus seguidores han minimizado esta aparentemente obvia característica del derecho. En particular, se sostiene a menudo que muchas personas obedecen el derecho sólo porque se trata del derecho y no por lo que éste pueda hacerles si desobedecen. Si esto es cierto, y por ende si la guía jurídica no forzada es algo generalizado, entonces la coerción jurídica se entiende mejor como los esfuerzos del Estado por controlar a las minorías de disidentes, más que como explicativa de qué significa el derecho y qué hace por la mayoría de la población. Pero la tesis de que hay un extendido seguimiento del derecho sólo porque es el derecho bien puede ser falsa respecto de los ciudadanos comunes y, quizás de manera sorprendente, incluso más falsa respecto de los funcionarios. La explicación y documentación de estas conclusiones conforman

una gran parte de este libro. Porque si ni los ciudadanos ni los funcionarios están muy inclinados a obedecer el derecho cuando lo que éste ordena choca con lo que ellos hubieran hecho sobre la base de fundamentos ajenos al derecho mismo, la necesidad de la coerción resulta manifiesta. Una forma de entender la motivación de este libro, entonces, es como tratándose de un intento por dar cuenta de lo que parece un hecho obviamente importante sobre el mundo: el derecho es comúnmente —y esto es valioso— coercitivo. Podríamos decir, junto con gran parte de la comunidad contemporánea de teóricos del derecho, que el persistente hecho de la coercitividad del derecho no es realmente tan importante, o al menos no tan importante en términos iusteóricos. O podríamos, de manera preferible según lo veo, tratar de explicar por qué esta faceta del derecho que parece tan importante para ciudadanos comunes, funcionarios y comentadores que no son teóricos del derecho se ha vuelto y es en efecto tan importante. El principal objetivo de este libro es el de hacerse cargo de esta última tarea, en numerosas dimensiones y desde varios ángulos.

El hecho de que una característica del derecho tan importante y distintiva para casi cualquiera excepto los filósofos del derecho sea tan marginal para la empresa iusteórica, dice algo sobre la empresa misma de la filosofía —teoría— del derecho. Así, este libro en parte es también un desafío a un modo prevaeciente de investigación en la teoría jurídica. Para la mayoría de los practicantes contemporáneos de la teoría del derecho, la principal o aun exclusiva tarea que les compete es la de identificar las propiedades *esenciales* del derecho, las propiedades sin las cuales no se trataría de derecho y que lo definen en todos los posibles sistemas jurídicos, en todos los mundos posibles. Pero esa comprensión de la empresa iusteórica descansa en la que es al menos una altamente controvertida y muy posiblemente equivocada perspectiva sobre la naturaleza de nuestros conceptos y categorías, y de la naturaleza de muchos de los fenómenos —incluyendo al derecho— con los

cuales esos conceptos y categorías están conectados. Al subrayar la importancia de la coerción para el derecho tal como existe y es experimentado, sin insistir no obstante en que la coerción sea una característica esencial de cada derecho o aun de cada sistema jurídico imaginable, desafío los métodos de la moderna teoría jurídica tanto como a una de sus importantes conclusiones. Ambas metas están ligadas en este libro, pero el lector debería retener en mente que se trata de dos metas distintas y no una.

Trabajo de acuerdo a la desventaja que trae aparejada la opinión ya pasada de moda según la cual los libros deberían ser escritos como libros y de que la mayoría de los libros que son colecciones de artículos publicados previamente se leen como colecciones de artículos publicados previamente. Pero aunque este libro ha sido escrito como un trabajo unitario de principio a fin, me he beneficiado de la oportunidad de hablar y escribir sobre las dimensiones coercitivas del derecho en numerosas ocasiones, y con ello de refinar mis ideas en respuesta a críticas orales y escritas. De modo que no hay duplicaciones de texto o estructura aunque algunas de las ideas que aquí ofrezco han sido ya materia de artículos anteriores en el *Canadian Journal of Philosophy*, *Ratio Juris*, el *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, el *Yale Law Journal*, y *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, de dos lecciones en el *Jurisprudence Discussion Group* de la Universidad de Oxford y de cuatro lecciones con nombre propio publicadas subsecuentemente: la *MacCormick Lecture* en la Universidad de Arizona, la *Sibley Lecture* en la Universidad de Georgia, la “Or” Emet Lecture en la Osgoode Hall Law School de la Universidad de York y la *Julius Stone Lecture* en la Universidad de Sydney. Al haber escrito sobre este tema con diferentes palabras y un diferente enfoque, me resulta cómodo afirmar que mi pensamiento sobre la coerción jurídica es ahora tanto sustancialmente distinto como más refinado que el de aquellas ocasiones anteriores. Decidirá el lector si los cambios y refinamientos sucesivos han sido para mejor.

Gran parte de este libro fue completada mientras me tomaba un año sabático concedido por la Universidad de Virginia, institución a la que le estoy agradecido no sólo por esa temporada sino, y de manera más importante, por muchas otras formas de apoyo, tanto tangible como intangible. Pasé el año sabático en la Columbia Law School, cuya facultad y personal fueron de ayuda en diversas maneras. Larry Alexander, Charles Barzun, Brian Bix, Sarah Conly, Nicoletta Ladavac, Dan Ortiz, Verónica Rodríguez-Blanco, Kenneth Winston y Adrian Vermeule realizaron comentarios detallados sobre todo el manuscrito, y Kim Ferzan, John Gardner, Grant Lamond, Margaret Martin, Rip Verkerke y Sai Prakash sobre mucho de él, todos quitando tiempo valioso a sus propios trabajos para ayudarme con el mío. Le estoy también agradecido a los oyentes en las universidades de Cornell, la Universidad Hebrea de Jerusalén, la Universidad de Melbourne, la Universidad de Oxford, la Universidad de Toronto, la Universidad de Estocolmo y la Universidad de Virginia, cada una de las cuales me proveyó de un valioso foro en el que pulir los argumentos para el manuscrito final. Y en la medida en que este libro tenga frases más cortas y más largas referencias a datos empíricos del que hubiese sido el caso de otro modo, le estoy especialmente agradecido a Bobbie Spellman, quien leyó el manuscrito entero con la mezcla justa entre apreciación y escepticismo, y cuyo apoyo en tantas otras formas no puede ser agradecido mediante ninguna de las palabras que yo tenga la capacidad de escribir.

UNA NOTA ACERCA DE LAS NOTAS

Para los parámetros del trabajo escrito en la teoría del derecho contemporánea, las notas que acompañan el texto son extensas. Cuando Hart escribió *The Concept of Law*, la teoría del derecho estaba dominada por largos tratados que ofrecían referencias exhaustivas y elaboradas categorizaciones, pero que tenían poca aspiración de aportar ideas nuevas. Consecuentemente, Hart creyó útil enfatizar que el suyo no era un libro acerca de otros libros. Sus referencias eran escasas y, algo poco convencional para la forma de escritura académica de la época, estaban confinadas al final del libro. Cualesquiera sean los méritos o deméritos de la iniciativa de Hart, la mayoría de quienes le sucedieron la han adoptado con entusiasmo, de manera que en nuestros días un libro o artículo típico de filosofía del derecho contiene una desgraciadamente pequeña cantidad de referencias a otros trabajos.

Personalmente, rechazo este modelo. La actividad académica es de tipo colectivo y los trabajos académicos con pocas referencias tienden a exagerar la novedad de las contribuciones de sus autores, ignorar la medida en la que trabajo se construye sobre la base de lo que ha sido hecho por otros y ofrecer escasa asistencia al lector que

busca una guía informada a otros textos y al ambiente académico más general al que el trabajo que tiene entre manos pertenece. Consecuentemente, creo que es mucho mejor proveer excesivas referencias, que demasiado pocas. Si estas referencias pueden ofrecerle asistencia bibliográfica al lector que busca indicaciones de otros trabajos, se estará prestando un servicio valioso. Si consiguen dejar claro que mis contribuciones se construyen sobre la base de las de otros y están ubicadas dentro de una comunidad más amplia de académicos, se estará prestando un servicio todavía más valioso.

Dicho esto, admito que la alternancia constante entre el texto principal y las notas a pie de página es una molestia y una distracción a la hora de intentar leer un libro o artículo. Por ello el texto que sigue a continuación tiene las notas al final, en lugar de a pie de página, pero puede ser leído sin la menor pérdida si no se consultan las notas*. Allí donde éstas contengan digresiones textuales y no simplemente referencias, las digresiones son precisamente eso, y queda invitado el lector a leerlas aparte del texto para determinar si lo que dicen, y el lugar en el que lo dicen, puede resultar de algún interés.

* Nota del Editor: En la edición original las notas se encuentran al final de cada capítulo; sin embargo, para esta edición se ha considerado conveniente colocarlas como notas al pie de página por ser de uso más convencional para el lector.

1

INTRODUCCIÓN:

LA FUERZA DEL DERECHO

1.1. LA UBICUIDAD DE LA COERCIÓN

El derecho nos hace hacer cosas que no queremos hacer. Tiene también otras funciones, pero quizás el aspecto más visible del derecho sea su frecuente insistencia en que actuemos de acuerdo con sus deseos, no obstante nuestros intereses personales o mejores juicios. El derecho nos ordena que paguemos impuestos aun cuando tengamos mejores usos a que destinar nuestro dinero y pensemos que los impuestos sean desaconsejables. Nos requiere que obedezcamos las regulaciones de tránsito incluso cuando las circunstancias las hacen parecer inútiles. Y a veces nos hace entrar en el servicio militar, aunque podamos creer que la guerra es inmoral, los peligros exagerados o los enemigos imaginarios.

Difícilmente es el derecho el único habitante de nuestro universo normativo. La moral también le hace demandas a nuestro comportamiento, tal como lo hacen los modales, la etiqueta y otras incontables normas sociales. Pero el derecho, a diferencia de la moral y la etiqueta, posee recursos con los que compeler al cumplimiento en modos que otros sistemas normativos no tienen a su alcance. Puede que esté mal decir mentiras o cortarse

las uñas en público, pero la desobediencia de estas restricciones a menudo no acarrea ningún tipo de sanción. Y a pesar de que ese comportamiento atrae los castigos sociales de la desaprobación, el escarnio, la culpa, el ostracismo y el daño a la reputación, los castigos son difusos y asistemáticos. Por contraste, el derecho tiene sanciones a su disposición que son sistemáticas, a menudo severas, y muy notorias. El sistema jurídico nos puede poner en prisión, quitarnos nuestro dinero y en algunos lugares hasta azotarnos y matarnos. Además, cuando el derecho impone tales sanciones, comúnmente se entiende que está operando de manera justificable, esto es, legítimamente. Por supuesto, el derecho a menudo es sujeto a crítica moral y política cuando impone sus sanciones de manera injusta, poco sensata, imprudente o inmoral, pero sigue siendo ampliamente aceptado que el derecho puede, de manera legítima, usar de ordinario la fuerza para asegurar el cumplimiento de sus directivas¹.

Que el derecho puede forzar a la gente a hacer cosas que no quiere hacer y que a veces van contra sus propios intereses o propio (y no necesariamente autointeresado) juicio, puede parecer algo demasiado obvio como para justificar que se piense o escriba mucho sobre ello. Pero aquí, como en otros asuntos, las cosas a menudo no son lo que parecen. Durante más de un siglo, los filósofos del derecho, inspirándose en H.L.A. Hart², se han preguntado si la fuerza, la coerción y las sanciones son tan importantes para comprender la naturaleza del derecho como la persona ordinaria —el buen

¹ En el capítulo 9 trato sobre si hay distinciones importantes para hacer entre “sanciones”, “fuerza”, “coerción”, “compulsión”, y las tantas otras ideas y términos que habitan el mismo vecindario conceptual. Por ahora usaré estas palabras de manera más o menos intercambiable, dependiendo del contexto, pero por el momento sin intención de marcar diferencias entre ellas.

² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2012) (publicado originalmente en 1961).

padre de familia*— cree. Leslie Green, por ejemplo, afirma que un régimen de “puros imperativos” que simplemente “mandonee a las personas” o que emplee un “sistema de precios” que “estructure sus iniciativas aunque les dé libertad para actuar como prefieran” ni siquiera contaría en absoluto como un “sistema de derecho”³. Tales esfuerzos por marginar el lugar de la nuda fuerza en la explicación de lo que hace distintivo al derecho se toma de la aparentemente acertada observación de Hart de que el derecho a menudo otorga potestades, en lugar de ejercer la coerción. Establece las estructuras e incluso los conceptos mismos con los cuales las personas pueden crear corporaciones, elaborar testamentos y, en especial,

* N.T.: El autor aquí escribe “el hombre en el ómnibus Clapham [*man on the Clapham omnibus*], como dicen curiosamente los ingleses”. El *man on the Clapham omnibus* es el modelo de una prototípica persona razonable que se utiliza como base para evaluar el nivel de cuidado o la razonabilidad y sensatez de una persona en una determinada acción por la que está siendo juzgada en un contexto judicial. Se trata genéricamente del mismo tipo de modelización que importa la referencia al *buen padre de familia* en nuestro medio. La expresión es usada por Schauer en otras partes del libro y es traducida siempre del mismo modo.

³ Leslie GREEN, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, 83 (2002), 1035-1058, en 1049. De manera similar, al comentar el argumento de Hart contra aquellos que ven al derecho como “la situación del asaltante a escala mayor” (HART, *The Concept of Law*, 6-7), John Gardner describe la posición basada en la sanción que Hart discute como “tristemente... familiar”. John GARDNER, “How Law Claims, What Law Claims”, en Matthias KLATT, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 29-44, en 37. En el mismo sentido, Jules Coleman sostiene en *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 72, que “la teoría del derecho es el estudio, en parte, de cómo el derecho se propone gobernar la conducta. No es el estudio de cómo el derecho se asegura el acatamiento individual de los derechos y obligaciones que crea por medio de sus directivas”. Y véase también, en una línea en general idéntica, P. M. S. HACKER, “Sanction Theories of Duty”, en A. W. B. Simpson, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)* (Oxford: Oxford University Press, 1973), 131-170; y D. N. MACCORMICK, “Legal Obligation and the Imperative Fallacy,” en SIMPSON, *Oxford Essays...*, 100-130; este último describe el énfasis en los imperativos respaldados por la amenaza del uso de la fuerza como “una de las falacias perennes y persistentes de la filosofía del derecho” (101).

formar gobiernos. Y sin embargo comprender el derecho como siendo coercitivo cuando opera de esta manera parece extraño. El derecho, después de todo, no parece preocuparse por si hago un testamento o no, y ciertamente no me coacciona para hacer uno o no hacerlo. Pero aunque la elección de hacer o no un testamento es mía, es el derecho lo que en primer lugar me posibilita hacerlo. Sin el derecho simplemente no habría tal cosa como un testamento, justo como sucede que sin las reglas y la institución del ajedrez no habría cosas tales como el jaque mate y el enroque, y sin las reglas del bridge (o béisbol) sería conceptualmente imposible declarar bazas, ofertarlas o batear un *grand slam*. Como algunos aspectos de lo que claramente es el derecho no parecen ser coercitivos en ningún sentido claro de coerción, podemos apreciar la distorsión inherente a cualquier intento por hacer calzar todo el derecho en las ideas de fuerza o compulsión.

Que el derecho sea a menudo constitutivo⁴ y que confiera potestades, en lugar de ser coercitivo, es una parte importante del porqué de Hart y sus sucesores para haber denigrado el énfasis en la coerción en su intento por entender el fenómeno del derecho. Pero aun más importante es el hecho de que es posible, ciertamente en teoría y ocasionalmente en la práctica, entender por qué las personas hacen cosas que no quieren simplemente porque el derecho les dice que eso deben hacer pero no porque esas órdenes vengan acompañadas por la amenaza de la fuerza. Esto es, las personas pueden acatar el derecho sólo porque es el derecho pero aun sin atender a lo que éste pudiera hacerles si no lo obedecen. Por ejemplo, en algunos países —aunque decididamente no en el mío— los peatones se paran obedientemente frente a los semáforos peatonales en rojo aun cuando no haya ningún automóvil u oficial de policía a la vista. Al hacerlo, parecen creer que el derecho debería ser obedecido también cuando sus directivas al compor-

⁴ La dimensión constitutiva del derecho se analizará *in extenso* en el capítulo 3.

tamiento parezcan innecesarias, irrazonables o poco prudentes y aun cuando las sanciones jurídicas estén o bien ausentes o bien sean de tan difícil imposición como para hacer de su existencia algo irrelevante. Del mismo modo, los gobiernos y los sistemas jurídicos, que son en sí mismos la fuente del poder para ejercer la coerción sobre los ciudadanos para que actúen conforme a derecho, existen, en primer lugar, no por causa de la fuerza, sino porque han aceptado —internalizado— las reglas que establecen y circunscriben su poder oficial, y a menudo parecen haber hecho tal cosa independientemente de cualquier temor a sanción alguna o a otras formas de coerción.

De esta forma parece que el derecho no-coercitivo puede existir y de hecho existe. Pero sigue en pie la pregunta acerca de qué deberíamos hacer respecto de este fenómeno. Para algunos teóricos, como ejemplifica el pasaje de Green citado más arriba, deberíamos darle suma relevancia. En la tradición que se considera que ha establecido Hart, el hecho de la posible y ocasional falta de coerción del derecho se ve como prescindible en la caracterización de la *naturaleza* del derecho⁵, al menos si entendemos, como los seguidores de Hart han entendido (aunque tal vez no el propio Hart⁶), la naturaleza de algo como referida a sus propiedades necesarias o esenciales, las propiedades sin las cuales se trataría de otra cosa, diferente⁷. De manera que si la naturaleza del derecho

⁵ Véase, por ejemplo, Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011). Shapiro dice: "...creo que es un error considerar que las sanciones son una característica *necesaria* del derecho. No es imaginable un sistema jurídico sin sanciones..." (169). Continúa diciendo "...no estoy de acuerdo con la afirmación de que el derecho necesariamente utilice la fuerza..." (175-176).

⁶ Véase Frederick SCHAUER, "Hart's Anti-Essentialism", en Andrea Dolcetti, Luis Duarte d'Almeida, & James Edwards, eds., *Reading H.L.A. Hart's "The Concept of Law"* (Oxford: Hart Publishing, 2013), 237-246.

⁷ Véase SHAPIRO, *Legality*, donde sostiene que "...descubrir la naturaleza de una entidad es, en parte, descubrir aquellas propiedades que tiene *necesariamente*. [...] Por lo tanto, determinar la naturaleza del derecho, [...] consiste en parte en descubrir sus

es la colección de sus propiedades esenciales en todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos posibles y si hay cosas que claramente son derecho —como la institución testamentaria o el comportamiento obediente de los finlandeses cuando se enfrentan con la inútil restricción de cruzar una intersección de calles que está desierta— pero que no parecen ser coercitivas, entonces la coerción no puede ser considerada esencial para el derecho. Y si la coerción no es esencial para la idea misma o concepto de derecho, prosigue el argumento, entonces pierde el interés filosófico o teórico que pudiera tener para explicar la naturaleza del derecho, más allá de la obvia importancia que la coerción tenga para sociólogos, psicólogos y el buen padre de familia. Joseph Raz es el más claro y tajante al respecto: “La sociología del derecho proporciona gran abundancia de información detallada y de análisis de las funciones del derecho en sociedades particulares. La filosofía del derecho tiene que contentarse con aquellas pocas características que todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen”⁸.

Sin embargo hay un problema: la plausibilidad de la anterior conclusión depende de dos premisas cuya propia plausibilidad es difícilmente autoevidente. Primero, asume que la naturaleza de algo se entiende mejor en términos de sus características, o propiedades, necesarias o esenciales. Pero esto dista de ser obvio⁹. La naturaleza o esencia de cualquier concepto o categoría puede a veces, a menudo, o siempre, ser un conglomerado de propiedades interrelacionadas, ninguna de las cuales es individualmente

propiedades necesarias, es decir, aquellas propiedades que el derecho no podría dejar de tener”. (9).

⁸ Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 104-105. Pueden encontrarse afirmaciones similares en Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001), 17-25.

⁹ Véase Frederick SCHAUER, “On the Nature of the Nature of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98 (2012), 457-467. Véase también *infra* cap. 3.

necesaria¹⁰. O puede ser que el concepto, categoría o institución

¹⁰ La tesis de que nuestras palabras y conceptos y aun los fenómenos a los que se refieren pueden ser entendidos no en términos de propiedades esenciales, sino en cambio por referencia a un conglomerado de propiedades conectadas por no más que un “parecido de familia”, es notablemente asociada con Ludwig WITTGENSTEIN, quien usaba el ejemplo de los juegos para demostrar la existencia de conceptos que se resisten a la definición a través de propiedades necesarias y suficientes. Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, 4ª ed., trs. G. E. M. ANSCOMBE, P.M.S. HACKER, & Joachim SCHULTE (Oxford: Basil Blackwell, 2009), ¶66. En relación con esto, véase Max BLACK *Problems of Analysis* (London: Routledge & Kegan Paul, 1954, cap. 2); luego John SEARLE ofreció la idea, relacionada, del “concepto racimo” [*cluster concept*], uno cuya aplicación no es una función de criterios necesarios o suficientes, sino en cambio de una lista ponderada de criterios, ninguno de los cuales es necesario o suficiente. John R. SEARLE, “Proper Names”, *Mind*, 67 (1958), 166-173, subsecuentemente refinada y desarrollada en John R. SEARLE, *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1983), 231-261, en gran medida como una respuesta a la crítica contenida en Saul A. KRIPKE, *Naming and Necessity* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980). La idea general queda mejor capturada por la metáfora que da Wittgenstein: los componentes de un concepto no son como los eslabones de una cadena, donde cada uno es esencial por cuanto la remoción de alguno destruye la cadena, sino como las hebras de una soga, que se entrecruzan y solapan, pero donde ninguna hebra individualmente corre a lo largo de toda la soga. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, ¶67.

La crítica más prominente de la noción de parecido de familia es la de Bernard SUITS, *The Grasshopper: Games, Life and Utopia* (Boston: David R. Godine, 1990) (publicado originalmente en 1978). Para algo más reciente, véase a Colin MCGINN, *Truth by Analysis: Games, Names, and Philosophy* (New York: Oxford University Press, 2011). Entre las defensas contemporáneas del análisis conceptual basado en la existencia de condiciones necesarias y suficientes que vale la pena mencionar se encuentra Frank JACKSON, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Oxford: Oxford University Press, 1998). Joseph Raz defiende la búsqueda de las propiedades esenciales del derecho, y rechaza el enfoque del parecido de familia como correspondiente a la semántica (e irrelevante para la teoría del derecho), en “Can There Be a Theory of Law?”, en Martin P. Golding & William A. Edmundson, eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2005), 324-342.

No es esta la ocasión en la que debatir sobre la plausibilidad que en definitiva puedan tener las ideas de parecido de familia, conceptos racimo, y las perspectivas esencialistas o anti-esencialistas acerca de nuestras palabras, conceptos y los fenómenos a los que esas palabras y conceptos se conectan. Volveremos sobre estas cuestiones en el capítulo

del derecho, al menos, no tenga esencia, al ser una colección de fenómenos demasiado diversos como para poder ser capturado o explicado por una o más propiedades necesarias. Y no obstante, aun sin intentar resolver algunos de los más profundos problemas sobre el lenguaje, los conceptos y la división del mundo en categorías, puede que a menudo sea más valioso centrarse en lo típico que en las características o propiedades necesarias de alguna categoría o fenómeno social. Tal como podemos aprender mucho sobre las aves por el hecho típico aunque no necesario de que las aves vuelan y como entendemos importantes aspectos de la historia y la química del vino al enfocarnos en el hecho de que éste es típica aunque no necesariamente hecho a partir de uvas, también puede que aprendamos mucho sobre el derecho en general, y no sólo sobre el derecho en tal o cual sistema jurídico en este o aquel momento puntual, a partir de sus características típicas, aunque no sean necesarias.

Segundo, no deberíamos aceptar muy apresuradamente que el campo de investigación designado como “filosófico” deba quedar limitado a la búsqueda de propiedades esenciales, aun si todos o algunos de nuestros conceptos tienen tales propiedades esenciales¹¹.

3. En este punto, sin embargo, vale la pena notar que incluso si Wittgenstein, Searle y otros anti-esencialistas están equivocados, sea sobre los juegos en particular o sobre el lenguaje y los conceptos en general, la comprensión de la naturaleza del fenómeno social que es el derecho todavía puede no resultar mejor —o aun bien— iluminada por un enfoque demasiado insistente en las propiedades necesarias del derecho, más que en las típicas.

¹¹ Para una poderosa defensa de una tal (estrecha) concepción de la filosofía, véase MCGINN, *Truth by Analysis*... Un ejemplo particularmente vívido de este enfoque en referencia particular a la filosofía del derecho es la cita hecha arriba de RAZ, *The Authority of Law*... El hecho de que la idea de Raz sobre la tarea de la filosofía es estrecha no constituye necesariamente una falta de su parte, pero ahora que tanta de la filosofía contemporánea es en parte empírica, y a veces incluso experimental, es útil reconocer que la concepción de Raz de la filosofía, aunque de ningún modo sea de su mera idiosincrasia (véase MCGINN, *Truth by Analysis*...), dista de ser universalmente (o quizás aun sustancialmente) aceptada siquiera por los filósofos

Ni tengo el interés ni estoy en posición de delinear o patrullar los límites de la disciplina que llamamos “filosofía” o la subdisciplina designada como “filosofía del derecho”. Aun así, las varias herramientas analíticas y argumentativas de la filosofía bien pueden ser empleadas con provecho sobre formas de comprensión distintas de la ampliamente no-empírica búsqueda de condiciones necesarias (u, ocasionalmente, necesarias y suficientes) que caracteriza al análisis conceptual contemporáneo. Y en cualquier caso no debemos dejar que las contingentes y controvertidas demarcaciones actuales de las disciplinas académicas circunscriban nuestra investigación o se interpongan en el camino de dicha investigación a dondequiera que nos pueda llevar.

Por lo tanto, aunque el presente examen del papel de la coerción en la explicación del carácter y lo distintivo del derecho por momentos será filosófico o conceptual en estilo y método, muchas veces, sin vergüenzas, traspasará esos límites definidos por la disciplina filosófica o aceptados, de manera más bien estrecha, por muchos practicantes contemporáneos de la filosofía del derecho. Algo de lo que sigue será sociológico, en el más amplio sentido, y buena parte hará uso de investigación hecha en el campo de la psicología experimental. Algo será tomado de conclusiones empíricas y analíticas de la economía y de la ciencia política. Y nada de lo que venga conformará una teoría del derecho; ni, por lo demás, una teoría de ninguna otra cosa. Tal vez Oliver Wendell Holmes haya exagerado la cuestión en contra de las teorías generales cuando dijo “No me preocupan nada los sistemas, sólo las ideas [*insights*]”¹².

profesionales. Véase Brian LEITER, “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2011), 663-677; William RAMSEY, “Prototypes and Conceptual Analysis”, en Michael R. DePaul & William Ramsey, eds., *Rethinking Intuition: The Psychology of Intuition and Its Role in Philosophical Inquiry* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1998), 161-178.

¹² Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr., a Harold J. Laski (5/01/1921), en Mark De Wolfe Howe, ed., *The Holmes-Laski Letters*, vol. 1 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1953), 300.

Pero al menos en el caso del derecho podemos, históricamente, y en especial recientemente, habernos perdido muchas ideas por hacer una búsqueda demasiado insistente de una explicación —o teoría, si se quiere— única, sistemática y unificadora. El derecho puede simplemente ser un fenómeno social demasiado diverso como para admitir una teoría unificadora con mucho poder explicativo. O aun si fuera posible una teoría de la esencia del derecho, o sólo de sus propiedades necesarias, tal teoría podría resultar tan abstracta como para dejar sin respuesta demasiadas preguntas interesantes, incluyendo preguntas filosóficas, acerca del derecho, los derechos y los sistemas jurídicos. Este libro es entonces una exploración de varios aspectos de la dimensión coercitiva del derecho, realizada en gran medida de manera filosófica y analítica, pero con algo de asistencia empírica. Es una explicación y no una teoría. Ciertamente no conforma un sistema. Pero quizás una mera explicación pueda tener algo de valor.

1.2. OBEDIENCIA AL DERECHO

Puede que el derecho no consista sólo en decirle a la gente cómo comportarse, pero ello al menos parece una gran parte. Y cuando el derecho está en su faz de ordenar y prohibir, en lugar de en la de conferir potestades, típicamente respalda sus órdenes y prohibiciones con la amenaza creíble de la fuerza bruta u otras sanciones para el caso de incumplimiento. El derecho nos dice qué hacer y nos dice que si no obedecemos nos sucederán cosas malas; tal vez la cárcel, tal vez una multa en dinero, tal vez alguna otra cosa desagradable. La amenaza de dolorosas o costosas sanciones en caso de desobediencia parece una gran parte de cómo opera el derecho y de cómo busca asegurarse el cumplimiento de sus mandatos.

Detrás de la ubicuidad de la fuerza jurídica yace el presupuesto de que sin fuerza el derecho es a menudo impotente. La actuación conforme a derecho puede presentársenos como algo muy extendido cuando lo que manda el derecho va alineado con lo que la gente en general haría de todos modos, pero cuando lo que el

derecho manda diverge de lo que la gente haría de todos modos o de lo que de otra manera considera lo correcto, la necesidad de la amenaza de la fuerza se deja ver. Quizás si la gente siempre, o aun usualmente, obedeciera el derecho sólo porque se trata del derecho, no obstante su interés personal o su mejor juicio no necesariamente autointeresado, el derecho tendría menos necesidad de usar el nudo poder que normalmente tiene a su disposición. Pero como veremos más abajo, especialmente en los capítulos 5 y 6, ese no es nuestro mundo. En nuestro mundo —y más en algunas partes que en otras— las personas generalmente hacen lo que quieren hacer o lo que piensan que es lo correcto hacer, a menos que alguna fuerza externa las haga actuar de otra manera. El lado coercitivo del derecho emerge así como una consecuencia de la menos que perfecta —ya veremos cuánto menos— voluntad de los sujetos de derecho de acatarlo solamente porque es el derecho.

Al enmarcarse la cuestión en términos de la proclividad de la gente hacia la obediencia al derecho se ponen a la luz cuestiones tanto conceptuales como empíricas. ¿Qué significa exactamente acatar u obedecer el derecho? ¿Es acatar el derecho lo mismo que obedecerlo sólo porque es el derecho? ¿Todo acto conforme a derecho es también un acto de obediencia al derecho? Dilucidar estas cuestiones es importante, como lo ha sido por generaciones. En efecto, si miramos atrás a Sócrates y sus razones para acatar la sentencia de su propia muerte aun cuando pensaba que se trataba de una sentencia injusta, vemos que el tema ha estado entre nosotros incluso más tiempo¹³. De modo que debemos embarcarnos

¹³ La cuestión llega hasta nosotros a través de Platón, en sus *Critón*, *Eutifrón* y *Fedo*. Entre los comentarios importantes, tanto históricos como filosóficos, se incluyen Reginald E. ALLEN, *Socrates and Legal Obligation* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1980); Thomas C. BRICKHOUSE & Nicholas D. SMITH, *Socrates on Trial* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1989); I. F. STONE, *The Trial of Socrates* (Boston: Little, Brown, 1988); Robin WATERFIELD, *Why Socrates Died: Dispelling the Myths* (New York: W. W. Norton, 2009); A. D. WOOLLEY, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito* (London: Duckworth, 1979).

en un análisis cuidadoso, distinguiendo la obediencia al derecho (o el tener una razón para obedecer al derecho) de la actuación consistente con o de acuerdo al derecho y con ello distinguiendo el tener una razón para acatar el derecho sólo porque es el derecho de la adopción del mismo comportamiento que hubiésemos adoptado incluso si éste no hubiera estado regulado por el derecho¹⁴. Después de todo, es cierto que mi práctica de abstenerme del homicidio, la violación, el incendio de la propiedad y el tráfico de información privilegiada, me pone en situación de cumplimiento del derecho, pero el derecho no es parte de mi falta de voluntad para involucrarme en esas actividades, y ni mi comportamiento ni mis inclinaciones cambiarían un ápice si las leyes que prohibieran tales actos fuesen derogadas mañana.

Habiendo delineado qué significa obedecer o acatar al derecho y con ello qué significa que el derecho haga una diferencia en nuestras decisiones y comportamiento, nos abocaremos entonces al plano empírico, examinando si la gente en realidad obedece el derecho sólo porque es el derecho. Y si hay gente que así lo hace, ¿cuán a menudo lo hace y en qué circunstancias? Como veremos en capítulos posteriores, dista de ser claro que la obediencia al derecho con independencia de las sanciones, por parte de los funcionarios o por la de ciudadanos comunes, sea siquiera cercana a lo tan normal que muchos teóricos y otros creen¹⁵. Cuando especificamos qué es obedecer el derecho, y cuando quitamos de escena el castigo y otras sanciones coercitivas, resulta que la obediencia al derecho sólo porque es el derecho y no por lo que sucederá si no lo hacemos es difícilmente algo generalizado. Claramente, esto varía según el área del derecho, y aun más con el tiempo, lugar y cultura jurídica de que se trate, pero la noción de que el derecho puede hacer lo que se propone simplemente por su intrínseco poder moral o de

¹⁴ Véase capítulo 5.

¹⁵ Véase capítulos 6 y 7.

otro tipo —su normatividad, en la jerga técnica de la teoría del derecho¹⁶— parece sustancialmente exagerada¹⁷.

Y así la fuerza vuelve a entrar en escena. Si los mandatos del derecho a menudo entran en conflicto con los juicios independientes del derecho que hacen funcionarios o ciudadanos, y si en muchas de esas ocasiones el derecho está en lo correcto y lo que los sujetos harían de otro modo está equivocado, y aun más, si los sujetos normalmente acatan su propio juicio y no el del derecho en tales ocasiones, entonces el poder coercitivo del derecho —su nuda fuerza, si se quiere— se vuelve necesario para que el derecho haga lo que necesita hacer. En efecto, la persistencia de la fuerza y de la amenaza de ésta puede ser lo que hace distintivo al derecho. La moral nos urge a que realicemos ciertas acciones y nos abstengamos de otras, y los funcionarios públicos y otros abogados hacen mucho de esto mismo cuando operan de modo persuasivo y no coercitivo. Pero hay una diferencia entre los mandatos de la moral y los del derecho, y entre las meras recomendaciones de los funcionarios y los edictos de esos funcionarios cuando están respaldados por sanciones. Como veremos, bien puede ser que las sanciones y la coerción —la fuerza del derecho— sean lo que distingue al derecho

¹⁶ Los filósofos del derecho invierten mucho tiempo y tinta en la cuestión de la normatividad del derecho, la cuestión de si y cómo puede el derecho ejercer fuerza normativa no reducible ni a la fuerza moral de su contenido ni a una obligación moral de obedecer al derecho simplemente porque es el derecho. Junto con otros (véase Brian BIX, “KELSEN and Normativity Revisited”, en Carlos Bernal & Marcelo Porciuncula, eds., *Festschrift for Stanley L. Paulson* (Madrid: Marcel Pons, en prensa) David ENOCH, “Reason-Giving and the Law”, *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1 (Leslie Green & Brian LEITER, eds.) (2011), 1-38; Torben SPAAK, “Plans, Conventions, and Legal Normativity”, *Jurisprudence*, 3 (2012), 509-521)), y como se verá y explicará en los capítulos 4 y 5, creo que la cuestión es conceptualizada a menudo de manera impropia, y que cuando se la delimita y comprende adecuadamente, resulta de mucho menor relevancia que la que muchos teóricos han creído que tiene.

¹⁷ Estas cuestiones conforman el grueso de los capítulos 5 y 6, donde las dimensiones empíricas del problema cumplen un papel prominente y la investigación en ciencias sociales se vuelven el foco de este estudio.

de la moral; de las sugerencias, recomendaciones, importunaciones de funcionarios públicos y tantos otros; y de las normas sociales que permean nuestras vidas personales y profesionales.

1.3. LAS DIMENSIONES DE LA FUERZA

¿Pero qué es para el derecho ejercer fuerza, y cómo lo hace? Lo más obvio, por supuesto, es la simple amenaza de encarcelamiento (o algo peor) por desobediencia. Pero el derecho penal no agota todo el derecho, y el encarcelamiento y la pena capital no agotan los medios coercitivos con los que éste cuenta. Las multas y los procesos judiciales también son coercitivos, aun cuando son amenazas a la billetera del desobediente y no a su libertad. Pero así como hay castigos puede haber recompensas y el poder coercitivo (o de inducir a la acción) del derecho a menudo incluye la capacidad de crear incentivos tanto negativos como positivos¹⁸. A veces el derecho hace esto confiriendo inmunidad respecto de ciertas obligaciones que de otro modo serían aplicables y jurídicamente respaldadas, como cuando las leyes tributarias otorgan exenciones por donaciones de caridad o cuando las leyes de conscripción militar exceptúan a los maestros de escuela. Y en ocasiones las recompensas jurídicas son aun más directas. El derecho puede simplemente prohibirle a la gente que conduzca sin adoptar medidas de seguridad y, por supuesto, así lo hace de muchas maneras. Pero si en lugar o a la par de añadir sanciones negativas habituales por conducir sin adoptarlas, el derecho les diera a aquellos con registros de conducción limpios la oportunidad de renovar sus licencias con menos esfuerzo, a menos costo, o menos frecuentemente, estaría tratando de lograr las mismas metas con recompensas positivas en lugar de con castigo negativo. La pregunta de si queremos llamar a este enfoque “coercitivo” o incluso “derecho” es difícil, y será retomada en el capítulo 8, pero por ahora no debemos restringir la investigación de manera preliminar

¹⁸ Véase el capítulo 8.

asumiendo de entrada que las sanciones jurídicas son sólo negativas y que el castigo es el único implemento coercitivo o motivador a disposición del derecho. Los capítulos 8 y 9 exploran en múltiples direcciones las variedades de poderes coercitivos que los sistemas jurídicos modernos parecen tener a su disposición.

Sin embargo, las cosas son incluso mucho más complicadas que esto. El derecho puede tener la potestad de usar la fuerza, pero cómo y cuándo lo hace son cuestiones complejas que involucran consideraciones psicológicas, sociológicas, políticas, económicas y morales que se solapan entre sí. Por ejemplo, el Servicio de Recaudación de Impuestos Internos de los Estados Unidos [*U.S. Internal Revenue Service*] lleva adelante auditorías exhaustivas de las devoluciones de impuestos de tan sólo un minúsculo número de contribuyentes, e interpone demandas por fraudes fiscales genuinos de manera aun más infrecuente. Pero publicita la posibilidad de auditorías de manera especialmente fuerte poco antes de la fecha límite para la devolución de impuestos para la mayoría de los contribuyentes, e inicia visibles juicios penales por fraude fiscal en esas mismas fechas, una estrategia llanamente diseñada para inculcar en los contribuyentes la creencia subjetiva en la probabilidad de una auditoría o investigación penal considerablemente más alta que la probabilidad real u objetiva de tal evento¹⁹. ¿Es esta estrategia ilegítima, o es simplemente una forma más eficiente para el gobierno de amenazar con castigos disponibles y jurídicamente legítimos?

O considérese la posibilidad de que las mismas sanciones sean en gran medida más severas para algunas personas que para otras. Si una multa de 500 dólares por sobrepasar el límite de velocidad en cierta medida —digamos, veinte millas por hora sobre el límite establecido— es el salario semanal de un trabajador pobre y apenas el dinero de bolsillo de un adinerado bancario inversor, y si

¹⁹ Véase Joshua D. BLANK & Daniel Z. LEVIN, “When Is Tax Enforcement Publicized?”, *Virginia Tax Review*, 30 (2010), 1-37.

la probabilidad (y las consecuencias) de que los dos individuos se involucren en esa actividad prohibida es la misma, ¿está mal que la pena sea la misma? ¿O está mal que la pena no sea la misma?

De modo que simplemente identificar la coerción como la nota característica y posiblemente distintiva del derecho dista de ser suficiente. Abrirle la puerta a la consideración del carácter coercitivo del derecho nos lleva a exponer una miríada de importantes complicaciones conceptuales y cuestiones normativas. Históricamente, el poder coercitivo del derecho fue asociado con el derecho penal y con la aptitud del derecho para amenazar con la cárcel o con la muerte por la violación de sus prohibiciones. Pero luego se agregó la multa al arsenal punitivo jurídico y las cosas se volvieron más complicadas. ¿Es una multa de 20 dólares por estacionar el automóvil fuera de horario una pena, o es simplemente un impuesto, o quizás apenas una forma diferente de expresar el precio del estacionamiento? ¿Es sanción una multa de 10.000 dólares por llevar adelante un lugar de trabajo carente de las condiciones de seguridad requeridas, o es solamente, como indudablemente lo toman algunos empleadores, un costo empresarial? ¿Y es posible que lo que el Estado ve como una pena sea percibido por los sujetos como tan sólo un impuesto o precio? Además, la variedad de las fuerzas coercitivas del derecho presenta una complejidad adicional. ¿Existe, por ejemplo, diferencia alguna entre estar sujeto a una multa de 10.000 dólares y ser responsable por una indemnización por esa misma cantidad en un litigio civil? Ahora que el derecho es tanto más que el derecho penal y el executor del rey, e incluye penalidades civiles y todo el aparato administrativo, el examen del arsenal completo de las opciones coercitivas del derecho es una parte esencial de la exploración de sus dimensiones coercitivas.

Una vez que vemos que la coerción jurídica es en sí misma un fenómeno diverso, nos vemos llevados a investigar qué hace distintivo, si es que hay algo, al derecho. ¿Se trata de alguna conexión especial con el Estado-Nación, de forma tal que la idea de derecho no-estatal es un oxímoron? ¿Hay alguna diferencia importante entre

el derecho y las numerosas normas sociales que gobiernan nuestro comportamiento? Puede que marcar demasiado la diferencia entre el derecho y otros sistemas normativos parezca algo tonto, pero en un mundo de abogados, jueces, facultades de derecho, concursos y oposiciones y demás, todo ello basado en la premisa de que hay diferencia entre el derecho y otras instituciones sociales, es un error ignorar la forma en que el derecho es al menos de algún modo distintivo. Los capítulos 10 y 11 enfrentan la cuestión de qué diferencia al derecho de otras fuentes de guía y mandato, y la medida en la que el poder coercitivo del derecho contribuye a su diferenciación.

1.4. FUERZA DE LEY

El nada original título de este libro²⁰ es un juego de palabras. Connota por cierto la bruta fuerza coercitiva que el derecho tiene a su disposición. Tanto para operadores jurídicos como para la gente común, en el habla de todos los días, decir que una regla o prescripción o mandato tiene “fuerza de ley”^{*} es contrastar las

²⁰ Véase, por ejemplo, Jacques DERRIDA, “The Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”, *Cardozo Law Review*, 11 (1990), 919-1045; Ronald DWORKIN, *Law’s Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), 111; Ekow N. YANKAH, “The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms”, *University of Richmond Law Review*, 42 (2008), 1195-1255; también la conferencia principal dada en Antwerp, el 2 de noviembre de 2012, por Arthur RIPSTEIN, bajo el título “The Law of Force and the Force of Law”.

* N.T. El juego de palabras está basado en la ambigüedad del término “law”, que puede utilizarse indistintamente para referirse al derecho como un todo o a la ley (o a normas jurídicas particulares). Curiosamente, en castellano utilizamos la expresión “fuerza de ley” para referirnos justamente al derecho como un todo, y no a una ley en particular o a la legislación en general. En este sentido, ese uso puntual de “[fuerza de] ley” en castellano es, por un lado, de alguna manera excepcional, secundario o no central, y, por el otro, captura exactamente el juego de palabras que SCHAUER utiliza. Esto es, “fuerza de ley” es el juego de palabras equivalente en castellano al “force of law” del presente libro. La diferencia (y lo que da curiosidad a la equivalencia castellana) es que mientras en inglés el término “law” alude primeramente al derecho como un todo y sólo en ocasiones a la ley propiamente dicha, el paralelo en castellano, “ley”, alude primeramente a la ley y sólo de manera secundaria al derecho como un todo.

prescripciones del derecho con meras sugerencias o recomendaciones, con las exigencias de la moral y con las más convencionales normas de nuestra existencia social. Supone decir que *esta* norma ha sido jurídicamente promulgada y que es jurídicamente válida. La propia expresión, “fuerza de ley” [*force of law*], implica que hay algo que distingue a las normas que emanan del sistema jurídico de aquellas que no.

¿Pero qué distingue a las normas que tienen fuerza de ley de otras normas? ¿Se trata de una cuestión de legitimidad del gobierno? ¿Se trata de que vienen del Estado en lugar de venir de Dios o del acuerdo social? ¿O se trata, al menos en parte, de que las normas que tienen fuerza de ley, en un sentido, tienen la fuerza de la ley, en otro sentido, detrás de ellas? Así es como el juego de palabras es un intento de sugerir que la fuerza del derecho —su nudo poder coercitivo— tiene más que ver con la idea misma de derecho, y con lo que lo hace distintivo, que lo que se ha venido asumiendo recientemente. Que la fuerza bruta del derecho —su violencia, para algunos²¹— es la principal característica identificatoria de la juridicidad fue en el pasado una parte de la opinión común²².

²¹ Robert M. COVER, “Violence and the Word”, *Yale Law Journal*, 95 (1986), 1601-1629. Como sucede en el caso de Cover, la descripción del uso de la fuerza que hace el derecho como su “violencia” tiene lugar típicamente desde un punto de vista del escepticismo o antipatía hacia el derecho y lo que éste hace.

²² En este sentido, la filósofa Elizabeth Anscombe señala la característica “violencia actual o potencial” del derecho (G. E. M. ANSCOMBE, “On the Source of the Authority of the State”, en Joseph Raz, ed., *Authority* (New York: New York University Press, 1990), 142-173, en 148); el antropólogo E. Adamson Hoebel define el derecho de modo que incluya su “aplicación de la fuerza física” (E. Adamson HOEBEL, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954), 28); el sociólogo Max Weber caracteriza el derecho en términos de su monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza (Max Weber, “Politics as a Vocation”, en H. H. Gerth & C. Wright Mills, eds., *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1946), 77-128) (publicado originalmente en 1919); el filósofo del derecho Hans Kelsen describe el derecho como un “orden coercitivo” que monopoliza “el uso de la fuerza” (Hans KELSEN, “The Law as a Specific Social Technique”, en Hans KELSEN, *What Is Justice? Justice, Law,*

Después de todo, fue Thomas Hobbes quien, como es bien conocido, observó que “los pactos, sin la espada, no son sino palabras, y no tienen fuerza alguna para darle seguridad a un hombre”²³. Y James Fitzjames Stephen apenas si dudó antes de proclamar que “por cierto el derecho no es sino fuerza regulada”²⁴. Pero ahora la opinión común es precisamente la opuesta —que la fuerza no es la nota característica o identificatoria del derecho—, una nueva opinión común que ha cundido, al menos en algunos círculos de la filosofía del derecho académica, por más de medio siglo²⁵. El objetivo inicial de este libro es el de mostrar las formas en que algunas piezas anteriores de la opinión común podrían haber sido

and Politics in the Mirror of Science (Berkeley: University of California Press, 1957), 231-256, en 235-244); y el teórico del derecho Rudolph von Ihering insiste en que “no puede haber derecho... sin coerción”, en que “la coerción... hace al Estado y al Derecho” y en que “el derecho sin fuerza es un nombre vacío” (Rudolph VON IHERING, *Law as a Means to an End*, tr. Isaac Husik, (Boston: Boston Book Company, 1913), 73, 176, 190). Véase también M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7ª ed. (London: Sweet & Maxwell, 2001): “Es muy realista considerar al oficial de policía como el último hito de un proceso jurídico” (217). También se ha observado que una larga línea de grandes filósofos, incluyendo a Spinoza, Kant y muchos otros, entendían al derecho como “la ordenación del comportamiento humano a través de la coerción”. Huntington Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1949), 277.

²³ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Richard Tuck, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991) (publicado originalmente en 1649), cap. 17.2, en 117.

²⁴ James Fitzjames STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity* (Chicago: University of Chicago Press, 1991) (publicado originalmente en 1873), 200.

²⁵ Véase las notas 2 a 5 más arriba. La excepción más prominente es la de Ronald Dworkin, quien toma la capacidad que tiene el derecho de manejar el poder coercitivo como el punto de partida para una comprensión del derecho que haría del ejercicio de dicho poder algo política y moralmente legítimo. “Una concepción del derecho debe explicar cómo aquello que considera derecho suministra una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado”. *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), 188. Algo muy similar, aunque en un contexto referido a la autoridad política más en general, sostiene Arthur Ripstein en “Authority and Coercion”, *Philosophy and Public Affairs*, 32 (2004): “La pretensión de autoridad del Estado es inseparable de la razón tras la coerción” (2).

más correctas que lo que se entiende hoy, y en las que el actual saber académico puede ser menos plausible de lo que ahora se acepta ampliamente²⁶. Pero apreciar este aspecto del derecho —apreciar su fuerza en dos sentidos y no sólo en uno— constituye sólo el comienzo. Una vez que captamos la importancia de las dimensiones coercitivas, de imposición por la fuerza y de amenaza de la fuerza que tiene el derecho, se nos abren nuevas áreas de investigación. Y así, este libro busca no sólo resituar la dimensión coercitiva del derecho en la comprensión teórica y filosófica de éste, sino también comenzar a transitar algunos de los múltiples caminos de investigación que esta relocalización revela. No debe esperarse que los nuevos caminos revelados sean seguidos hasta sus finalizaciones. Pero encontrar —o reencontrar— los comienzos puede ser logro suficiente.

²⁶ En años recientes también algunos otros han contribuido al proyecto de intentar devolver a la coerción del exilio iusteórico al que se la ha condenado. Véase Matthew KRAMER, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (Oxford: Clarendon Press, 1999); Kurt GERRY, “The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz: A Critical Analysis”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911249; Joshua KLEINFELD, “Enforcement and the Concept of Law”, *Yale Law Journal Online*, 121 (2011), 293-315; Grant LAMOND, “Coercion and the Nature of Law”, *Legal Theory*, 7 (2001), 35-57; Grant LAMOND, “The Coerciveness of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000), 39-62; Grant LAMOND, “Coercion”, en Dennis Patterson, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2ª ed. (Oxford: Wiley-Blackwell, 2010), 642-653; Danny PRIEL, “Sanction and Obligation in Hart’s Theory of Law”, *Ratio Juris*, 21 (2008), 404-411; Nicos STAVROPOULOS, “The Relevance of Coercion: Some Preliminaries”, *Ratio Juris*, 22 (2009), 339-358; YANKAH, “The Force of Law...”. E incluso antes, Dale A. NANCE, “Legal Theory and the Pivotal Role of the Concept of Coercion”, *University of Colorado Law Review*, 57 (1985), 1-43. Mis propios esfuerzos comenzaron ya en 1994, en Frederick SCHAUER, “Critical Notice”, *Canadian Journal of Philosophy*, 24 (1994), 495-509, de modo que este libro puede entenderse como la culminación de mi propio esfuerzo de dos décadas, que también incluye a los trabajos “The Best Laid Plans”, *Yale Law Journal*, 120 (2010), 586-621; “Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law”, *Ratio Juris*, 23 (2010), 1-21; “On the Nature of the Nature of Law”, *Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie* 98 (2012), 457-467; “Positivism through Thick and Thin”, en Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1998), 65-78.

2

EL DERECHO EN BENTHAM

2.1. EL DERECHO COMO COERCIÓN. LOS COMIENZOS

El estudio filosófico de la naturaleza del derecho —la teoría del derecho, por simplificar— tiene un linaje largo y distinguido. Platón investigó los valores y métodos del derecho en *Las Leyes*, *La República*, *Gorgias*, *Critón* y *El Político*²⁷ y su trabajo fue continuado en generaciones subsiguientes por Aristóteles²⁸,

²⁷ Véase Huntington CAIRNS, “Plato’s Theory of Law”, *Harvard Law Review*, 56 (1942), 359-387; Jerome Hall, “Plato’s Legal Philosophy”, *Indiana Law Journal* 31 (1956), 171-206; George KLOSKO, “Knowledge and Law in Plato’s *Laws*”, *Political Studies*, 56 (2008), 456-474.

²⁸ Las más amplias observaciones de Aristóteles sobre el derecho están contenidas en Aristóteles, *Politics*, Peter L. P. Simpson, ed. (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1996). Pueden consultarse comentarios útiles en Richard O. Brooks & James Bernard Murphy, eds., *Aristotle and Modern Law* (Aldershot, UK: Ashgate, 2003); Max Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle’s Legal Theory* (New Haven, CT: Yale University Press, 1951); Fred D. MILLER JR., “Aristotle’s Philosophy of Law”, en Fred D. Miller Jr. & Carrie-Ann Biondi, eds., *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2007), 79-110.

Cicerón²⁹, Tomás de Aquino³⁰, Thomas Hobbes³¹ y muchos otros³². Aun así, en varios aspectos importantes, la teoría del derecho moderna, al menos en la tradición analítica, comienza con Jeremy Bentham. Como parte de su infatigable campaña por la extensiva reforma política y gubernamental, Bentham se embarcó en un análisis sistemático del fenómeno del derecho y de la naturaleza de los sistemas jurídicos. Su esfuerzo por caracterizar la idea de derecho no fue, sin embargo, una empresa de abstracción académica, y ni siquiera una de tipo enteramente descriptivo³³. Más bien, Bentham vio a la adecuada caracterización de la naturaleza del derecho como el primer paso esencial para su empresa fundamentalmente normativa de intentar destruir y reconstruir el

²⁹ Marco Tulio CICERÓN, *De Legibus*, en CICERÓN, *On the Commonwealth and on the Laws*, James E. G. Zetzel, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999), 105-175. Véase también Elizabeth ASMIS, “Cicero on Natural Law and the Laws of the State”, *Classical Antiquity*, 27 (2008), 1-33.

³⁰ Tomás DE AQUINO, *Treatise on Law: The Complete Text* (una traducción inglesa de la *Summa Theologica*, cuestiones 90-108), tr. Alfred J. Freddoso. (South Bend, IN: St. Augustine's Press, 2009). Y véase John FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998); Anthony J. LISSKA, *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction* (Oxford: Oxford University Press, 1998); John FINNIS, “Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy”, en Edward N. Zalta, ed., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/> (2011).

³¹ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Richard Tuck, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991). Pueden encontrarse comentarios útiles en David Dyzenhaus & Thomas Poole, eds., *Hobbes and the Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012); Claire Finkelstein, ed., *Hobbes on Law* (Aldershot, UK: Ashgate, 2005); Robert LADENSON, “In Defense of a HOBBSIAN Conception of Law”, *Philosophy and Public Affairs*, 9 (1980), 134-159.

³² Un valioso repaso de algunas importantes contribuciones tempranas se encuentra en Gerald J. POSTEMA, “Legal Positivism: Early Foundations”, en Andrei Marmor, ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012), 30-47.

³³ Lo que no quiere decir que haya nada malo con tales iniciativas. Aun así, no eran la de BENTHAM.

sistema jurídico que mejor conocía³⁴. Bentham es uno de los personajes históricos que más ha ejercido el odio: y su odio al derecho, el campo en que él se había formado originalmente y en el que se había desempeñado su padre, conocía pocos límites. Abominando de la veneración que William Blackstone profesaba hacia el *common law*³⁵ y de la celebración que Edward Coke hacía de la “razón artificial” de éste³⁶, Bentham consideró al *common law* como poco más que una conspiración entre abogados y jueces para hacer del derecho algo innecesariamente complejo y oscuro. Bentham insistió en que el derecho exigía a los operadores jurídicos que lo interpretaran en casos de indeterminación³⁷ o alta complejidad.

³⁴ Sobre los cimientos normativo-morales del proyecto descriptivo de Bentham, véase David LYONS, “Founders and Foundations of Legal Positivism”, *Michigan Law Review*, 82 (1984), 722-739, en 730-733.

³⁵ Blackstone describió al *common law* como “el mejor derecho de nacimiento y la más noble herencia de la humanidad”. William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1765-1769), 436. La caricatura que traza Grant Gilmore no está en realidad muy lejos de encapsular con precisión la perspectiva de Blackstone: “La celebración que hacía Blackstone del *common law* de Inglaterra glorificaba el pasado: sin saber mucho acerca de qué se trataba todo, decía, de algún modo hemos alcanzado la perfección de la razón. Preservemos, sin cambios, la posición que hemos tenido la suerte de heredar. Evitemos todo intento de reforma —sea legislativa o judicial— dado que el intento de producir cambios en un sistema ya perfecto sólo puede llevar a problemas en modos que estarán más allá de la comprensión de incluso los más bienintencionados y previsores de los innovadores”. Grant GILMORE, *The Ages of American Law* (New Haven, CT: Yale University Press, 1977), 5.

³⁶ Sir Edward COKE, *Prohibitions del Roy* (1607), 12 Co. Rep. 63. Para un desarrollo moderno, véase Charles FRIED, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, *Texas Law Review*, 60 (1981), 35-58.

³⁷ Hay múltiples formas y fuentes de indeterminación jurídica, pero Bentham sintió particular encono por los métodos inductivos del *common law*, creyendo que la pretensión de extraer reglas jurídicas generales y públicamente conocidas a partir de una serie de decisiones era simplemente una cortina de humo para la inferencia individual (y por ende no “común” [*common*]) y con ello la creación judicial de derecho. “Tomado como un sistema de reglas generales, el *Common Law* es una cosa meramente imaginaria”. Jeremy BENTHAM, *Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, J. H. Burns & H.L.A. Hart, eds. (Oxford: Clarendon Press,

La indeterminación y la complejidad contribuían entonces 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 que se manejaba), Bentham sugirió en relación con esto que debería ser contrario a derecho que se cobrara dinero a cambio del asesoramiento jurídico³⁸. Creía que si hubiera una prohibición tal, los incentivos para hacer del derecho algo más complejo y menos accesible para el ciudadano común desaparecerían. Y expresó un desprecio similar por otros aspectos del sistema jurídico inglés entonces existente. Al describir ficciones jurídicas tales como la presunción de que el esposo de una mujer es el padre de cualquier hijo nacido durante el matrimonio, por ejemplo, despotricó diciendo que “el aliento pestilente de la Ficción envenena el sentido de cualquier instrumento al que se acerca”³⁹ y que “en el derecho inglés, la ficción es una sífilis, que corre por cada una de sus venas y lleva a cada parte del sistema el principio de la putrefacción”⁴⁰.

Las opiniones de Bentham sobre las ficciones jurídicas, la complejidad del derecho y la indeterminación del *common law* son relevantes para la presente investigación porque la vehemencia con la que expresó su desprecio por las características y métodos del derecho inglés resaltan ese desdén suyo por casi todos los aspectos

2008), 119. Y véase POSTEMA, “Legal Positivism...”, 36-40. Sobre la posibilidad de que Bentham haya estado en lo correcto, véase FREDERICK SCHAUER, “Is the Common Law Law?”, *California Law Review*, 77 (1989), 455-471, y, de manera menos directa, FREDERICK SCHAUER, “Do Cases Make Bad Law?”, *University of Chicago Law Review*, 73 (2006), 883-918.

³⁸ Jeremy BENTHAM, “Scotch Reform”, en James Bowring, ed., *The Works of Jeremy Bentham* (Edinburgh: William Tait, 1838), 1-53 (publicado originalmente en 1808).

³⁹ Jeremy BENTHAM, en J. H. Burns & H.L.A. Hart, eds., *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government* (London: Athlone Press, 1977), 411.

⁴⁰ Jeremy BENTHAM, “Elements of the Art of Packing as Applied to Special Juries, Particularly in Cases of Libel”, en John Bowring, ed., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 5 (Edinburgh: William Tait, 1838), 61-186, en 92.

de su propio sistema jurídico en el tiempo en el que escribía. Y precisamente este desprecio es lo que explica los objetivos deconstructivos y consecuentemente reconstructivos que Bentham se propuso, objetivos que lo llevaron a buscar una caracterización del derecho descriptiva y distanciada, en lugar de una empática⁴¹. Sólo a partir de la visión del derecho tal como en efecto es, con sus verrugas y todo, podían él y quienes compartieran su pensamiento iniciar el proceso de volver a construirlo⁴². Y sólo reconociendo que puede haber (y a menudo hay) mal derecho, puede haber alguna esperanza de mejorarlo. El positivismo jurídico moderno, que se originó en Bentham, emergió así de su deseo de describir el derecho desde afuera, libre de simpatías y adhesiones. Los teóricos han estado debatiendo desde aquel entonces sobre la naturaleza y los compromisos del positivismo jurídico⁴³, pero en el corazón de

⁴¹ Sobre la relación entre la teoría del derecho de Bentham y sus objetivos reformistas, véase Nancy L. Rosenblum, *Bentham's Theory of the Modern State* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978), 88-89. Y sobre el contraste entre las teorías del derecho que operan de manera empática con (dentro de) un orden jurídico existente y aquellas que explícitamente buscan una perspectiva externa y distanciada, véase Frederick SCHAUER, "Fuller's Internal Point of View", *Law and Philosophy*, 12 (1994), 285-312. Véase también Michelle Madden DEMPSEY, "On Finnis's Way In", *Villanova Law Review*, 57 (2012), 827-843, en 842, alentándonos a considerar la naturaleza del derecho desde la perspectiva del reformador, esto es, de aquel que reconoce el "potencial para conferir poderes y garantías" pero ve también el potencial y riesgo que el derecho ofrece para la "opresión".

⁴² Sobre los objetivos normativos que cimentaban el proyecto descriptivo de Bentham véase Frederick SCHAUER, "Positivism Before Hart", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 24 (2011), 455-471, también en Michael Freeman & Patricia Mindus, eds., *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2013), 271-290.

⁴³ Este no es el lugar adecuado para ofrecer una bibliografía completa, ni siquiera una no tan completa, del voluminoso trabajo académico contemporáneo sobre la tradición del positivismo jurídico. Aun así, un buen comienzo dentro de la literatura en inglés (que excluye el trabajo de y sobre Hans Kelsen, quien es generalmente considerado, fuera del mundo angloparlante, el positivista jurídico más importante del siglo XX), incluiría, por supuesto, a H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds., 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012),

la perspectiva positivista yace la meta de distinguir la descripción

así como, dentro de la tradición del positivismo jurídico pero excluyendo las críticas a éste (y menciono títulos a riesgo de resultar insultante por las exclusiones), Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot, UK: Dartmouth Publishing, 1996); Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001); Robert P. George, ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1999); Matthew KRAMER, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (Oxford: Clarendon Press, 1999); David LYONS, *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1984); Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Joseph RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986); Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979); Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011); Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994); John GARDNER, "Legal Positivism: 5½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001), 199-227; Kenneth Einar HIMMA, "Inclusive Legal Positivism", en Jules Coleman & Scott SHAPIRO, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2002), 125-165; Leslie GREEN, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83 (2008), 1035-1058.

Algunos lectores estarán tentados de ubicar el presente libro, en especial sus primeros capítulos, dentro de la tradición positivista, pero la palabra *positivismo* aparecerá rara vez en él. Hace más de cuarenta años, Robert SUMMERS recomendó el descarte del término "positivismo" porque se había empantanado entre múltiples y recíprocamente conflictivas definiciones. Robert SUMMERS, "Legal Philosophy Today. An Introduction", en Robert S. SUMMERS, ed., *Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Blackwell, 1968), 1-16, en 15-16. Más recientemente, Joseph RAZ ha abogado por lo mismo, por creer que los intentos por caracterizar a esta o aquella perspectiva sobre el derecho como positivista o no han oscurecido los esfuerzos por alcanzar una mayor comprensión del fenómeno del derecho. Joseph RAZ, "The Argument from Justice; or How Not to Reply to Legal Positivism", en George Pavlakos, ed., *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Oxford: Hart Publishing, 2007), 17-36. Al mismo efecto, véase John FINNIS, "What Is the Philosophy of Law?", *Rivista di Filosofia del Diritto*, vol. 1 (2012), 67-78, en 73. Creo que SUMMERS, RAZ y FINNIS están muy acertados, no sólo porque los intentos por caracterizar al positivismo a menudo degeneran en caricaturas, sino también porque el exceso en la dicotomización de las perspectivas entre positivistas y no-positivistas (o antipositivistas), como si fueran los dos equipos en la final de la Copa del Mundo,

del derecho de su evaluación moral. Bentham y la mayoría de sus colegas positivistas, entonces y a partir de allí, se propusieron cuestionar la tradición del derecho natural, que era prevaleciente en los tiempos de Bentham. Dicha tradición, y en particular el aspecto de ella contra el que Bentham se rebeló, sostenía a veces que el derecho inmoral no es derecho en absoluto. Blackstone, Cicerón y algunos otros creían⁴⁴ que la aceptabilidad moral era una propiedad necesaria del derecho propiamente dicho. Una versión más plausible y ahora dominante de la tradición del derecho natural rechaza la idea de que el derecho injusto no sea derecho en absoluto —*lex iniusta non est lex*— pero suscribe sin embargo la posición de que el derecho moralmente defectuoso, aunque sea derecho en un sentido, es defectuoso *en tanto que derecho*, precisamente por sus defectos morales⁴⁵. Pero se trate de la versión más fuerte o de la más débil, Bentham habría rechazado ambas. Para

hace difícil ver el valor, aun si sólo parcial, que pueda encontrarse en los miembros individuales de un abanico de diversas perspectivas y análisis.

⁴⁴ Un esfuerzo contemporáneo por justificar la tesis clásica es el de Philip SOPER, “In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust Law Is No Law at All”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20 (2007), 201-223. Puede encontrarse una visión contemporánea contrastante en Julie DICKSON, “Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?”, en Maksymilian Del Mar & Zenon Bankowski eds., *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, Surrey, UK: Ashgate Publishing, 2009), 161-183.

⁴⁵ Véase especialmente John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 3-20, donde se elabora un método de “casos focales”, en el que hay casos centrales de los conceptos propios de la teoría social (tal como el de derecho), de manera que los casos no focales son aun derecho pero en algún sentido deficientes o defectuosos en tanto que derecho [N.T.: la traducción de *central cases* como *casos focales* se hace siguiendo la traducción castellana del libro de FINNIS: *Ley natural y derechos naturales*, tr. Cristóbal Orrego (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000)]. Al mismo efecto, véase Mark C. MURPHY, “Natural Law Jurisprudence”, *Legal Theory*, 9 (2003), 241-267. Un buen repaso de la teoría del derecho natural moderna es el de Brian BIX, “Natural Law Theory: The Modern Tradition”, en Jules L. Coleman & Scott J. Shapiro, eds., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002), 61-103.

él, la introducción de criterios morales en la identificación o aun en la evaluación de la juridicidad era un síntoma de una peligrosa confusión conceptual. Insistió en que la existencia del derecho era una cosa, y su valor moral otra, muy distinta⁴⁶. Al separar la identificación descriptiva del derecho de su evaluación moral, creía Bentham, nos veríamos mejor posicionados para identificar qué era, según él, lo tan necesitado de una reforma radical. Lejos de ver al positivismo jurídico como un apologeta de las disposiciones jurídicas vigentes en su tiempo, como lo pinta una caricatura muy común⁴⁷, el positivismo benthamiano requiere una noción enteramente descriptiva del derecho precisamente por el propósito de así evaluarlo sin empatías y, en el caso de Bentham, de mantener una distancia moral de éste. Después de todo, él era un reformista radical y sus esfuerzos por separar la identificación del derecho de su evaluación moral estaban en sí mismos al servicio de lo que eran claramente fines morales y políticos⁴⁸.

⁴⁶ En *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Philip Schofield, ed. (Oxford: Clarendon Press, 2010), Bentham dice: “Un libro de teoría del derecho puede tener uno de dos objetos: 1. el de establecer qué es el derecho; 2. el de establecer qué debe ser. En el primer caso puede ser denominado un libro de teoría del derecho *expositiva*; en el segundo, un libro de teoría del derecho *censura* [*ensorial*]; o, en otras palabras, un libro sobre *el arte de la legislación*” (16).

⁴⁷ Para ejemplos de caricatura, y una refutación, véase Frederick SCHAUER, “Positivism as Pariah”, en Robert P. George, ed., *The Autonomy of Law*, 31-56. La caricaturización también es descrita y cuestionada en Anthony Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (New York: Cambridge University Press, 1998), 2, 20, 39.

⁴⁸ Sobre la posibilidad (pero no la necesidad) de comprender la separación conceptual entre el derecho y la moral como estando en sí misma al servicio de objetivos morales, véase Liam MURPHY, “Better to See Law This Way”, *New York University Law Review*, 83 (2008), 1088-1108; Neil MACCORMICK, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, *Valparaiso University Law Review*, 20 (1985), 1-41; Frederick SCHAUER, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (2005), 493-501. De manera más controvertida, esta parece ser la posición en H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71 (1958), 593-629, y en H.L.A. HART, *The Concept of Law*,

El desprecio de Bentham por el sistema jurídico inglés lo inspiró para entender el carácter del derecho en gran medida en términos de su poder coercitivo. Si uno cree, como creía Bentham, que mucho de la sustancia y de la forma del derecho está podrido hasta el fondo, entonces una característica sobresaliente de un sistema jurídico es su aptitud para compeler al cumplimiento de sus directivas a pesar de las evidentes fallas que el sistema pueda tener. Para Bentham, el derecho tenía una capacidad única para forzar la obediencia de sus sujetos, y la fuerza del derecho se le hizo de lo más notoria por causa de su visión sobre los defectos del derecho. Y por ello, en un trabajo ahora conocido como *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*⁴⁹, Bentham desarrolló la que normalmente se denomina, doscientos años después, “teoría imperativa” del derecho⁵⁰. De acuerdo con la teoría imperativa, el derecho es una orden de cierto tipo o, como Bentham formuló en ocasiones la cuestión, un mandato. Pero estamos rodeados por todo tipo de órdenes, y lo que para Bentham distinguía a las órdenes del derecho de las de otras actividades o sistemas normativos era la aptitud del sistema jurídico para respaldar sus órdenes con la amenaza de sanciones desagradables —multas, cárcel o incluso la muerte— para el caso de incumplimiento. En efecto, Bentham afirmó a veces que la posibilidad de sanciones tales era definitiva de la obligación jurídica misma. Tener una obligación jurídica era simplemente estar bajo la compulsión oficial del Estado y sin la

Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds., 3ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 207-212.

⁴⁹ BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. El libro, publicado antes como BENTHAM, *Of Laws in General*, fue originalmente escrito alrededor de 1780, con la intención de que fuera parte de su magistral *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (J. H. Burns & H.L.A. Hart, eds., London: Athlone Press, 1970).

⁵⁰ Así, Bentham pregunta, retóricamente, “¿Para hacer qué puede ser empleado el derecho, además de para prohibir y ordenar?”. BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, 3.

posibilidad de dicha fuerza —sostuvo él en ocasiones— no había obligación jurídica ni derecho⁵¹.

El énfasis de Bentham en el rol de las sanciones en la comprensión del derecho estaba sustancialmente basado en su propia teoría psicológica de la motivación humana. Aunque admitió que las personas ocasionalmente podían tener motivos puramente sociales de benevolencia y simpatía, y podían incluso más a menudo tener lo que él llamó motivaciones “semi-sociales” para trabajar por el bien común, del que ellas mismas en tanto individuos se beneficiarían proporcionalmente, Bentham creyó que para la mayor parte de la gente la mayor parte del tiempo —la “regla general”, como él la denominó⁵²— estas motivaciones sociales o semi-sociales serían decididamente secundarias respecto de las motivaciones basadas en su autointerés, esto es, en el deseo de maximizar su propio bienestar en lugar del de otros o del de la comunidad como un todo. De modo que si, como una cuestión social contingente, la mayor parte de la gente a menudo preferirá su propio bienestar al de otros o al de la comunidad, se necesitará entonces de la fuerza externa para evitar que así lo haga, al menos cuando esa preferencia pueda entrar en conflicto con el bien común. Dice Bentham en su *Constitutional Code*: “Para el hombre es posible realizar cualquier

⁵¹ En *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Bentham dice: “Un derecho por el que nadie resulta obligado, un derecho por el que nadie es coaccionado, un derecho por el que la libertad de nadie es restringida, todas estas frases, que redundan en la misma cosa, serían tantas contradicciones en los términos” (75-76). Y por medio de la introducción de la posibilidad de que también las recompensas así como los castigos puedan ser suficientes para apoyar esos mandatos del soberano que en propiedad serían entendidos como leyes, Bentham observa que “la idea de coerción se habrá convertido [en el sentido de la humanidad] en algo inseparablemente conectado con la de derecho” (145). Nótese también que la engorrosa definición de derecho de Bentham incluye los “medios” para “hacer que se logre” el estado de cosas deseado por el creador de derecho, y la forma en que el derecho proveería “un motivo a aquellos cuya conducta está en cuestión”. (24-25).

⁵² Jeremy BENTHAM, *Constitutional Code*, en *The Works of Jeremy Bentham* (Edinburgh, 1842), 192.

mal para la consecución de su propio avance personal e interés privado (...) a expensas del interés público, y hará ese mal, tarde o temprano, *a menos que de un modo u otro (...) se evite que lo haga*” (énfasis añadido)⁵³.

El foco de Bentham sobre la coerción como parte del núcleo del derecho estaba entonces basado en su valoración de la psicología humana según la cual los intereses en los otros y en la sociedad rara vez (aunque, debe recordarse, no necesariamente nunca) serían suficientes para motivar a la gente a que deje de lado sus motivaciones autointeresadas. En la medida en que el derecho busca promover el bien común a expensas de las preferencias e intereses individuales, por lo tanto, su aptitud para amenazar con, o imponer, sanciones desagradables, emergió para Bentham como la principal manera en que puede cumplir con su cometido. Y de manera más importante, la amenaza de sanciones era para Bentham a veces menos una parte de la *definición* de derecho que su modalidad prevaleciente y su característica más persistente. La coerción es algo *añadido* a las órdenes jurídicas para hacerlas más efectivas, al establecer motivos suplementarios para el cumplimiento. Aunque Bentham describió la relación entre la coerción y la idea misma de derecho en maneras diversas y en ocasiones en conflicto entre sí, en general no tomó a la coerción como parte de la definición de mandato, ni caracterizó a la coerción como un componente de lo que, como cuestión de definición, hacía de un mandato un mandato jurídico⁵⁴. En alguna ocasión Bentham puede haber expresado el papel de la coerción y las sanciones en esos términos definicionales⁵⁵, pero la formulación de una definición formal de derecho no fue su objetivo principal. En lugar de

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Véase especialmente la discusión de Bentham sobre la “force of a law” en *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, 142-160.

⁵⁵ Por ejemplo, Bentham parece haber tomado a la amenaza de castigo como una condición necesaria para la obligatoriedad del derecho al decir “Si [una persona]

ello, estuvo fundamentalmente interesado en la caracterización del funcionamiento típico del derecho, y la centralidad de la fuerza en la operación rutinaria del derecho era para él una consecuencia de la probabilidad —aunque no la certeza— de que la gente pondría el bien de otros o el de la sociedad por sobre su propio bienestar sólo si se viera compelida a hacerlo de ese modo⁵⁶.

En énfasis de Bentham en las sanciones como proveedoras de motivos para el cumplimiento del derecho⁵⁷ es importante por tres razones. Primero, nos permite distinguir la pregunta de qué es el derecho de la pregunta sobre qué puede llevar a gente a cumplir con él. Segundo, una comprensión de la naturaleza del derecho que esté centrada en la sanción incorpora una hipótesis empírica falsable, o al menos investigable, sobre la probabilidad de que las personas vayan a cumplir con el derecho de no mediar las sanciones coercitivas y sólo porque se trata del derecho. Tercero, una comprensión semejante pone en la perspectiva apropiada las interpretaciones menos caritativas hechas sobre Bentham y sus epígonos, interpretaciones que hacen demasiado fácil ignorar la forma en que Bentham entendió la coerción jurídica en su tiempo y la forma en que podemos entenderla mejor hoy. Pero para indagar más sobre estas dimensiones de la coerción, debemos desviar nuestra atención de Bentham, en dirección al más prominente de sus discípulos y por cierto aquel cuya influencia en el pensamiento sobre la naturaleza del derecho ha sobrepasado la del propio Bentham⁵⁸.

está obligada [por el derecho],... está, en primer lugar, expuesta en todo caso a sufrir consecuencias". *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, 78.

⁵⁶ La forma en que entiendo la relación entre las tesis psicológicas de Bentham y su énfasis en el lado coercitivo del derecho ha sido auxiliada por el meticoloso y perspicaz análisis de Gerald J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 376-402.

⁵⁷ Véase *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, 142-160.

⁵⁸ Así, H.L.A. Hart ha observado que "si [*Of Laws in General*] se hubiese publicado en su tiempo de vida [el de Bentham], hubiese sido ese trabajo, más que el obvia-

2.2. LA ENTRADA DE AUSTIN

Por razones que siguen siendo oscuras, el trabajo que ahora conocemos como *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* permaneció en gran medida sin publicar durante la vida de Bentham⁵⁹, languideciendo sin ser advertido entre su pila de papeles durante más de un siglo. El manuscrito no fue descubierto hasta 1939, y no se publicó hasta 1945⁶⁰. Pero aunque los escritos de Bentham sobre la naturaleza del derecho estuvieron perdidos por muchos años, sus ideas no lo estuvieron. Entre su círculo de amigos en el Londres de principios del siglo XIX se encontraba un jurista altamente influido por las teorías benthamianas: John Austin. Tras fracasar como abogado, Austin, con la asistencia de Bentham y de J. Mill, entre otros, fue colocado en la cátedra de derecho de la Universidad de Londres. Al hacerse cargo de la cátedra, Austin dio un curso, apenas más exitoso que su práctica como abogado, en el que sistemáticamente expuso y expandió la teoría imperativa del derecho y las ideas básicas de Bentham sobre el papel de la fuerza y la amenaza de sanciones en la comprensión del derecho⁶¹.

mente derivativo de Austin, el dominante en la teoría del derecho inglesa”. H.L.A. HART, “Bentham’s ‘Of Laws in General’”, *Rechtstheorie*, vol. 2 (1971), 55-66 en 55, reimpreso en H.L.A. HART, *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 105-126.

⁵⁹ Algo del material había sido traducido no obstante al francés, y publicado cuando Bentham aun vivía. Véase la “Editorial Introduction” en *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, xii n.2.

⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined*. Charles Warren Everett, ed., (New York: Columbia University Press, 1945).

⁶¹ Sobre Austin, véase W. L. MORISON, *John Austin* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1982); Wilfrid E. RUMBLE, *The Thought of John Austin* (London: Athlone Press, 1985); Wilfrid E. RUMBLE, *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin’s Philosophy of Law in Nineteenth-Century England* (London: Continuum, 2005); Brian BIX, “John Austin”, en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/austin-john/> (2010). La faz personal de la vida de Austin y la repercusión de ésta en sus logros profesionales es el eje en Joseph Hamburger

Las lecciones de Austin se publicaron en 1832 con el título *The Province of Jurisprudence Determined* y hubo ediciones subsiguientes tras su muerte, refinadas y activamente promovidas por su esposa Sarah, que añadieron materiales extraídos de las lecciones⁶². Y aunque la intrincada categorización de los mandatos y la elaborada tipología de las leyes realizada por Austin admitió algunas de las deficiencias de una conceptualización del derecho puramente basada en el mandato y en consecuencia agregó muchas cualificaciones, siguió a Bentham en su insistencia en una separación rígida entre la evaluación moral y los criterios para la identificación del derecho:

La existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste...⁶³

Al distinguir entre la existencia del derecho y su evaluación moral, Austin siguió también a Bentham en tener como principal característica del derecho al mandato respaldado por la amenaza de la fuerza para el caso de desobediencia. De hecho, Austin, cuyos compromisos normativos fueron menos fervientes que los de Bentham pero cuyas inclinaciones analíticas (o quizás obsesiones) fueron aun más fuertes, incorporó la amenaza de la fuerza en sus propias definiciones de derecho y obligación jurídica. El derecho, para Austin, 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

& Lotte HAMBURGER, *Troubled Lives: John and Sarah Austin* (Toronto: University of Toronto Press, 1985).

⁶² John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfrid E. Rumble, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995) (1ª ed. 1832); John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., R. Campbell, ed., (London: John Murray, 1885) (1ª ed. 1861).

⁶³ AUSTIN, en *The Province of Jurisprudence...*, 157.

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”⁶⁴. Así, Austin consideró que mandatos y deberes eran correlativos. El destinatario de un mandato estaba constreñido u obligado a acatarlo en virtud de la amenaza de un mal por el incumplimiento, y era precisamente por verse obligado a obedecer en este sentido que el destinatario del mandato tenía el deber de acatarlo. “Siendo susceptible de sufrir un mal de tu parte si no cumplo con el deseo que me expresas, estoy *constreñido* u *obligado* por tu mandato, o me encuentro en el *deber* de obedecerlo”⁶⁵. La naturaleza obligatoria del mandato y también la obligación o el deber de acatarlo estaba, para Austin, enteramente en función de la aptitud de quien manda para amenazar con la causación de un mal o daño en caso de desobediencia.

Claramente, esta comprensión de un mandato es demasiado amplia para explicar la idea de derecho, como Austin bien entendió. El asaltante armado que dice “entrégume el dinero o disparo”, o el padre que amenaza a su hijo desobediente con enviarlo a la cama sin postre están ambos formulando mandatos exactamente en el sentido de Austin. Pero a diferencia del asaltante armado o del padre, el derecho consistía para Austin en mandatos del soberano, la entidad en virtud de cuya *posición* (de aquí la locución *derecho positivo*) los mandatos del Estado debían distinguirse de los de padres, asaltantes y todos los demás. Consecuentemente, el derecho para Austin era el agregado de únicamente aquellos

⁶⁴ Ibid, 21.

⁶⁵ Ibid, 21-22.

mandatos dirigidos por alguien políticamente superior a alguien políticamente inferior, donde la amenaza de castigo quedaba incluida en la idea misma de mandato. La noción de soberanía cumplía entonces el rol de delimitar el ámbito particular de los mandatos jurídicos del dominio de los mandatos en general.

Hay mucho más que esto en el pensamiento de Austin. Su concepción de un “superior político”, por ejemplo, le requirió desarrollar una elaborada teoría de la soberanía, incluyendo una definición de soberano como aquella persona o entidad cuyos mandatos son habitualmente obedecidos pero que no tiene tal deber de obediencia habitual respecto de nadie más⁶⁶. Austin distinguió también los mandatos ocasionales o particulares —el oficial de policía que me indica que me aparte de la escena de un crimen o el juez que dicta la decisión de un caso en específico, por ejemplo— de los mandatos generales que constituían el derecho. Las leyes, para Austin, eran mandatos *generales* y por ende no limitados a actos en particular en momentos particulares. La generalidad de un mandato jurídico lo hacía aplicable a múltiples personas en múltiples ocasiones en múltiples contextos. La regla anunciada en un letrero que declara que “el límite de velocidad es 60” habría sido para Austin una pieza de legislación propiamente dicha, pero no lo habría sido la advertencia que me hace un oficial de policía de que “aminore la velocidad”.

Estas y otras complejidades de la teoría del derecho de Austin son importantes, pero lo que aquí nos interesa es el papel de la coerción. Y por ello podemos preguntarnos por qué pensaba Austin que la coerción fuese tan crucial para la comprensión de la naturaleza del derecho. A pesar de las afirmaciones de algunos

⁶⁶ Entre los comentarios más recientes se incluyen Michael RODNEY, “What Is in a Habit?”, en Michael Freeman & Patricia Mindus, eds., *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2013), 185-214; Lars VINX, “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, en Freeman & Mindus, *The Legacy...*, 51-72.

de sus críticos⁶⁷, Austin notó que las instituciones generalmente entendidas como jurídicas pueden ofrecer recompensas tanto como imponer castigos⁶⁸, y también tuvo bien en claro que muchos tipos de derecho, como veremos en breve, no encajaban realmente en el modelo del mandato respaldado por la amenaza del daño u otro castigo⁶⁹. Aun así, a pesar de apreciar tales cualificaciones y matices, Austin insistió en dar con una definición de derecho “propriadamente dicho”⁷⁰ y con definiciones paralelas de obligación jurídica y deber jurídico, que innegablemente dependían del —y estaban restringidas al— derecho en su aspecto más llanamente coercitivo. Podríamos preguntarnos: ¿por qué hizo Austin esto?

Como con la mayoría de los intentos por comprender textos de épocas anteriores, es importante apreciar la posición a la que el autor estaba discutiendo. Y en su caso, la contraparte de Austin, como había sido la de Bentham, era en gran medida William Blackstone, en particular, y la tradición del derecho natural, más en general. Sabemos esto por los registros históricos y por los escritos de Bentham y Austin, pero es algo que se vuelve especialmente claro cuando consideramos una de las afirmaciones más memorables de este último:

⁶⁷ Una opinión muy extendida sostiene que la comprensión austineana del derecho es “ordinaria”. POSTEMA, “Legal Positivism...”, 36. Aunque tal caracterización puede contener algo de verdad cuando se compara a Austin con BENTHAM, tomado este último en toda su gloria y toda su furia, en general se trata de una caracterización demasiado dependiente de caricaturizaciones subsiguientes (tal vez en especial de la de HART), muchas de las cuales no se sostienen frente a una lectura más cercana y caritativa de los escritos de Austin. Sobre la posibilidad (ciertamente, la probabilidad) de que las omisiones de Austin no fueran mayores que las de sus críticos, véase Brian BIX, “John Austin and Constructing Theories of Law”, en Freeman & Mindus, *The Legacy...*, 1-14.

⁶⁸ AUSTIN, *The Province of Jurisprudence...*, 24.

⁶⁹ *Ibid.*, 31-32, 156-157, 269-277.

⁷⁰ *Ibid.*, 28-37.

Supongamos que un acto inocuo, o positivamente beneficioso, esté prohibido por el soberano bajo pena de muerte; si cometo ese acto seré juzgado y condenado, y si objeto la sentencia diciendo que es contraria a la ley de Dios, la cual ha ordenado a los legisladores humanos que no prohíban acciones que no tengan consecuencias perjudiciales, la Corte de justicia demostrará que mi razonamiento no es concluyente, colgándome en aplicación de la ley cuya validez yo había impugnado.⁷¹

Leída con ojos modernos, la última frase puede ser entendida como la sugerencia de que el delito residía en la impugnación de la validez del derecho, pero eso no era lo que Austin tenía en mente. Más bien, estaba insistiendo en que la opinión del acusado sobre la moralidad o justicia de cierta legislación estaba fuera de lugar. El verdugo tiene la última palabra. Más específicamente, Austin estaba discutiendo la frugal versión del derecho natural de Blackstone, según la cual el derecho injusto no es derecho en absoluto⁷². Muchos teóricos del derecho natural modernos (de manera especialmente destacada, John Finnis) y no tan modernos (en especial, Tomás de Aquino) rechazan esta versión de la teoría iusnaturalista, insistiendo tanto en la distinción entre el derecho positivo (o humano) y un derecho superior, como en la distinción entre lo que puede hacer que el derecho sea defectuoso en tanto que derecho y lo que hace que algo simplemente no sea derecho en absoluto⁷³. Pero Blackstone, tal como Cicerón antes que él⁷⁴ y Lon Fuller luego⁷⁵, sostuvo que la moral era simplemente un criterio para la juridicidad propiamente dicha. Para Blackstone, o al menos para el Blackstone que Bentham y Austin tomaron

⁷¹ Ibid, 158.

⁷² Así, Blackstone sostuvo, como es bien conocido, que si una decisión es “manifiestamente absurda e injusta”, no será “mal derecho”, sino que “no es ya derecho en absoluto”. BLACKSTONE, *Commentaries*, vol. 1, 70.

⁷³ Véase las notas 43 y 44.

⁷⁴ CICERÓN, *De Legibus*, I, vi, 18-19.

⁷⁵ LON L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71 (1958), 630-672.

como blanco, todo derecho que contradijera las leyes de Dios no era derecho en absoluto.

Con semejante idea tan ampliamente aceptada en su tiempo, el punto del pequeño caso puesto por Austin es el de enfatizar la manera en que un argumento sobre la inmoralidad del derecho sería fútil ante los estrados de un tribunal, un tribunal con su propia opinión moral y su propia concepción sobre la moral de las leyes que aplica. Nótese que Austin no está tomando partido sobre si el acto de la parte acusada en este caso es verdaderamente inocuo o benéfico, ni sobre si una ley que prohíbe aquello que es inocuo o benéfico es verdaderamente contraria a las leyes de Dios. Austin simplemente sostiene que en un importante campo de la vida humana —los tribunales judiciales y el aparato de aplicación del derecho— lo que importa es la propia opinión del derecho, y lo que prevalece es el poder jurídico de castigar. Austin no está diciendo tanto que el argumento de Blackstone sobre el estatus extrajurídico del derecho injusto esté equivocado, cuanto que en una corte de verdad y para un verdugo real, lo más importante sería la propia opinión de la propia corte, sin importar si está o no en lo correcto en un sentido más profundo.

La concisa historia imaginada por Austin va de la mano de su insistencia en que “la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito, otra”. Y por ello, aunque Austin, tal como Bentham antes que él, reconoció completamente la posibilidad de criticar al derecho —evaluar su mérito o demérito moral—, reconoció también que la aptitud de un sujeto para criticar la sustancia del derecho era básicamente irrelevante en el funcionamiento del derecho tal como éste en efecto existía. Para Austin el sistema jurídico no era una sociedad en permanente debate. No era el ámbito donde pudiera discutirse el mérito o demérito de una ley, y eso era precisa y únicamente porque el derecho poseía los medios para asegurar el acatamiento de *su propia* visión del mérito y de la validez jurídica.

El poder coercitivo del derecho era entonces para Austin la clave para comprender la importancia de la distinción entre qué es el derecho y qué debe ser. Además, debemos tener en mente que Blackstone era un juez, y un juez en un sistema del *common law*, en el cual los jueces retienen el poder de crear y modificar el derecho, incluso si enmascaran (o simplemente niegan) este poder tras el lenguaje del descubrimiento, rechazando el de la creación. Ciertamente, Austin, incluso más que Bentham, estuvo entre los primeros en reconocer los poderes de creación de derecho nuevo de que gozan los jueces del *common law*⁷⁶. Y para un juez—Blackstone, por ejemplo— hacer colapsar el derecho que es con el que debe ser puede no resultar tan sorprendente. Después de todo, si tienes el poder de hacer y rehacer el derecho, entonces tu opinión sobre lo que el derecho debe ser puede y, en efecto, debería, disolverse en lo que el derecho es.

Describiendo la idea del *common law*, A.W.B. Simpson observa que “en el sistema del *common law* no existe ninguna distinción muy clara entre decir que una solución particular para un problema es conforme a derecho y decir que es la solución racional, equitativa o justa”⁷⁷. Pero si, como Austin y Bentham, tú tienes tu propia valoración sobre qué es racional, equitativo y justo, y si crees que los jueces, al buscar lo racional, equitativo y justo, probablemente se equivocarán, entonces ciertamente no querrás ver el derecho a través de los ojos de los jueces.

⁷⁶ AUSTIN, *The Province of Jurisprudence...*, 163. El reconocimiento que hace Austin, y su aceptación, de la legislación judicial, y con ello su apartamiento de Bentham en este punto, es tratado en David Dyzenhaus, “The Genealogy of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 24 (2004), 39-67, en 47; Andrew HALPIN, “Austin’s Methodology? His Bequest to Jurisprudence”, *Cambridge Law Journal* 70 (2011), 175-202, en 197-198.

⁷⁷ A. W. B. SIMPSON, “The Common Law and Legal Theory”, en A. W. B. Simpson, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence (2nd Series)* (Oxford: Oxford University Press, 1973), 77-99.

Y es eso por lo que resulta importante que en el caso que da Austin la parte acusada no sea el juez. Se trata de un acusado, que no tiene el poder para crear ni modificar el derecho. Para *él*, la distinción entre qué es el derecho y qué debería ser es crucial, y para *él* la distinción se ve apoyada por el poder de castigar que tiene el derecho. Es precisamente la fuerza del derecho lo que vuelve esencial la distinción entre la existencia del derecho y su mérito, porque sin esa fuerza no habría razón para reconocer la importancia de la propia visión del derecho acerca de su propio mérito. Pero al poseer esa fuerza, la visión jurídica acerca del mérito del derecho mismo toma la posición dominante. Por consiguiente, si hemos de comprender el derecho desde el punto de vista del sistema jurídico, y si hemos de comprender la importancia que el punto de vista del sistema jurídico tiene para todos los demás, debemos comprender, como parece insistir Austin, que la fuerza hace del punto de vista del sistema jurídico no simplemente uno entre muchos otros, sino un punto de vista que ocupa una posición distintiva y un espacio conceptual diferenciado dentro del sistema jurídico mismo.

2.3. LA OPINIÓN DOMINANTE, *CIRCA* 1960

Bentham, y en especial Austin, erigieron un elaborado aparato teórico para explicar cómo la amenaza de sanciones desagradables era central para la idea de derecho y para la distinción entre éste y otros dominios normativos, tales como el de la moral, los buenos modales, el honor y la religión. Aun más, para Bentham, y probablemente para Austin también (al menos hasta sus últimos días⁷⁸), el énfasis que pusieron en la importancia de la coercitividad

⁷⁸ Sobre el conservadurismo político del Austin tardío y su apología de las entonces existentes jerarquías de la vida política y jurídica inglesa, véase Wilfrid E. RUMBLE, "Did Austin Remain an Austinian?", en Freeman & Mindus, *The Legacy...*, 131-154.

para el derecho fue una derivación de su programa de reformas⁷⁹. Dado que en lugar de apologetas fueron críticos del derecho inglés que conocieron, encontraron más fácil explicar el dominio del derecho sobre sus destinatarios por referencia a su fuerza, que por referencia a su corrección intrínseca.

Y aunque Bentham y Austin concluyeron en la importancia de la coerción para el derecho tras haber transitado una ruta teórica intrincada y normativa, su punto de llegada tiene poco de sorprendente. No es sólo que el ciudadano común vea al derecho inicial y predominantemente en su modo coercitivo, sino que lo mismo sucede con quienes sean de una extracción más teórica. Es cierto que el predecesor positivista más prominente que tuvo Bentham, Thomas Hobbes, trazó una distinción tajante entre el derecho y los imperativos respaldados por la fuerza, y lo hizo con la expectativa de que el común denominador de las personas fuera a tomar los mandatos del soberano como algo tan dispensable como su propia parte en la transacción que configura el contrato social. Hobbes reconocía obviamente que esta expectativa podría no ser satisfecha en las condiciones auténticas de la existencia social, pero según sus propósitos teóricos le era relativamente indiferente que un ciudadano particular no comprendiera las obligaciones de obediencia impuestas por el contrato social⁸⁰.

Sin embargo, moviéndonos adelante en el tiempo, el foco que Bentham puso sobre el lado coercitivo del derecho puede ser visto como algo cada vez menos digno de mención y por cierto hasta banal. T. E. Holland, el autor del texto de teoría del derecho

⁷⁹ Austin tenía algunos modestos objetivos de reforma, pero al ser menos reformista que Bentham, estaba más inclinado a tomar la tarea analítica como un fin en sí mismo. Véase Frederick SCHAUER, "Positivism Before Hart", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 24 (2011), 455-471.

⁸⁰ Véase Sean COYLE, "Thomas HOBBS and the Intellectual Origins of Legal Positivism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16 (2003), 243-270; Mark MURPHY, "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics*, 105 (1995), 846-873.

más difundido de finales del s. XIX y principios del XX, aceptó el esquema básico de Austin con poco cuestionamiento, y las críticas que para éste tenía eran completamente intersticiales⁸¹. Otros siguieron el mismo camino⁸². Henry Maine, por ejemplo, pensó que en su tiempo quedaba poco más que decir sobre el obviamente “irresistible poder coercitivo” del derecho⁸³, y creyó que los asuntos de interés al respecto tenían que ver con cuándo, dónde y cómo era y debía ser desplegado ese poder coercitivo. Algo después, W. W. Buckland, en un dispéptico repaso por la teoría del derecho inglesa, se lamentó por los esfuerzos filosóficos puestos en explicar el hecho de la obediencia al derecho y deseó que los teóricos percibieran el cumplimiento del derecho “de una manera más ordinaria”, con lo cual quería decir: de acuerdo con la comprensión directa y sencilla que Bentham y Austin tenían de la obligación jurídica, y de una manera menos filosófica y más centrada en la sanción⁸⁴.

Al mismo tiempo que los teóricos del derecho ingleses seguían el modelo del mandato-coerción del derecho, algo muy similar acontecía en Estados Unidos, aunque desde una dirección diferente y con un propósito distinto. Cuando Oliver Wendell Holmes observó, como es bien conocido, que deberíamos obser-

⁸¹ Thomas Erskine HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1880).

⁸² Véase, por ejemplo, W. Jethro Brown, *The Austinian Theory of Law* (London: J. Murray, 1906); E. C. Clark, *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1883); R. A. Eastwood & G. W. Keeton, *The Austinian Theories of Law and Sovereignty* (London: Sweet & Maxwell, 1929). La recepción de las tesis de Austin durante este período recibe un exhaustivo repaso en Neil DUXBURY, “English Jurisprudence between Austin and HART”, *Virginia Law Review*, 91 (2005), 1-91.

⁸³ Henry Sumner MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions* (London: Murray, 1875), 359-60.

⁸⁴ W. W. BUCKLAND, *Some Reflections on Jurisprudence* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1945), 28.

var el derecho desde la perspectiva del “hombre malo”⁸⁵, estaba siguiendo a Austin, a quien sabemos que había leído, en su comprensión del “derecho como coerción regulada”⁸⁶. Para Holmes, y luego para realistas jurídicos como Joseph Hutcheson, Jerome Frank, Leon Green, Herman Oliphant, Karl Llewellyn y muchos otros de entre los años '20 y '40 (y, en alguna medida, de allí en adelante también)⁸⁷, había una amplia diferencia entre el derecho en los libros —las “reglas de papel”, como lo llamó Llewellyn⁸⁸— y el derecho que en efecto se aplica. Y lo que hacía importante la diferencia era que la persona que resultaba afectada por el derecho, el “hombre malo”, se encontraba de algún modo principal o únicamente interesado en lo que podría sucederle si adoptaba tal o cual conducta. Los realistas no tenían ni remotamente el interés de Austin en ofrecer una definición de “derecho” en algún sentido estricto, sino que para ellos la parte importante del derecho era su aptitud para imponer sanciones. Los realistas insistieron, a menudo correctamente, en que el sistema jurídico a veces imponía sanciones de una manera que no podía ser explicada por el rol

⁸⁵ “Pero si adoptamos la perspectiva de nuestro amigo el hombre malo encontraremos que a él no le importan un bledo los axiomas o las deducciones, sino que quiere saber qué harán [los tribunales] de hecho”. Oliver Wendell HOLMES, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10 (1897), 457-478, en 460-461.

⁸⁶ Como se observa en Thomas C. GREY, “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stanford Law Review*, 41 (1989), 787-870, en 793-794

⁸⁷ Véase Laura KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1986); Brian LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (New York: Oxford University Press, 2007); William TWining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2ª ed. (New York: Cambridge University Press, 2012); Frederick SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009), 124-147.

⁸⁸ Karl N. LLEWELLYN, *The Theory of Rules* (Frederick SCHAUER, ed., Chicago: University of Chicago Press, 2011) (1937-1938), 11-23; Karl N. LLEWELLYN “A Realistic Jurisprudence: The Next Step”, *Columbia Law Review*, 30 (1930), 431-465. Véase también Frederick SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, *Texas Law Review*, 91 (2013), 749-780.

que cumplen las reglas de derecho escrito, pero tuvieron pocas dudas respecto del punto básico austineano según el cual la línea que mediaba entre el caso en que el sistema jurídico imponía una sanción y aquel en que no, era central para la comprensión de la idea misma de derecho.

La amplia aceptación de la importancia de la coerción no se limitó a los teóricos del *common law* y los países angloparlantes. En el ámbito continental, la muy influyente teoría de Hans Kelsen se centró en la naturaleza sistémica de las normas, y tomó la coerción y el monopolio de la administración legítima de ésta por parte del Estado como claves para la diferenciación de los sistemas jurídicos de todos los demás sistemas normativos⁸⁹. En efecto, aunque la teoría jurídica de Kelsen divergió tajantemente de la de Austin, fue tan claro como este último sobre el rol de la coerción, insistiendo en que “las sanciones externas (...) son esenciales al derecho”⁹⁰ y en que “todas las normas de un orden jurídico son normas coercitivas, i.e., normas que imponen sanciones”⁹¹. Del mismo modo, el gran sociólogo del derecho Max Weber, quien se concentró en el estudio de la creación y el funcionamiento de varias instituciones sociales, sostuvo que el derecho simplemente no existe allí donde no hay instituciones que brinden refuerzo coercitivo a las normas de la sociedad, y que en ello radicaba toda la cuestión de establecer un sistema jurídico en primer término⁹². Otras cuantas figuras de la filosofía jurídica alemana y francesa tomaron el núcleo coercitivo del

⁸⁹ HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, tr. Anders Wedberg (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945), 15-45.

⁹⁰ HANS KELSEN, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 55 (1941), 44-70, en 57-58.

⁹¹ KELSEN, *General Theory of Law and State*, 29.

⁹² Max Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954), 13.

derecho como algo tan autoevidente que apenas necesitaba comentarios extensivos⁹³.

No obstante, y esto es lo más importante, el lugar central de la coerción en la comprensión del fenómeno jurídico permaneció, tal como permanece hoy en día, como una proposición obvia para aquella abrumadora proporción del mundo que no está compuesta por teóricos del derecho. Los maleantes de las películas se refieren a la policía como “la ley”, y aunque el poeta Robert Frost pensaba que estaba haciendo una gracia cuando bromeaba diciendo que “las demandas que prosperan son las del policía”*, el humor de su comentario descansaba en su encaje con cómo la gente común concibe al derecho en términos de su capacidad para compeler al cumplimiento. Blaise Pascal observó hace siglos que “el derecho, sin fuerza, es impotente”⁹⁴ y mucho después Albert Einstein remarcó que “nada es más restrictivo del respeto por el gobierno y el derecho que la promulgación de leyes que no pueden ser aplicadas coercitivamente”. Aun más cerca en el tiempo, Martin Luther King Jr. elogió al derecho precisamente por su poder de compulsión. “Tal vez sea cierto que el derecho no puede hacer que un hombre

⁹³ Entre los autores franceses que explícitamente aceptaron la centralidad de la coerción, véase Henri LÉVY-ULLMAN, *La Définition du Droit* (Paris: Larose, 1917), 146, 165; Ernest ROGUIN, *La Science Juridique Pure*, vol. 1 (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1923), 122. Roscoe Pound se refería a los trabajos de ellos como “la teoría del derecho como amenaza” [*threat theory of law*]. Roscoe POUND, “Book Review”, *Texas Law Review*, 23 (1945), 411-418, en 413.

* N.T.: La frase en inglés es “a successful lawsuit is the one worn by a policeman”. El término inglés para *demanda*, ‘lawsuit’ es compuesto: *law* (derecho, ley) y *suit* (traje, vestimenta). La broma consiste en hacer uso de estas raíces de significado, refiriéndose a la demanda como algo cuya única garantía de éxito, de satisfacción, está para aquel que goza del (porque *es* el) respaldo de la fuerza coercitiva del Estado, al usar el verbo vestir (*wear*, p.p. *worn*) “contenido” en la partícula *suit*, teniendo en cuenta a la par que la vestimenta de los oficiales de policía es distintiva.

⁹⁴ Blaise PASCAL, *Pensées*, tr. William F. Trotter (New York: E. P. Dutton, 1941), §5, 298.

me ame, pero puede evitar que me linche, y pienso que eso es muy importante”⁹⁵.

Una de las más visibles facetas de la vida contemporánea es la tendencia del público a insistir, cuando el derecho es violado de manera muy visible, no meramente en que los perpetradores deban ser criticados, sino en que sean castigados. Para el público, parece que —como les parecía a Bentham y a Austin, y a James A. Garfield, uno de los presidentes con mayor formación que ha tenido Estados Unidos— “un derecho no es derecho si no tiene a la coerción detrás”⁹⁶. Pero si ha parecido tan obvio al público y a presidentes, a académicos y a activistas, a científicos y a poetas, que el derecho se trata de fuerza, ¿entonces cómo puede nadie negarlo, y por qué alguien querría hacerlo? El capítulo 3 está dedicado exactamente a esta pregunta.

⁹⁵ Según la cita del *Wall Street Journal*, 13/11/1962.

⁹⁶ James A. GARFIELD, Speech to 38th Congress as Member of Congress from Ohio, en RUSSELL Herman CONWELL, *The Life, Speeches, and Public Services of James A. Garfield* (Portland, ME: George Stinson & Co., 1881), 199.

3

LA POSIBILIDAD Y PROBABILIDAD DE UN DERECHO NO COERCITIVO

3.1. PIEZAS QUE FALTAN EN LA OPINIÓN DOMINANTE

Durante mucho tiempo ha parecido autoevidente —al menos para la gente normal— que la coerción, las sanciones, la amenaza, el castigo y la fuerza bruta yacen en el corazón de la idea de derecho. Y para la mayoría de los ciudadanos, tal como para los teóricos de la tradición de Bentham y Austin, la aptitud del derecho para compeler al cumplimiento de sus directivas parece, precisamente, lo que hace diferente a una directiva jurídica de un mero pedido o sugerencia⁹⁷. Más aun, la amenaza de la fuerza es

⁹⁷ Así, escribió Bentham, en un pasaje que no llegó hasta la edición final de su trabajo sobre el derecho, que era una tarea esencial la de “distinguir una ley de una exhortación o consejo”. Jeremy BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (Philip Schofield, ed., Oxford: Clarendon Press, 2010), 25 (nota del editor, citando de un fragmento del manuscrito no publicado). Antes, Hobbes había observado que “el derecho en general no es consejo, sino mandato”. Thomas HOBBS, *Leviathan*, Richard Tuck, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991) (1651), 183. Y tal como Jules Coleman y Brian Leiter describen la postura básica de Austin, “sin sanciones, los mandatos no serían más que pedidos”. Jules COLEMAN & Brian LEITER, “Legal Positivism”, en Dennis Patterson, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 1996), 241-260, en 244.

lo que parece distinguir al derecho de las incontables otras prescripciones de las que somos destinatarios. Vivimos, después de todo, en un mundo normativo, bombardeados constantemente por personas diciéndonos qué debemos hacer. Nos dan consejos, nos dan instrucciones y a menudo nos dan órdenes y nos mandan. En ocasiones esas personas son nuestros padres o hermanos u otros parientes. A veces son amigos o maestros. Incluso perfectos extraños y conocidos casuales nos dicen qué hacer. Y los funcionarios públicos y los consejeros profesionales lo hacen todo el tiempo. Además, vivimos nuestras vidas en una red de normas sociales, las cuales, aunque menos explícitas, tienen la pretensión de dictar muchos aspectos de nuestro comportamiento.

Sin embargo, frente a este trasfondo de lo que a menudo es percibido como un contexto ampliamente prescriptivo, el derecho todavía se distingue. Y lo hace en gran medida porque cuando *él* nos dice qué hacer, tiene la forma de respaldar sus prescripciones con el poder coercitivo del Estado. O así ha parecido durante mucho tiempo. Y es justamente esta distinción entre las órdenes respaldadas por la fuerza del Estado y todas las demás prescripciones, sean provenientes del propio Estado o no, lo que atrajo el interés especial de Bentham y Austin, y que ha llamado la atención de tantos otros antes y después que ellos en tanto clave para explicar el carácter y lo distintivo del derecho y del sistema jurídico.

Aunque la aparentemente singular aptitud del derecho para compeler al cumplimiento de sus directivas parece a primera vista particularmente importante para la comprensión de aquello que hace especial al derecho, un grupo de teóricos jurídicos ha venido observando sin embargo, durante largo tiempo, que una explicación de la naturaleza del derecho centrada en la fuerza deja demasiado sin explicar. En 1945, por ejemplo, Roscoe Pound, que antes había sido decano de la *Harvard Law School*, escribió preguntándose si la óptica austineana no omitía muchos aspectos del derecho cuya importancia y estatus como derecho pudiera ser

de difícil cuestionamiento. “¿Puede o no preguntarse uno si los cánones de interpretación jurídica son derecho?”, sugería, y luego preguntaba, retóricamente, “pero, si éstos imponen deberes sobre los jueces (¿quién más?), ¿qué castigo prescriben?”⁹⁸.

Para Pound, los cánones de interpretación legislativa —las reglas de segundo orden⁹⁹ que prescriben los métodos con los que interpretar las leyes— eran obviamente parte del derecho. Del mismo modo, por implicación, lo eran todas aquellas reglas (y principios, cánones, máximas, estándares y otras prescripciones similares¹⁰⁰) que no les decían directamente a los ciudadanos cómo comportarse, sino que en cambio iban dirigidas a los jueces, especificando la manera en que éstos debían cumplir con su tarea. Y sin embargo esas reglas, aunque claramente reglas *jurídicas*, parecen no tener sanciones detrás. De acuerdo con la así llamada Regla de Oro de la interpretación legislativa, por ejemplo, los jueces deberían interpretar la ley de acuerdo con el significado ordinario del lenguaje a menos que la interpretación fuese de ese modo a producir un resultado absurdo que claramente no hubiese estado

⁹⁸ Roscoe POUND, “Book Review”, *Texas Law Review*, vol. 23 (1945), 411-418, en 415.

⁹⁹ La expresión “reglas de segundo orden” viene de Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990), pero la anterior caracterización de ellas como “reglas acerca de reglas”, hecha por Hart, captura la idea básica. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 94-99.

¹⁰⁰ Es conocida la distinción de Ronald Dworkin entre reglas y principios hecha en *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), pero su distinción es cuestionable. Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 12-14; Joseph RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, en Marshall Cohen, ed., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Routledge, 1984), 73-87, en 82. Para nuestros propósitos actuales, sin embargo, no hay nada que dependa de la distinción de Dworkin ni de la de nadie más entre las reglas y otras clases de prescripciones.

entre las intenciones de la legislatura que la promulgó¹⁰¹. Pero no hay ningún castigo formal previsto para el juez que ignore dicha Regla, ni cualquier otra regla de ese tipo. Para Pound era importante reconocer que esa clase de reglas eran claramente parte del derecho incluso aunque carecieran de sanciones que las respaldaran. Sabía que Austin y sus seguidores las habían excluido de la definición de derecho al estipular que la coerción era un componente necesario de cualquier regla jurídica propiamente dicha, pero creía que la omisión de semejantes aspectos obvios del derecho constituía una perversión. En efecto, aunque la propia actividad académica y de reforma del derecho llevada a cabo por Pound se enfocaba en el derecho penal, él pensaba que el uso implícito que hizo Austin de un paradigma general del derecho basado en el derecho penal parecía dejar de lado muchas cosas importantes del derecho privado. En particular, Pound estaba preocupado porque las transacciones jurídicamente constituidas —contratos, testamentos, el establecimiento de sociedades y mucho más— no podían ser capturadas, sin alguna distorsión, por el modelo del mandato. Algunas leyes, observó, “reconocen y confieren libertades y privilegios” y aun otras “delimitan intereses reconocidos”. “La reducción de todo esto a mandatos”, cuestionó Pound, “es una sobresimplificación

¹⁰¹ *River Wear Commissioners v. Adamson* [1877] 2 A.C. 743 (Q.B.); *Grey v. Pearson* (1857) 10 Eng. Rep. 1216, 1234 (H.L.). Durante mucho tiempo se ha sostenido, en especial en los Estados Unidos, que los cánones de interpretación en general no son constrictivos, principalmente porque casi todos los cánones, incluyendo la Regla de Oro, pueden ser dejados de lado por recurso a otro canon que indique un enfoque contrario al no aplicado. Véase especialmente Karl N. LLEWELLYN, “Remarks on the Theory of Appellate Decision, and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 3 (1950), 395-406. Se puede discutir si esta tesis escéptica es de hecho verdadera (véase Michael SINCLAIR, “‘Only a Sith Thinks Like That’: Llewellyn’s ‘Dueling Canons,’ One to Seven”, *New York Law School Law Review*, vol. 50 (2006), 919-992), pero ello nos llevaría demasiado lejos del punto básico del texto.

que violenta a más de uno de estos tipos de leyes y no conduce a una mejor comprensión de ellas”¹⁰².

Y todavía no había terminado. Como objetó la concepción de todo el derecho “en términos del derecho penal”¹⁰³ y permaneció sin estar convencido por las maquinaciones austineanas para amoldar “todo lo que puede ser hecho por el derecho o aun por la legislación” a un modelo penal, se preguntaba “¿a quién ‘se hace sufrir’ cuando un tribunal interpreta un testamento?”. “No podemos decir que a [aquellos] cuyas expectativas resultan frustradas les toca un castigo por algo que hicieron. No tienen éxito en obtener aquello que esperaban, y esto no se debe a nada calificado o tenido como incorrecto respecto de ellos, sino a que no les fue otorgado”. Y aun más: “si un tribunal deniega la legitimidad de un testamento porque no fue confeccionado de acuerdo con los requerimientos legislativos, ¿beneficia con ello a los virtuosos parientes cercanos, a quienes el testador consideraba indignos de sus posesiones y asigna un perjuicio al vicioso amigo a quien el testador tenía la intención de retribuir en gratitud por favores que aquél le hiciera?”. Más aun, “allí donde un tribunal interpreta un testamento, un contrato, o una transferencia, o instruye a un fideicomisario, ¿está con ello adoptando un curso de acción en contra de alguien de manera de hacer de esa persona un infractor comparable a un delincuente penal o a un agente dañador civilmente responsable?”¹⁰⁴.

Pound fue más duro que la mayoría a la hora de sostener que una visión del derecho basada en la sanción dejaba demasiado sin explicar, pero no fue el primero en hacerlo. Tan atrás como en 1878, cuando la influencia de Austin estaba en su pináculo, Frederic Harrison, presagiando a Pound, catalogó un extenso aba-

¹⁰² POUND, “Book Review”, 415.

¹⁰³ Ibid., 416.

¹⁰⁴ Ibid., 417.

nico de leyes confiriendo facultades sobre la propiedad privada, franquicias públicas, funciones gubernamentales y mucho más, que eran claramente derecho pero que no podían ser entendidas plausiblemente como mandatos respaldados por la amenaza de la fuerza¹⁰⁵. Otros teóricos de fines del siglo XIX y principios del XX también habían comenzado a preguntarse si la imagen del derecho de Austin, basada en la coerción, era un retrato completo del derecho tal como él y Bentham imaginaban¹⁰⁶. En 1931, por ejemplo, Carleton Kemp Allen observó, explícitamente en contra de Austin, que “una gran parte del derecho no consiste en absoluto en... la compulsión”¹⁰⁷. Allen luego fue incluso más específico:

Se ha señalado a menudo, en oposición a Austin, que muchas leyes no son imperativas en absoluto; meramente prescriben los medios y los métodos con los cuales una persona puede, si lo desea, efectuar un acto jurídico, como, digamos, redactar un testamento o transmitir una propiedad, o buscar un remedio jurídico ante los estrados de un tribunal¹⁰⁸

¹⁰⁵ Frederic HARRISON, “The English School of Jurisprudence: Part II. - Bentham’s and Austin’s Analysis of Law”, *Fortnightly Review*, vol. 24 (1878), 682-703. Y véase el detallado análisis de las ideas de Harrison en Wilfrid E. RUMBLE, *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin’s Philosophy of Law in Nineteenth Century England* (London: Continuum, 2005).

¹⁰⁶ Un valioso repaso analítico de estos desarrollos es el de Gerald J. POSTEMA, “Analytic Jurisprudence Established”, en Gerald J. POSTEMA, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Dordrecht, Holanda: Springer, 2011), 3-42. Véase también Rumble, *Doing Austin Justice...*, 178-241; Neil DUXBURY, “English Jurisprudence Between Austin and Hart”, *Virginia Law Review*, vol. 91 (2005), 1-91.

¹⁰⁷ Carleton Kemp Allen, “Legal Duties”, *Yale Law Journal*, vol. 40 (1931), 331-380, en 346.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 351, Véase también, el incluso anterior trabajo de Edwin M. Borchard, “Book Review”, *Yale Law Journal*, vol. 28 (1919), 840-843, en 842, quien se lamenta de que la concepción del derecho de Austin excluye muchas reglas que no están hechas por el soberano, y John C. GRAY, “Some Definitions and Questions in Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 6 (1892), 21-35, en 26, que anota que mucho de lo que claramente es derecho no está sujeto a sanciones de ningún tipo.

Tales críticas no estaban fuera de lo que había anticipado Austin¹⁰⁹, y por cierto, tampoco Bentham¹¹⁰. En ocasiones Austin respondió a estas objeciones admitiendo que tales instancias del derecho simplemente no eran su principal objeto de atención. Yendo más al núcleo del asunto, Austin, aunque como Bentham¹¹¹ ofrecía en verdad una explicación de la naturaleza del derecho dependiente de la sanción, se basaba en una concepción de la sanción más amplia que una que se limitase a las multas, prisión y muerte. Austin observó, por ejemplo, que incluso la nulidad jurídicamente impuesta sobre una operatoria podría contar como una sanción¹¹². Es cierto que el soberano es indiferente a que yo me comprometa contractualmente, venda mi casa, o le deje mi dinero a un primo para después de mi muerte. Pero si intento que tales cuestiones lleguen a cumplimiento sin acatar las formas jurídicas prescriptas, el Estado no las hará efectivas. La nulidad de una operación que yo desee conseguir frustrará mis intenciones, hará imposible que yo haga lo que quiero hacer, y tal vez hasta produzca un resultado efectivamente desagradable para

¹⁰⁹ Austin reconoció explícitamente que muchas de las normas excluidas por su estrecha definición normalmente serían entendidas como parte del derecho de modo más amplio. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfrid E. Rumble, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995) (1832), 31-37. Sobre el reconocimiento de Austin de normas permisivas véase David A. Gerber, “Book Review”, *Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie*, vol. 61 (1975), 450-451.

¹¹⁰ Así, Bentham reconocía un conjunto de reglas de procedimiento y otras de tipo secundario, que denominaba “apéndices corroborativos” [*corroborative appendages*] y “apéndices remediales” [*remedial appendages*]. Jeremy BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch...*, 41. El reconocimiento de Bentham del papel de las normas constitutivas o permisivas es meticulosamente examinado en David LYONS, *In the Interest of the Governed: A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, rev. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1991), xviii, 108, 112-116, 125-137.

¹¹¹ Véase LYONS, *In the Interest of the Governed...*, 134-136.

¹¹² John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence...*, vol. II, Lecture XXIII (London: John Murray, 1862), 141.

mí, por ejemplo, si el beneficiario hereditario alternativo de mi propiedad, designado por el derecho, es otro primo, a quien personalmente detesto. Para Austin, este tipo de nulidad jurídica podía operar como una genuina sanción, incluso si el efecto de la nulidad es solamente el de hacer ineficaz un acto optativo, como algo opuesto a las sanciones que recaen por el incumplimiento de un mandato por el que debo hacer cierta cosa (tal como pagar impuestos) o abstenerme de hacer cierta cosa (como robar). Los actos anulados en virtud de la nulidad jurídica pueden haber sido originalmente optativos, creía Austin, pero cuando un resultado esperado es anulado, la anulación, dado que frustra las expectativas de aquellos que deseaban consumir una cierta operación, parecía encajar, según él, en la idea de sanción¹¹³.

Volveremos sobre el concepto de la amenaza de nulidad como una forma de coerción. Cuando menos, la idea debería ser tomada en serio. El requerimiento de que yo haga algo como el Estado lo pretende en lugar de como yo mismo lo pretendo no es algo totalmente carente de relación con la idea de mandato, y la penalidad de no estar habilitado para hacerlo en absoluto si no lo hago de la manera en que lo pretende el Estado es al menos plausiblemente una forma de sanción. Pero la sanción de nulidad es también plausiblemente coercitiva sólo de una manera atenuada, como observaron primero Pound y Allen. Y así es como ellos, junto con otros, llegaron a la conclusión de que mucho de lo que normalmente entendemos como parte del derecho no puede ser satisfactoriamente explicado por la coerción, siquiera tomada en sentido amplio. Si esto es así, entonces la coerción y las sanciones

¹¹³ La tesis de que la nulidad puede ser una sanción es más desarrollada por Hart que por el propio Austin (HART, *The Concept of Law*, 33-35), pero Hart luego pasa a argumentar en contra de ella. Puede encontrarse un lúcido desarrollo de la crítica de Hart, que a la vez es una crítica parcial a ésta, en Richard STIGTH, "Punishment, Invalidation, and Nonvalidation: What H.L.A. Hart Did Not Explain", *Legal Theory*, 14 (2008), 219-232.

pueden no resultar tan útiles a la hora de dar cuenta de la idea de derecho tal como Bentham y Austin suponían. Qué deberíamos sacar de todo esto, incluso de ser cierto, es el objeto de gran parte del capítulo 4, pero mientras tanto debemos concentrarnos en la versión más influyente de la crítica hasta aquí esbozada.

3.2. H.L.A. HART Y LAS LAGUNAS EN LA TEORÍA DE AUSTIN

Allen, Pound y otros habían estado durante mucho tiempo poniendo de manifiesto las lagunas en la teoría de Austin, pero lo que se ha convertido en la crítica canónica a Austin por enfatizar más de la cuenta la coerción y menospreciar las dimensiones no coercitivas del derecho, es la primera parte de *The Concept of Law*, de H.L.A. Hart¹¹⁴. Puesto a establecer el marco en que desarrollar lo que describió como un “nuevo comienzo” en el pensamiento sobre la naturaleza del derecho, Hart dedicó gran parte de los primeros capítulos de su profundamente influyente libro a realizar una crítica de Austin. En efecto, el trabajo de Hart se ha vuelto tan importante en la tradición angloamericana, que los desafíos anteriormente presentados a Austin, no tan diferentes del que Hart ofreció luego, han sido esencialmente olvidados¹¹⁵.

La crítica de Hart al modelo austineano se centraba en dos asuntos principales. El primero era la continuidad con las obje-

¹¹⁴ HART, *The Concept of Law*, 33-35.

¹¹⁵ Un efecto colateral menos benigno ha sido el de que generaciones de estudiantes y académicos han aprendido acerca de Austin a través de Hart más que de los propios textos de Austin. Esto es particularmente desafortunado porque Hart explícitamente reconoció que su reconstrucción de las ideas de Austin estaba intencionalmente encaminada a establecer un claro blanco y que podría por ello no haber capturado exactamente la profundidad y los matices de los propios escritos de Austin (HART, *The Concept of Law*, 18), y porque Hart, no obstante su justificada influencia, no era conocido como un cuidadoso o empático lector de otros autores. Véase Nicola LACEY, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 301; Frederick SCHAUER, “The Best Laid Plans”, *Yale Law Journal*, 120 (2010), 586-621, en 594, n. 29.

ciones 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 aun más lejos. No sólo 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 Oxford¹¹⁶, desarrolló un tema que luego sería prominente en la distinción de John Searle entre reglas constitutivas y regulativas¹¹⁷. Las reglas regulativas, el tipo más familiar de regla, gobiernan conductas cuya existencia es lógicamente anterior a las reglas mismas. Mi capacidad para conducir mi coche a 90 millas por hora puede estar dada en función del automóvil, la carretera y mis preferencias, pero no depende del derecho¹¹⁸. Esto también es cierto respecto de la capacidad de una persona para darle muerte a otra. Las personas se matan unas a otras desde mucho antes de que siquiera existan leyes contra el homicidio o reglas jurídicas

¹¹⁶ H.L.A. HART, "Definition and Theory in Jurisprudence", en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1984), 21-48.

¹¹⁷ John R. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1969), 33-42. Ideas similares se encuentran en Max BLACK, "The Analysis of Rules", en Id, *Models and Metaphor* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1962), 95-139, en 123-125; B. J. Diggs, "Rules and Utilitarianism", *American Philosophical Quarterly*, 1 (1964), 32-44; y John RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64 (1955), 3-32. Para críticas, aunque más dirigidas a la costumbre de llamar "reglas" a las descripciones de actos constitutivas que a la idea básica, véase Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990), 108-113; Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules...*, 7, n. 13.

¹¹⁸ Al menos no en sentido conceptual. Dejo de lado la contingente posibilidad empírica de que no existieran ni los automóviles ni las carreteras sin las leyes que hicieran posible la construcción de automóviles y carreteras.

que distingan el asesinato de otros tipos de causaciones justificadas de muerte. Y es así como las leyes que prohíben conducir a 90 millas por hora o matar a otras personas, gobiernan conductas que podrían darse sin que estuviera presente el derecho y cuya existencia conceptual es lógicamente anterior a éste. No necesito del derecho —de ningún derecho— para conducir a 90 millas por hora o para matar a mi vecino.

Pero considérense ahora aquellas reglas o sistemas de reglas que *crean* posibilidades que de otro modo no existirían. Para retomar un ejemplo anterior, es simplemente imposible hacer un enroque sin que medien las reglas que constituyen el juego del ajedrez. El enroque sólo existe *dentro* del ajedrez (aunque mover piezas de madera con cierta forma, de cierta manera, en un tablero con cuadrados, es posible, aun si carente de sentido), tal como el *home run* existe sólo dentro del béisbol.

Así sucede con el derecho. El derecho penal puede disciplinar el homicidio, y el derecho de daños puede disciplinar algunas formas de actividad que le son conceptualmente antecedentes¹¹⁹, pero una corporación, un fideicomiso o un testamento, son como el enroque y no como el homicidio. Un grupo de personas puede llevar adelante un negocio sin que esté el derecho de por medio, pero sólo puede conformarse en una corporación en virtud de reglas jurídicas que establezcan la idea misma de corporación. Y lo mismo es cierto respecto de los fideicomisos, testamentos, demandas e incontables otras instituciones y prácticas constituidas por el derecho y, por ende, dependientes del derecho.

¿Cómo debiéramos comprender qué es lo que hace el derecho al constituir tales instituciones y prácticas? Es dudoso que el derecho esté con ello ejerciendo la coerción sobre nada o nadie,

¹¹⁹ De manera que aunque la idea de “negligencia” puede existir y ser definida por el derecho, un cirujano puede ser negligente, aun de no existir el derecho, al no quitar una esponja de una cavidad en el cuerpo de un paciente luego de completar un operación.

al menos en el sentido de requerirle a la gente que se involucre o no en cualquiera de estas actividades jurídicamente constituidas. El derecho constituye a las corporaciones, pero no manda a nadie a que cree una. Es esto lo que Pound, y luego Hart, argumentaban, y para ambos la negación de la dimensión constitutiva del derecho era una gran parte de su más amplia objeción al exceso de dependencia en la coerción a la hora de explicar el fenómeno del derecho. El argumento de la capacidad constitutiva del derecho no debería ser llevado demasiado lejos. Si el punto consiste en mostrar la importancia del derecho incluso cuando no opera de manera coercitiva respaldando sus prescripciones con sanciones, entonces deberíamos considerar la posibilidad de que el derecho, aun en su faz constitutiva, puede ser más coercitivo de lo que se aprecia normalmente. En ocasiones, de seguro, la coerción consiste simplemente en decirle a la gente qué hacer, pero a veces la coerción existe cuando se les dice a las personas que lo que quieren hacer debe ser hecho de cierta manera y no de otra. Cuando el derecho crea la posibilidad misma de involucrarse en cierta actividad, a menudo suplanta con ello una actividad similar que es independiente del derecho. Y si la actividad independiente del derecho es parte del comportamiento normal de la gente y sus expectativas básicas, la eliminación de esta posibilidad y el compelimiento a que se utilice la alternativa jurídica operan como una forma de coerción.

Considérese la noción jurídica de contrato. Los contratos existen en virtud del derecho, y así es como el concepto de contrato está jurídicamente constituido en el sentido que venimos tratando. Pero aun si no hubiera tal cosa como los contratos, todavía podría haber promesas¹²⁰, y la obligación moral de guardar las propias promesas

¹²⁰ La relación entre la idea de contrato y la idea moral de promesa ha generado una inmensa literatura. Véase Charles FRIED, *Contract as Promise* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981); Jody KRAUS, "The Correspondence of Contract and Promise", *Columbia Law Review*, 109 (2009), 1603-1649; Joseph RAZ, "Promises in Morality and Law", *Harvard Law Review*, 95 (1982), 916-938; T. M. SCANLON,

bien puede ser reforzada por las sanciones dadas por el escarnio, la culpa y el daño a la reputación, entre otras. No obstante, una vez que el derecho ha creado la institución del contrato, resulta que las promesas, al menos en las mismas materias que competen al derecho de los contratos, parecen haber sido psicológicamente dejadas a un lado, si no conceptualmente. Puedo prometerme que te venderé mi casa por una cierta suma, pero en un mundo con contratos, surgirá un entendimiento de fondo según el cual un contrato por la venta de la casa es la *única* manera de prometer la venta de ella. Para repetirlo, se trata ésta de una tesis psicológica, y no lógica, pero ello no la hace menos plausible. Al enfocarse sobre cierta área del comportamiento, el derecho a menudo ocupa dicho campo, invadiendo las alternativas no jurídicas preexistentes. Considérese ahora el derecho testamentario. Un contrato es una criatura jurídica, pero el dejarle la propiedad privada a un sujeto designado, para luego de la muerte, no lo es. Una persona, después de todo, podría instruir a sus hermanos e hijos para que, tras la propia muerte, su auto y su casa se destinaran a uno de los hijos, y sus cuentas bancarias a otro. En teoría esto podría suceder, y bien puede que estos deseos se lleven a cabo. Pero no es así como las cosas se dan en nuestro mundo. En nuestro mundo, uno en el que se utilizan los testamentos, se han implementado otras formas de lograr esos mismos fines. Decirle a alguien que obtendrá todo mi dinero cuando yo muera, haciéndolo por fuera de los procedimientos jurídicamente establecidos, es menos efectivo en un mundo que hace uso de los testamentos que en uno que no¹²¹.

“Promises and Contracts”, en T. M. SCANLON, *The Difficulty of Tolerance* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003), 234-269; Seana Valentine SHIFFRIN, “Is a Contract a Promise?”, en Andrei Marmor, ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012), 241-257.

¹²¹ Leslie Green ofrece un argumento similar respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo. Reconoce que a nadie se le obliga a casarse con una persona del sexo opuesto. Pero cuando el derecho reconoce una forma de matrimonio pero no otra, y de ese modo le da opciones a algunos pero no a otros, el sólo trazado de esa

Por lo tanto, cuando las formas de conducta jurídicamente constituidas suplantán a formas de conducta que son independientes del derecho o cuando el derecho regula una conducta que es optativa pero independiente del derecho mismo, la sanción de nulidad se convierte en una sanción real. Si quiero celebrar un contrato pero no quiero hacerlo de las formas prescritas por el derecho, el contrato no resultará un contrato en absoluto. Mis expectativas y deseos habrán de ser frustradas y mi decepción palpable. Si deseo evitar tal decepción, y lograr una meta particular celebrando un determinado contrato, la aptitud del derecho para frustrar esos deseos le da a éste un poder coercitivo que no es distinto de otras formas más directas de coerción. El colapso de una transacción compleja por razones relativas al incumplimiento de las prescripciones del derecho, por ejemplo, puede resultar, para las partes involucradas en dicha transacción, un castigo mucho más grande que una multa de 100 dólares por rebasar el límite de velocidad. Tal como ha señalado Leslie Green, “la nulidad puede ser tan inconveniente, estresante y costosa como algunas penas”¹²².

Desde luego, a veces la nulidad puede no ser decepcionante en absoluto, y entonces la amenaza de ella pierde su fuerza coercitiva. Como destaca Hart, un contrato que es inválido porque una de las partes contratantes no tiene la edad adecuada puede no parecerle una sanción en absoluto al menor que así ya no resulta obligado

distinción opera como ejercicio de la coerción. Leslie GREEN, “The Concept of Law Revisited”, *Michigan Law Review*, 94 (1996), 1687-1717, en 1703-1704.

¹²² Ibid., 1702. Otros intentos de rehabilitar la idea de que la nulidad puede funcionar como una genuina sanción incluyen a Theodore M. BENDITT, *Law as Rule and Principle* (Sussex, UK: Harvester Press, 1978), 142-157; Philip MULLOCK, “Nullity and Sanction”, *Mind*, 83 (1974), 439-441; Richard SMITH, “Punishment, Invalidation, and Nonvalidation: What H.L.A. Hart Did Not Explain”, *Legal Theory*, 14 (2008), 219-232; Richard H. S. TUR, “Variety or Uniformity”, en Luís Duarte d’Almeida, James Edwards, & Andrea Dolcetti, eds., *Reading HLA Hart’s The Concept of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2013), 37-58, en 47-50.

por los términos de ese contrato¹²³. Y aunque Hart exagera su punto al decir que es “absurdo” pensar a la nulidad de un contrato o de una ley como una forma de castigo¹²⁴, la objeción de que hablar de castigo está fuera de lugar en el contexto de la violación de reglas constitutivas es adecuada cuando se dirige contra la idea de que el intento, hecho por un jugador de ajedrez, de mover una torre en diagonal, es castigado por una regla del ajedrez, la regla que especifica que las torres no pueden moverse en diagonal. No está permitido mover las torres diagonalmente, pero sería extraño describir la situación del jugador que lo ha intentado diciendo que ha sido “castigado” por ello.

Es así que algunas violaciones de reglas constitutivas resultan tan distintas de las sanciones que la imagen austineana del derecho aparece nuevamente como incompleta. Pero el solo hecho de que algunas conclusiones sobre la nulidad jurídica no sean percibidas plausiblemente como sanciones o castigos no significa que ninguna de ellas lo sea. De seguro, la invalidez de un contrato a veces no es experimentada como desagradable, pero para la mayor parte de la gente, la mayor parte del tiempo, cuando se trata de intentar celebrar la mayoría de los contratos, la capacidad del derecho para decir que deben ser hechos de una forma particular bajo la consecuencia de que de otro modo no tengan efectos jurídicos, será experimentada como coercitiva. Y aunque algunos jueces serán indiferentes, como nota Hart, a la validez de sus propias órdenes¹²⁵, comúnmente los jueces sienten el aguijón de la revocación y buscan evitarlo, con lo que hacen del poder de un tribunal de apelación sobre un juez de anterior instancia un poder que resulta experimentado como coercitivo. En muchos sentidos, por lo tanto, el poder de imponer la invalidez será el poder de ejercer la

¹²³ HART, *The Concept of Law*, 34.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

coerción sobre aquellos para quienes la invalidez es una cuestión desagradable o inconveniente, probablemente un número más amplio en muchos contextos que el de aquellos para quienes la invalidez es una cuestión indiferente. Por cierto, aun el caso que Hart ve como una *reductio ad absurdum* puede no ser tan absurdo en absoluto. Es verdad que la nulidad es en algún sentido un componente esencial de cualquier regla constitutiva y entonces es verdad que “si el hecho de que la pelota no pase entre los postes, no significara un ‘acto nulo’ (la no conversión de un tanto), no se podría decir que existen reglas de tanteo”¹²⁶. Y de este modo la nulidad puede entenderse mejor como parte de una regla constitutiva, en lugar de como una forma conceptualmente distinta de reforzar un requerimiento independiente. Pero una vez que uno está dentro del juego, sea ese juego el de la adjudicación, el de los contratos o el fútbol, las reglas pierden algo de su poder constitutivo y parecen regulativas y coercitivas. El aspecto coercitivo de las reglas constitutivas se vuelve así una cuestión fenomenológica, y el poder de aquellos que crean, cambian y aplican las reglas constitutivas bien puede parecer coercitivo para aquellos que están dentro de las instituciones que las reglas constitutivas generan.

Debemos conceder que la capacidad del derecho para crear el poder de redactar testamentos, conformar fideicomisos y celebrar contratos, tanto como su capacidad para crear el poder de promulgar legislación y de formular órdenes judiciales, no queda completamente capturado por una teoría del derecho basada en la coerción. Pero aun haciendo esta concesión, podemos también reconocer que el intento por explicar la manera en que operan las reglas constitutivas sin admitir las dimensiones coercitivas de la nulidad resulta igualmente incompleto. Así y todo, parece haber un error en comprender a *todas* las reglas jurídicas como coercitivas. Qué hacer de la extendida pero no esencial presencia para el dere-

¹²⁶ Ibid.

cho de reacciones basadas en la coerción aun cuando se trata de la faz constitutiva de éste sigue siendo una pregunta difícil, y es una sobre la que volveremos. Pero por ahora, puede ser suficiente con notar que la tesis de que la coerción está presente para todo caso de derecho propiamente dicho parece falsa, y que en ese sentido la explicación puramente austineana resulta incompleta¹²⁷. Cuán incompleta es, y por qué esa incompletitud es relevante, es lo que ahora abordaremos.

3.3. LA INTERNALIZACIÓN DE REGLAS JURÍDICAS

Cuando Hart comenzó a escribir sobre el derecho, la idea de que amplias partes de éste podrían ser explicadas por el modelo del mandato sólo a costa de mucha dificultad se había vuelto, al menos en los circuitos de los teóricos del derecho, un lugar común. Hart añadió su voz a la de estos críticos, pero su propia objeción, más influyente, al modelo del mandato, es más profunda. El problema no es meramente que las sanciones en el sentido tradicional están ausentes en mucho de lo que el derecho hace, sino también que incluso cuando el derecho opera en su forma más abiertamente regulatoria y prescriptiva, la existencia de obligaciones jurídicas es lógicamente distinta de las sanciones y amenazas que el derecho emplea para reforzar sus mandatos y las obligaciones que crea. Tal como dijo en 1953 Arthur Goodhart, el predecesor de Hart en la Cátedra de *Teoría del Derecho* en Oxford, “Es porque una regla es considerada obligatoria que una medida coercitiva puede ser añadida a ella: no es obligatoria porque medie la coerción”¹²⁸.

La idea de Goodhart, que luego fue enriquecida por Hart, nos demanda una cuidadosa atención. Para Bentham y en especial

¹²⁷ Véase Hans OBERDIEK, “The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems”, *American Journal of Jurisprudence*, 71 (1976), 71-94.

¹²⁸ A. L. GOODHART, *The English Law and the Moral Law* (London: Stevens & Sons, 1953), 17.

para Austin, las sanciones eran esenciales para la idea de obligación jurídica. Las leyes creaban obligaciones mediante el refuerzo de sus órdenes con amenazas. Estar sujeto a una obligación jurídica —tener un *deber* jurídico— era entonces estar sujeto a un mandato oficial apoyado por la amenaza de un “mal” en caso de incumplimiento. La fuerza no era sólo un componente esencial de una orden jurídica, sino que era también una igualmente esencial parte de la obligación jurídica y del deber jurídico.

Sin embargo, como han destacado Goodhart, Hart y otros desde entonces, considerar la amenaza de sanciones desagradables por incumplimiento como algo tan esencial para la obligación excluye la posibilidad de que haya obligaciones sin amenaza. Para Hart, la distinción entre estar bajo una obligación y estar amenazado por el uso de la fuerza, como sucede con el asaltante armado que amenaza mi vida si no le doy mi dinero, se identifica por, y refleja en, la distinción lingüística entre verse obligado, como en la situación del atraco, y tener una obligación, tal como sucede al estar sujeto al derecho. Como cuestión lingüística, Hart estaba equivocado. En inglés, no es un error decir que uno está moralmente obligado a ocuparse de un pariente enfermo o decir que la gente tiene las obligaciones, al cumplimiento de las cuales se la compele a través de sanciones, de pagar impuestos o de no rebasar el límite de velocidad. En efecto, puede no haber ningún error lingüístico en decir que el asaltante me ha impuesto la obligación de entregarle mi dinero. Es mucho más común de lo que Hart suponía el entender “obligación” simplemente como la forma sustantivada del verbo “obligar”, como cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que “el heredero, en virtud de su responsabilidad como heredero de la obligación de su ancestro, será obligado a responder por todos los frutos e ingresos en tanto que heredero, si no es poseedor”¹²⁹, o cuando otra corte federal estadounidense

¹²⁹ *Longpre v. Diaz*, 237 U.S. 512, 528 (1915).

anunció que “como la Orden no hacía la obligación independiente delegable, el CDSS se veía obligada a cumplirla”¹³⁰.

El que la distinción lingüística entre verse obligado y tener una obligación fuese menos provechosa que lo que Hart creyó al trazarla, no hace que la distinción en sí misma sea irrelevante. Aun al margen de si puede o no ser extraída del lenguaje ordinario, la diferencia que Hart intentaba describir sigue siendo crucial, precisamente porque podemos entender que estamos bajo una obligación incluso sin una amenaza frente al incumplimiento.

La existencia de obligaciones sin sanciones es más clara con respecto a las obligaciones morales. La mayoría de la gente cree que tiene la obligación moral de cuidar de sus padres, por ejemplo, pero se trata comúnmente de una obligación que no está reforzada por la amenaza de sanciones. Por supuesto que la sanción de la crítica, en especial la crítica pública, será tanto efectiva como necesaria para hacer que algunas personas reconozcan la obligación o actúen conforme a ella, pero la comprensión de la sensibilidad y motivación moral basada en la creencia de que todos los que se ocupan de un padre entrado en años lo hacen solamente para evitar el agujijón del escarnio público es demasiado pobre¹³¹. Considérese otro ejemplo, el del vegetariano éticamente comprometido que se abstiene de comer carne no por razones de salud, sino porque cree que está moralmente mal matar criaturas sensibles para comer. Hay mucha gente que cree esto hoy en día, pero no tantos como para estar muy expuesto al riesgo de la condena pública por comer carne, al menos en la mayoría de los círculos sociales. Sin embargo,

¹³⁰ *California Department of Social Services v. Leavitt*, 523 F.3d 1025, 1035 (9ª Cir. 2008).

¹³¹ Sobre la relación entre deseos, preferencias, razones y motivaciones jurídicas, morales y auto-interesadas, una importante contribución reciente, y cuya explicación de la motivación está en cierta tensión con la que subyace a todo el presente libro, es la de Veronica RODRÍGUEZ-BLANCO, *Law and Authority Under the Guise of the Good* (Oxford: Hart Publishing, 2014).

el vegetariano ético cree que tiene una obligación de abstenerse de comer carne, y cree que estaría quebrantando esa obligación —o deber— si comiese un bistec, un corte de cerdo o pollo frito. Y así la noción misma de obligación moral, una noción que es familiar para la mayoría de nosotros, muestra que la reducción de la idea de obligación a la amenaza de sanciones es simplemente una confusión.

Las obligaciones morales de ese tipo pueden ser descriptas como *internalizadas*. La obligación de abstenerse de comer carne constituye una razón para nuestro vegetariano y guía su conducta. En ciertas circunstancias, incluso podría criticar a otros por comer carne, una crítica que derivaría de la internalización por parte del vegetariano de la regla “no comas carne”. Su crítica presupone la regla —Hart dice que su “aceptación” de ésta— y es hecha desde el punto de vista de la regla presupuesta o aceptada.

Pero si las obligaciones morales pueden ser internalizadas sin sanciones, también pueden serlo las jurídicas. Y este era el punto que Hart, algunos de sus predecesores y casi todos sus sucesores, trataban de enfatizar. No necesitamos enfrentarnos a complejas cuestiones metaéticas relativas a la procedencia de las obligaciones morales para reconocer que para todos salvo los más irresolutos subjetivistas, éstas provienen de algún lado. Según algunos vienen de Dios, para otros de normas sociales cultural y temporalmente contingentes, para otros de sus propias intuiciones, y aun para otros de una realidad objetiva sobre lo correcto y lo incorrecto. Pero vienen de algún lugar, y esa noción explica la diferencia entre las meras preferencias y las restricciones morales. El vegetariano moralmente comprometido bien puede adorar el bife tipo Wellington y la barbacoa de cerdo, e incluso puede creer que una dieta que incluya carne de ternera y pescado es más saludable que una sin ellos, pero la obligación moral que ha internalizado le requiere dejar de lado algunas de sus preferencias, algunos de sus deseos y posiblemente aun algunas de sus necesidades, para

el servicio de esas mismas obligaciones morales. Sus obligaciones morales internalizadas son restricciones de segundo orden sobre sus preferencias de primer orden.

Esto mismo se aplica al derecho, al menos como posibilidad teórica. Si la gente puede entender que tiene, y actuar conforme a, una obligación moral libre de sanciones, que viene, digamos, de Dios¹³², o que viene de una noción objetiva de lo moralmente correcto e incorrecto, entonces no hay razón por la que el derecho no pueda tener un estatus similar. Como cuestión lógica y conceptual, la gente que hace cosas porque la moral dice que debiera (formulo intencionalmente el punto así, para sugerir la fenomenología común, aun si no necesariamente externa, de la obligación moral), podría hacer cosas porque el derecho así lo ordena. La gente percibe al derecho como una fuente independiente de obligaciones, y puede entender que el derecho imponga obligaciones aun si no amenaza con sanciones. Si tiene sentido decir que hago cierta cosa porque la moral me lo exige, entonces tiene igual sentido, como cuestión lógica y fenomenológica, decir que hago algo porque el derecho me lo exige. En el lenguaje de Hart: las personas pueden adoptar un *punto de vista interno* frente a las obligaciones jurídicas. Cuando tienen dicho punto de vista interno —cuando han internalizado la obligación— reconocen que el hecho de un “mandato” jurídico crea una obligación y así una razón para la acción, en un modo que es lógicamente, fenomenológicamente y empíricamente distinto de la eventualidad de sanciones por la violación de dicha obligación.

Los filósofos del derecho desde Hart han tendido a aceptar esta explicación de cómo el derecho puede crear obligaciones, pero a

¹³² Este no es un libro de teología. Sim embargo, vale la pena apuntar que la retribución divina o la eterna condenación en las llamas son difícilmente universales para la creencia y la comprensión religiosas. En algunas tradiciones religiosas los mandatos de Dios deben ser obedecidos sólo porque son los mandatos de Dios, y deben serlo incluso cuando no haya que temer por la caída de rayos desde el cielo o por el descenso a los fuegos del Infierno.

menudo la hacen más misteriosa de lo necesario, normalmente al describir el asunto en términos de una genuina perplejidad acerca de la fuente de la “normatividad” del derecho¹³³. Pero la cuestión genera mucha menos perplejidad que la que ellos querrían que creyéramos. Siempre que estamos dentro de un sistema de reglas, tenemos obligaciones creadas por tal sistema. Si entendemos a la moral como un sistema de reglas (lo que, de seguro, no todos hacen), entonces la obligación moral está constituida por el conjunto de obligaciones creadas por el sistema de reglas morales que uno acepta. Y cuando uno juega al ajedrez se encuentra —podríamos decir de una manera poco feliz pero que captura la idea— bajo la obligación ajedrecística de seguir las reglas del ajedrez. No se trata de una obligación incondicional, sino de una obligación condicionada a operar dentro del juego del ajedrez y sus reglas. De manera similar, cuando uno está dentro del sistema de reglas de, digamos, la etiqueta victoriana, podemos decir que la gente tiene la obligación de etiqueta de seguir las reglas que esa práctica establece. Y si uno internaliza las reglas de la moda, entonces tiene la obligación “modística” de seguir los dictados de las siempre cambiantes reglas y normas de la moda. Estar bajo una obligación es estar dentro de —y así, aceptar o presuponer— las reglas o mandatos de algún sistema. La aceptación está condicionada a encontrarse dentro del

¹³³ Véase por ejemplo Stefano Bertea & George Pavlakos, eds., *New Essays on the Normativity of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011); Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 181-188; Jules L. COLEMAN, “The Architecture of Jurisprudence”, *Yale Law Journal*, 121 (2011), 2-80; Christopher Essert, “From Raz’s Nexus to Legal Normativity”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 25 (2012), 465-482; John GARDNER, “Nearly Natural Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 52 (2007), 1-23; Andrei MARMOR, “The Nature of Law: An Introduction”, en Marmor, *The Routledge Companion...*, 3-15, en 4, 11-12; Stephen PERRY, “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, 75 (2006), 1171-1209; Veronica RODRÍGUEZ-BLANCO, “Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 20 (2007), 453-473.

sistema. Como cuestión lógica, las obligaciones morales, religiosas, ajedrecísticas, de etiqueta y “modísticas”, son todas especies del mismo género.

La obligación jurídica es otra especie de este mismo género lógico. La obligación jurídica puede ser como la obligación ajedrecística. Si uno acepta —internaliza, o toma como guía de su accionar— el sistema, entonces ese sistema puede crearle obligaciones en tanto que aceptante. Y el sistema puede crear tales obligaciones para aquellos dentro de él como una cuestión lógica o conceptual, sin referencia alguna a la fuerza, las sanciones o la coerción¹³⁴. Esto es lo que Joseph Raz ha llamado el “punto de vista jurídico”¹³⁵, y expresado de este modo no es más misterioso generador de perplejidad que el punto de vista ajedrecístico o el punto de vista moral¹³⁶. Estar dentro de un sistema de normas es tener la capacidad de tomar acciones, tener razones, formular enunciados, ofrecer críticas y arribar a juicios *a partir de*, y no acerca de, las normas de ese sistema. Y así la normatividad del derecho presupone (o es condicional respecto de) que uno esté dentro del sistema normativo jurídico. Pero una vez que esta condición contingente es satisfecha, o la presuposición es aceptada, la normatividad del derecho se sostiene en el mismo basamento que cualquier otra forma de generación de razones desde el punto de vista de un sistema presupuesto de reglas o normas¹³⁷. El profundo

¹³⁴ Véase John GARDNER, “How Law Claims, What Law Claims”, *en* Matthias Klatt, ed., *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 29-44.

¹³⁵ Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999).

¹³⁶ Sobre este último véase Kurt BAIER, *The Moral Point of View* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1958).

¹³⁷ “Reason-Giving and the Law”, *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1 (Leslie Green & Brian Leiter, eds.) (Oxford: Oxford University Press, 2011), 1-38. Sobre esto mismo, y también valioso: Torben SPAAR, “Plans Conventions, and Legal Normativity”, *Jurisprudence*, 3 (2012), 509-521, y Brian BIX, “Book

e influyente punto de Hart era el de reconocer qué es hacer juicios (tanto sobre el comportamiento de uno mismo como la crítica o elogio del de otros) desde dentro de un sistema de reglas. *Contra* Bentham y *contra* Austin, puede haber obligaciones jurídicas con independencia de sanciones. Tomar a las sanciones, o a la amenaza creíble de ellas, como lógica o definicionalmente parte de la idea misma de obligación o deber es, como Goodhart afirmó primero, confundir la propia idea de una obligación con los instrumentos que comúnmente se utilizan para reforzarla.

Seguramente, algunos teóricos que continúan perplejos respecto de la normatividad creen que la anterior explicación de la obligación jurídica es insuficiente. La obligación jurídica no es meramente relativa a la aceptación o al hecho de estar dentro del sistema, dicen, sino que, como la moral, es incondicional. Justo como no tengo que aceptar un sistema moral para estar moralmente equivocado, prosigue el argumento, así también puedo estar jurídicamente en falta incluso si no acepto el marco del sistema jurídico. Esto es cierto, pero no hay misterio alguno en estar *jurídicamente* en falta desde el punto de vista del derecho. Tal vez, como se dice, el misterio reside en por qué estar jurídicamente en falta está simplemente mal, fuera de la posibilidad de que haya una obligación *moral* de obedecer al derecho (véase el capítulo 4). ¿Pero por qué siquiera habríamos de pensar que hay algo más en estar jurídicamente en falta que simplemente eso —estar jurídicamente en falta—, a menos que estar jurídicamente en falta significara

Review”, *Ethics*, 122 (2012), 444-448, en 447-448. Veronica Rodríguez-Blanco defiende una perspectiva contraria en una serie de artículos que incluye a “The Moral Puzzle of Legal Authority”, en BERTEA & PAVLAKOS, *New Essays...*, 86-106; “If You Cannot Help Being Committed to It, then It Exists: A Defense of Robust Normative Realism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (2012), 823-841; “Reasons in Action v. Triggering Reasons: A Reply to Enoch on Reason-Giving and Legal Normativity”, *Problema*, 7 (2013), disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/FilosofiaDerecho/>.

además estar moralmente en falta sólo en virtud de estar en falta jurídicamente? La perplejidad respecto de la normatividad jurídica no es el desconcierto correspondiente al intento de explicar por qué hay una falta no-moral y no-jurídica en el hecho de estar jurídicamente en falta. Es el desconcierto de la pregunta acerca de por qué alguien habría de pensar, por empezar, que hay algo más que sólo eso.

3.4. LA INTERNALIZACIÓN Y LA NATURALEZA DEL DERECHO

De modo que es de notar que la internalización de una obligación jurídica con independencia de sanciones es lógica y conceptualmente posible. Justo como el vegetariano moral en un ambiente de no vegetarianos sigue la llamada moral en ausencia de sanciones, la gente podría cumplir el derecho simplemente porque *es* el derecho (sobre lo cual resta más por decir, y será dicho en el capítulo 4), y no por miedo a sanciones. ¿Pero es esto algo más que sólo una posibilidad lógica? ¿Y qué nos dice esta posibilidad lógica sobre el fenómeno del derecho en sí mismo?

En amplios sectores de la tradición iusteórica contemporánea, la mera posibilidad de una obligación jurídica independiente de sanciones es suficiente para establecer que las sanciones —la coerción— no son parte de la *naturaleza* del derecho. Y los que llegan a esta conclusión lo hacen al entender la naturaleza de algo —de lo que sea— como constituida por las condiciones esenciales o necesarias de su existencia. Entender la naturaleza de algo, o como dirían algunos, entender el *concepto* de algo, es ser capaz de identificar sus propiedades esenciales o necesarias. Puede ser, por ejemplo, que la mayor parte de las aves vuelen, pero como algunas criaturas son claramente aves e igual de claramente no pueden volar —los pingüinos y los avestruces, por ejemplo— es un error tomar la capacidad de vuelo como una propiedad esencial del ser un ave. Y dado que la mayor parte de la gente toma al vino de

piña como vino, aun si es un vino muy pobre¹³⁸, es análogamente equivocado incluir a las uvas como parte del concepto de vino.

Del mismo modo en que existe una comprensión esencialista del concepto de vino que excluye que sea parte de la naturaleza del vino el estar hecho de uvas, existe una perspectiva similar, especialmente en décadas recientes, sobre el concepto de derecho. Así, para repetir una cita hecha en el capítulo 1, Joseph Raz ha observado que lo que distingue a la filosofía del derecho de la sociología jurídica es que “esta última se ocupa de lo contingente y particular; la primera, de lo necesario y universal. La sociología del derecho proporciona gran abundancia de información detallada y de análisis de las funciones del derecho en sociedades particulares. La filosofía del derecho tiene que contentarse con aquellas pocas características que todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen”¹³⁹. De forma similar, Scott Shapiro considera que el análisis

¹³⁸ Para el comprensible deseo del Estado de Hawai de proveer un apoyo proteccionista a la industria del vino de piña, que probablemente tendría problemas si se lo dejara competir sobre la base de los méritos intrínsecos del producto en sí mismo, véase *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263 (1984).

¹³⁹ Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 104-105. En exposiciones más recientes, Raz reitera que una explicación de la naturaleza del derecho “consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas” (Joseph RAZ, “Can There Be a Theory of Law?”, en Martin P. Golding & William P. Edmundson, eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Basil Blackwell, 2005), 324), y que las tesis de una teoría general del derecho tienen la pretensión de ser sobre “verdades necesarias” (Joseph RAZ, “On the Nature of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 82 (1996), 1-25, en 2). En el mismo sentido Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 2005), 27, y R. H. S. Tur, “What Is Jurisprudence”, *Philosophical Quarterly*, 28 (1978), 149-161, en 155. Las críticas a esto incluyen a Brian Bix, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22 (2003), 537-559, en 546-549, y Danny PRIEL, “Jurisprudence and Necessity”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20 (2007), 173-200. Como indica la cita en el texto, tal vez Raz simplemente esté ofreciendo una idea sobre la diferenciación entre las disciplinas académicas y no sobre qué es lo que, en último análisis, vale la pena conocer. Pero sospecho que tanto él como otros están interesados no sólo en trazar los límites entre la filosofía y otras disciplinas —límites que en sí mismos

conceptual en general, y el análisis conceptual sobre el derecho en particular, es una búsqueda de “truismos”, que no son contingentes verdades empíricas, sino verdades necesarias sobre la entidad que se esté investigando¹⁴⁰. Así, resalta que los truismos que se identifiquen sobre el derecho deben ser tales que estén “de hecho presentes en todo sistema jurídico”¹⁴¹. Y Julie Dickson sostiene que la naturaleza del derecho se explica (y define) por “aquellas propiedades esenciales que un conjunto dado de fenómenos debe exhibir para ser derecho”¹⁴².

Es esta comprensión esencialista de la naturaleza del derecho, o del concepto de derecho¹⁴³, o de la naturaleza del concepto de derecho, lo que lleva a algunos teóricos a considerar la posibilidad de una obligación jurídica y de un derecho libres de sanciones como algo profundamente importante. Si, como hemos visto y como han sostenido Hart y otros, existe la posibilidad lógica de un derecho y una obligación jurídica sin fuerza y coerción, entonces esa misma posibilidad, al margen del tamaño de su presencia empírica, hace que la coerción quede fuera de la naturaleza del derecho, al menos para aquellos que creen que la naturaleza de algo consiste en y sólo en sus propiedades necesarias o esenciales. Aun cuando todos los sistemas jurídicos reales emplean una amplia batería de

son más discutidos que lo que ellos mismos admiten— sino también reafirmar la importancia independiente de una investigación de tipo esencialista, importancia que esta y las secciones subsiguientes intentan desafiar.

¹⁴⁰ Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 13-22.

¹⁴¹ H.L.A. HART, “Definition and Theory...”, 407. Esto incluye a los sistemas jurídicos que pudieran tener los extraterrestres. John Austin, *Lectures...*, 406-407.

¹⁴² Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: HART Publishing, 2001), 17.

¹⁴³ No quiero (por el momento) detenerme demasiado en el concepto de concepto. Para nuestros actuales propósitos, podemos estar de acuerdo con Kenneth Ehreburg en que “hablar acerca de un concepto de derecho es en realidad una forma de atajo para hablar sobre la naturaleza de las prácticas jurídicas”. Kenneth M. EHREBURG, “Law Is Not (Best Considered) an Essentially Contested Concept”, *International Journal of Law in Context*, 7 (2011), 209-232, en 210.

dispositivos coercitivos para respaldar las obligaciones que crean, el hecho de que un derecho no coercitivo es posible, y el hecho de que algunas partes de sistemas jurídicos reales parecen operar sin coerción, son razones suficientes, bajo una perspectiva esencialista, para excluir a la coerción de la naturaleza del derecho. La coerción aparece como algo contingente y no necesario, útil pero no esencial, ubicuo pero no universal, y por ende no como parte de la propia naturaleza del derecho mismo¹⁴⁴.

Hemos visto que es posible para aquellos que están dentro de la empresa, basada en reglas, del derecho, internalizar los mandatos de éste sin que medien sanciones, justo como es posible, para aquellos dentro de la empresa del ajedrez, internalizar las reglas *del ajedrez* sin que medien sanciones. ¿Pero cuál es la relevancia de esta posibilidad? Asúmase por el momento lo que nadie niega: que las sanciones son una gran parte de la manera en que todos los sistemas jurídicos reales respaldan muchas de las obligaciones que crean. Pero si este hecho contingente y no necesario no es parte de la naturaleza del derecho precisamente por su no-necesidad, entonces debemos considerar en qué consiste la naturaleza de algo, y si la necesidad es la piedra de toque de una investigación sobre la naturaleza de un fenómeno.

3.5. GENÉRICOS, CONCEPTOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

¿Qué haremos entonces con el hecho de que la coerción no es una propiedad necesaria del derecho, en el sentido de que puede haber, y a veces hay, derecho sin coerción? La gente puede internalizar normas jurídicas independientemente de los métodos con que estén respaldadas, y las personas, en particular los funcionarios jurídicos, como observó primeramente Pound, en ocasiones inter-

¹⁴⁴ Para la tesis, relacionada, de que la coerción y la fuerza “no son parte del concepto de Estado”, véase Christopher W. MORRIS, “State Coercion and Force”, *Social Philosophy and Policy*, 29 (2012), 28-49.

nalizan, cumplen y hacen uso de normas jurídicas aun en ausencia de sanciones. ¿Pero quiere esto realmente decir que la coerción no debiera ser tenida en cuenta en una investigación acerca de la naturaleza del derecho, como han creído muchos teóricos?¹⁴⁵ Tal vez no debiera, pero quizás esta forma de ver las cosas esté basada en una comprensión particular de lo que un concepto o naturaleza es y quizás esa comprensión sea errónea.

Considérese, de nuevo, a las aves. La mayoría de las aves puede volar, pero algunas no. Sin embargo, si le pedimos a alguien que piense en un ave, rara vez elegirá esa persona a un pingüino, un avestruz o un águila con un ala rota. Y esta observación no es sólo sobre aves. Los científicos cognitivos que estudian la formación de conceptos han concluido casi universalmente que la gente no utiliza los conceptos en la forma que supone la noción de éstos basada en las “características esenciales”. En su lugar, las personas comprenden que sus conceptos tienen casos centrales (aves que pueden volar, vino hecho de uvas y matemáticos inteligentes) así como casos periféricos (aves que no pueden volar, vino hecho de piñas y matemáticos estúpidos). Comprenden que los barcos-casas flotantes, permanentemente amarrados, son algo como casas, pero no casos centrales de casas¹⁴⁶. Tanto en su pensamiento como en su lenguaje, la gente tiene casos prototípicos, paradigmáticos o centrales de los conceptos y las palabras que usa, y otros casos que son más debatibles, menos centrales y más periféricos. Además, la gente piensa en los conceptos y categorías en términos de propiedades —como el vuelo en las aves y las uvas para hacer vino— que incluso pueden no estar presentes siquiera en todos

¹⁴⁵ Un valioso repaso de estas cuestiones es el de Brian Bix, “Conceptual Questions and Jurisprudence”, *Legal Theory*, 1 (1995), 465-479. Para una visión escéptica de las principales líneas metodológicas del análisis conceptual practicado en la teoría del derecho contemporánea véase Brian LEITER, “Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis”, *Legal Theory*, 4 (1998), 533-547, en 544-547.

¹⁴⁶ Véase *Lozman v. City of Riviera Beach*, Florida, 133 S. Ct. 735 (2013).

los casos centrales de la categoría de que se trate¹⁴⁷. Y aunque los científicos cognitivos debaten entre sí sobre muchas cosas, esta no es una de ellas, dado que es ampliamente reconocido que una idea de la formación de conceptos que resalte el recurso a condiciones o propiedades necesarias (y suficientes), da una imagen desacertada de cómo la gente de hecho piensa.

Esto mismo ha sido reconocido desde diversas tradiciones filosóficas diferentes. En la forma más conocida, aunque también más controversial, Ludwig Wittgenstein sugirió la idea del parecido de familia como explicación de alguna parte, probablemente la mayoría y posiblemente todo, el lenguaje¹⁴⁸. Usando el ejemplo de los juegos, sugirió que no todas las cosas que llamamos juegos comparten las mismas características. Los juegos no tienen propiedades necesarias o esenciales, y no hay propiedades necesarias o esenciales de todos los juegos que consideramos casos centrales de juego. No es que haya, o al menos no los había para Wittgenstein y sus seguidores, instancias centrales, prototípicas o paradigmáticas de juegos, de manera que pudiéramos identificar los rasgos esenciales de los casos paradigmáticos —las cosas que las hacían paradigmas— a la vez que reconociéramos que había casos fronterizos o debatibles que poseían algunas pero no todas las propiedades del paradigma. Más bien, las cosas que llamamos juegos, y aun las múltiples cosas que son casos centrales o paradigmáticos de juegos, se relacionan unas con otras mediante un parecido de familia, como las hebras de

¹⁴⁷ James A. HAMPTON, “Thinking Intuitively: The Rich (and at Times illogical) World of Concepts”, *Current Directions in Psychological Science*, 21 (2012), 398-402, en 399. Investigaciones en la misma dirección se encuentran en James A. HAMPTON, “Typicality, Graded Membership, and Vagueness”, *Cognitive Science*, 31 (2007), 355-383; Steven A. SLOMAN, “Feature-Based Induction”, *Cognitive Psychology*, 25 (1993), 231-280; Ling-ling WU & Lawrence W. BARSALOU, “Perceptual Simulation in Conceptual Combination: Evidence from Property Generation”, *Acta Psychologica*, 132 (2009), 173-189.

¹⁴⁸ Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, 4^a ed., trs. G.E.M. ANSCOMBE, P.M.S. HACKER, & Joachim Schulte, (Oxford: Basil Blackwell, 2009), §66-67.

una soga en lugar de como los eslabones de una cadena. Cualquier cosa que entendamos como un juego —como una instancia del concepto de juego— comparte algún número de propiedades con algún número de otros juegos, pero no hay propiedades que sean compartidas por todos los juegos, ni siquiera por todos los juegos que son casos claros de juego.

No todos están de acuerdo con la idea de que el parecido de familia explique siquiera los juegos. Bernard Suits, de forma destacada, sostuvo que todos los juegos pueden ser caracterizados como actividades basadas en reglas que son “intentos voluntarios de sobrepasar obstáculos innecesarios”¹⁴⁹. Y así intentó ofrecer, explícitamente *en contra* de Wittgenstein, una definición de juego en términos de condiciones necesarias y suficientes. La definición de Suits puede realmente ser incorrecta. Por ejemplo, ¿se aplicaría a aquellos que practican deportes a cambio de dinero? Pero incluso si la definición de Suits es buena, en realidad puede no decirnos demasiado que sea de interés respecto de los juegos, y bien puede ser una definición dada con tal nivel de abstracción que resulte esencialmente no informativa.

Pero aunque difícilmente las ideas de Wittgenstein puedan tenerse por incuestionadas, la suya y otras formas de anti-esencialismo han sido, sin embargo, muy influyentes. Los filósofos Max Black y John Searle han trabajado sobre los “conceptos racimo”, conceptos definidos por un conjunto de criterios ponderados, sin

¹⁴⁹ Bernard SUITS, *The Grasshopper: Games, Life and Utopia* (Peterborough, Ontario: Broadview Press, 2005) (1978). En el mismo sentido y más reciente, véase Colin MCGINN, *Truth by Analysis: Games, Names, and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Suits ofrece una definición más completa: “Jugar un juego es embarcarse en una actividad designada para generar un específico estado de cosas, utilizando sólo medios permitidos por reglas específicas, en el que los medios permitidos por las reglas son de alcance más limitado que el que tendrían en ausencia de tales reglas, y donde la única razón para aceptar dichas reglas es que ello hace posible esa actividad”. SUITS, *The Grasshopper...*, 48-49. Véase también Bernard SUITS, “What Is a Game?”, *Philosophy of Science*, 34 (1967), 148-156.

que ninguno de esos criterios sea en sí mismo ni condición necesaria ni suficiente de aplicación del concepto, y sin que ninguno sea ni necesario para la adecuada aplicación de siquiera los casos centrales del concepto, ni necesariamente parte de un grupo de criterios conjuntamente suficientes para la adecuada aplicación de dichos casos centrales¹⁵⁰. Otros filósofos han desarrollado una teoría del significado como prototipo que hurga aun más profundamente en lo que los científicos cognitivos han descubierto sobre la formación de conceptos¹⁵¹. Y todavía más recientemente, ha habido un gran interés en los *genéricos* [*generics*]: caracterizaciones que son usual o generalmente verdaderas pero que admiten excepciones¹⁵².

¹⁵⁰ Max BLACK, *Problems of Analysis: Philosophical Essays* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1954), 28; John SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1969), 162-174. Véase también Hilary PUTNAM, “The Analytic and the Synthetic”, en Herbert Feigl & Grover Maxwell, eds., *Scientific Explanation, Space, and Time*, vol. III. Minnesota Studies in the Philosophy of Science (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1962), 358-397, en 378. Sobre la respuesta de Kripke a Searle véase Karen GREEN, “Was SEARLE’s Descriptivism Refuted?”, *Teorema*, 17 (1998), 109-113.

¹⁵¹ La principal fuente para la teoría de los prototipos en ciencia cognitiva es el trabajo de Eleanor Rosch. Véase Eleanor ROSCH, “Principles of Categorization”, en Eleanor Rosch & Barbara B. Lloyds, eds., *Cognition and Categorization* (Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1978), 27-48; Eleanor ROSCH & Carolyn B. MERVIS, “Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories”, *Cognitive Psychology*, 7 (1975), 573-605. Véase también Hans KAMP & Barbara PARTEE, “Prototype Theory of Compositionality”, *Cognition*, 57 (1995), 129-191; Gregory L. MURPHY & Douglas L. MEDIN, “The Role of Theories in Conceptual Coherence”, *Psychological Review*, 92 (1985), 289-316. Las adaptaciones filosóficas de esto incluyen a Dirk Geeraerts, “On Necessary and Sufficient Conditions”, *Journal of Semantics*, 5 (1986), 275-291; Sally HASLANGER, “Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them to Be?”, *Noûs*, 34 (2000), 131-155; William RAMSEY, “Prototypes and Conceptual Analysis”, *Topoi*, 11 (1992), 59-70. Se describe a la teoría de los prototipos y críticas a ella en Eric MARGOLIS & Stephen LAWRENCE, “Concepts”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/> (2011).

¹⁵² Véase especialmente Mark JOHNSTON & Sarah-Jane LESLIE, “Concepts, Analysis, Generics and the Canberra Plan”, *Philosophical Perspectives*, 26 (2012), 113-171; Sarah—Jane Leslie, “Generics: Cognition and Acquisition”, *Philosophical Review*,

No es universalmente cierto que los Volvos son coches confiables, que el queso suizo tiene agujeros o que las aves vuelan, pero no es incorrecto decir que los Volvos son confiables, que el queso suizo tiene agujeros o que las aves vuelan. Parece entonces que un rasgo importante de la cognición y la comunicación humanas es el uso de caracterizaciones probabilística pero no universalmente verdaderas, como una parte vital de nuestra existencia cognitiva y comunicativa.

Este no es un libro de ciencia cognitiva o de filosofía del lenguaje. Es materia de disputa el que nuestro lenguaje y nuestros conceptos, especialmente aquellos que no describen clases naturales tales como el oro o el agua, sean mejor caracterizados en términos de prototipos, casos centrales, propiedades genéricas, racimos y parecidos de familia¹⁵³. Pero al menos no es ni autoevidente ni universalmente aceptado que la captación y uso adecuados de un concepto requiera el conocimiento de las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación¹⁵⁴. La asunción de que comprender la naturaleza o el concepto de derecho significa conocer sus propiedades esenciales o incluso las propiedades esenciales de sus casos centrales, descansa entonces en una premisa cuyo fundamento empírico es débil y su origen filosófico altamente disputado.

Vale la pena repetir que las versiones más importantes de anti-esencialismo no son solamente sobre casos periféricos. La cuestión

117 (2008), 1-47; Sarah-Jane LESLIE, "Generics and the Structure of the Mind", *Philosophical Perspectives*, 21 (2007), 375-403.

¹⁵³ Entre las defensas destacadas del análisis conceptual y la definición clásica de los conceptos están Frank JACKSON, *From Ethics to Metaphysics: A Defense of Conceptual Analysis* (Oxford: Clarendon Press, 1998), y MCGINN, *Truth by Analysis...* En el extremo opuesto están aquellos que rechazan el esencialismo clásico incluso respecto de las clases naturales y las entidades matemáticas. Véase Joseph ALMOG, "Nature without Essence", *Journal of Philosophy*, 107 (2010), 360-383.

¹⁵⁴ O incluso que necesitemos conceptos en absoluto. Véase Edouard MACHERY, *Doing without Concepts* (New York: Oxford University Press, 2009).

no es si hay casos centrales y fronterizos de derecho, tal como hay casos centrales y fronterizos de prácticamente todo lo demás. Se trata más bien de si los casos centrales pueden ser entendidos en términos de condiciones necesarias y suficientes¹⁵⁵. Muchos teóricos afirman que pueden serlo, pero muchos otros que no y esta última opinión —que los propios casos centrales no tienen propiedades esenciales— tiene su propia procedencia filosófica sustancial y un todavía más sustancial apoyo empírico. Ni esta procedencia ni este apoyo empírico hacen que la tesis anti-esencialista sea necesariamente correcta. Y rara vez resulta buena la idea de refugiarse en la autoridad de una opinión académica masiva anónima o no tan anónima. “Ya nadie cree esto” es un mal argumento, aun cuando a veces representa una descripción empírica acertada. Pero la existencia de vívidas disputas filosóficas y una suerte de consenso empírico debieran advertir contra la demasiado rápida aceptación de la idea de que la investigación sobre la naturaleza del fenómeno del derecho debe ser un ejercicio consistente en buscar, incluso en los casos centrales o básicos, las propiedades esenciales del derecho¹⁵⁶.

Hasta Hart, que ha sido la inspiración de mucha de la filosofía del derecho moderna enrolada en la tradición esencialista, puede haber tenido una visión no esencialista sobre la naturaleza del derecho. Tal como Hart memorablemente nos instaba a reconocer, las instancias centrales y de penumbra de “vehículos” a efectos de la aplicación de la regla “prohibido entrar con vehículos en el

¹⁵⁵ O, relacionada con ésta, la cuestión de si en una sociedad puede haber “múltiples conceptos en conflicto entre sí” acerca de un mismo fenómeno, incluyendo al derecho. BIX, “RAZ on Necessity”, 556.

¹⁵⁶ Para una conclusión similar, aunque se llegue a ella a través de un camino diferente, véase Brian LEITER, “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2011), 663-677. Véanse también los argumentos anti-esencialistas en Brian LEITER, “Why Legal Positivism (Again)?”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2323013>.

parque”¹⁵⁷ —que los camiones y otros vehículos a motor eran casos centrales pero que los patines, las bicicletas y los coches de juguete eran de penumbra— parecía con ello sugerir, especialmente en las primeras páginas de *The Concept of Law*, que no sólo “derecho” puede ser como “vehículo” en el sentido de tener casos centrales y periféricos, sino también que “derecho” puede en sí mismo ser un concepto de parecido de familia sin condiciones necesarias ni suficientes para su apropiada aplicación¹⁵⁸. La cuestión de si Hart de hecho quería decir esto o si fue consistente con esta idea a lo largo de todo su libro es interesante desde el punto de vista exegético, pero no es nuestra preocupación primaria aquí. Al menos podemos reconocer, sin embargo, que hay mucho apoyo para la idea de que el concepto de derecho, quizás como todos los conceptos, quizás como sólo algunos, es caracterizado mejor en términos de casos centrales que no son en sí mismos identificables en términos de propiedades necesarias y cuyas propiedades pueden no estar presentes en otras aplicaciones del concepto que podríamos decir que son igualmente adecuadas. De modo que el de derecho, como tantos otros —o tal vez todos los otros— conceptos, bien puede ser genérico, racimo, o de parecido de familia.

Si el concepto de derecho, o la aplicación apropiada de la palabra *derecho*, queda mejor caracterizado en esta forma anti-esencialista, o si el fenómeno del derecho simplemente no tiene una esencia, entonces la ausencia de coerción en cosas que adecuada o al menos plausiblemente entendemos como derecho no es ya fatal para la idea de que la coerción es un rasgo importante del caso central de derecho. Si, como los genéricos en general, un enunciado no

¹⁵⁷ H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71 (1958), 593-629, en 606-615. El ejemplo es retomado en HART, *The Concept of Law*, 125-127.

¹⁵⁸ Para apoyo textual a esta tesis, véase Frederick SCHAUER, “Hart’s Anti-Essentialism”, en Andrea DOLCETTI, Luis Duarte D’ALMEIDA, & James EDWARDS, *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2013), 237-246.

cuantificado acerca del derecho es resistente a contraejemplos, entonces el enunciado “el derecho es coercitivo” puede ser similar a enunciados tales como “los mosquitos transportan la malaria” y “las aves vuelan”. La coerción puede ser al derecho lo que el vuelo es a las aves: no es estrictamente necesaria pero es tan ubicua que una comprensión completa del fenómeno requiere que la consideremos¹⁵⁹. A la inversa, el derecho no coercitivo puede ser como el ave que no vuela: es útil para decirnos algo sobre las aves en general, pero difícilmente sea algo que merezca atención exclusiva o aun dominante. De manera que si el derecho coercitivo es la instanciación dominante del derecho tal como éste es experimentado, el hecho de que parte del derecho, incluso alguna parte importante, sea no coercitiva, debiera ser reconocido pero sin que por ello se distorsione la investigación sobre la naturaleza de ese fenómeno social que el derecho representa. El que Bentham y Austin puedan haber exagerado el papel de la coerción no es excusa para facilitar un todavía mayor malentendido e inexactitud en la comprensión de ésta.

3.6. EN BUSCA DEL DESCONCERTADO

Quienes proponen una imagen esencialista de la naturaleza del derecho negarían al menos algunas o tal vez todas las afirmaciones anteriores relativas a la irrelevancia del derecho libre de coerción. Para empezar, señalarían que los sistemas jurídicos tienen que “comenzar” en algún lugar y que los funcionarios que imponen sanciones a otros no internalizan las reglas jurídicas, por su parte, por la amenaza de sanciones. Puede que ni siquiera esto sea así. Los jueces pueden internalizar los cánones de interpretación de la ley

¹⁵⁹ Es así como Brian Bix se pregunta acertada y escépticamente si, aun de tener el derecho propiedades esenciales y aun de ser nosotros capaces de identificarlas a través del análisis conceptual, los “logros” de semejante empresa “son sustanciales”. Brian Bix, “Joseph Raz and Conceptual Analysis”, *APA Newsletter on Philosophy of Law*, 6/2 (2007), 1-7, en 5.

para evitarse las penalidades del daño a la reputación y para obtener las recompensas del prestigio y el avance profesional¹⁶⁰. Y muchos funcionarios pueden internalizar y aplicar las reglas jurídicas simplemente por miedo a la cárcel o a la pena de muerte. Sabemos de sociedades que han elaborado sistemas de reglas, incluyendo reglas que versan sobre otras reglas, que Hart denominó “reglas secundarias”, en las que los funcionarios formulan y aplican las reglas por causa de su temor al déspota y su ejército y en las que el déspota y su ejército están motivados simplemente por el deseo de riqueza o poder¹⁶¹. Tal vez algunos negarían que tales sistemas sean jurídicos en lo más mínimo, pero una teoría del derecho que diga que no había derecho alguno en el Zaire de Mobutu, o en las Filipinas de Marcos¹⁶² o en algunos otros Estados-Nación, quizás se aparte demasiado de una comprensión ordinaria del derecho como para resultar muy útil¹⁶³.

¹⁶⁰ Véase Richard A. POSNER, “What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, *Supreme Court Economic Review*, 3 (1993), 1-41; Frederick SCHAUER, “Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior”, *University of Cincinnati Law Review*, 68 (2000), 615-636.

¹⁶¹ Para una exploración sobre cómo un gobierno por entero (y, *mutatis mutandis*, un sistema jurídico completo) podría estar fundado en la actuación de los funcionarios dentro de una “red del miedo” el uno respecto del otro o hacia un déspota determinado, véase Gregory S. KAVKA, *Hobbesian Moral and Political Theory* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1986), 254-257. Véase también Matthew H. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (New York: Oxford University Press, 1994), 94; Sean COYLE, “Practices and the Rule of Recognition”, *Law & Philosophy*, 25 (2006), 417-452, en 497.

¹⁶² No me he olvidado de Hitler o Stalin. Pero ni ellos ni los regímenes que dominaban estaban motivados por la codicia o aun por la sed de poder, tanto como por una visión moral grotesca, aunque visión moral al fin. Esto podría no ser así respecto de las cleptocracias modernas y no tan modernas cuyos funcionarios, especialmente los de mayor jerarquía, crean sistemas jurídicos como parte de regímenes cuyo único objetivo puede ser la acumulación de riqueza o, en ocasiones, de poder por el poder en sí mismo.

¹⁶³ Se han escrito libros enteros sobre la relación entre el derecho y el “Estado de derecho”. Este no es uno de ellos. Sin embargo, suscribo la posición de que el Estado de derecho implica esencialmente ciertos valores de moralidad y eficiencia que

No quiero caer en la trampa en la que, según acabo de acusar, caen otros. Los sistemas jurídicos en los que nadie en absoluto, ni siquiera los funcionarios, internalice el derecho excepto a través del miedo a la sanción, son posibles y a veces existen de hecho, pero son infrecuentes. Mucho más comunes son los sistemas jurídicos en los que al menos algunos funcionarios están comprometidos con el sistema por razones independientes de la sanción¹⁶⁴. Por consiguiente, ignorar completamente la internalización libre de coerción es un error. La aceptación con independencia de sanciones de un régimen jurídico por funcionarios que están en el pináculo de dicho sistema es una parte importante de la mayoría de los sistemas jurídicos y por ello merece el tipo de análisis que buena parte de la tradición en teoría del derecho moderna le ha dedicado.

Pero aunque es equivocado negar enteramente la internalización independiente de sanciones, aquellos que han sido exitosos a la hora de relegar la coerción a los márgenes de la teoría jurídica sostienen una tesis mucho más profunda. Hart hizo referencia a la imagen del “hombre malo” de Holmes, cuyo comportamiento frente al derecho estaba enteramente en función de lo que el derecho le haría o no si él realizaba esta o aquella conducta¹⁶⁵. Esto ignora al “hombre desconcertado”, dijo Hart: la persona que quiere saber qué le exige el derecho no para saber qué partido puede sacar de ello, sino para poder hacer aquello que le es requerido por el propio derecho, dejando de lado las sanciones, el castigo y

pueden no verse satisfechos por todos los sistemas jurídicos. En la medida en que el Estado de derecho no sea una redundancia, podemos imaginar —y ciertamente observar— que haya derecho sin Estado de derecho.

¹⁶⁴ Sobre la intrigante posibilidad de que el derecho se trate menos del uso de la coerción por parte del Estado que de la limitación y regulación de dicho uso, véase Patricia Mindus, “Austin and Scandinavian Realism”, en Michael Freeman & Patricia Mindus, eds., *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2013), 73-106, en 99-106.

¹⁶⁵ Oliver Wendell HOLMES Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10 (1897), 457-478, en 459.

la coerción¹⁶⁶. El hombre desconcertado está dispuesto a obedecer al derecho tan sólo porque es el derecho, y una teoría incapaz de dar cuenta del hombre desconcertado, dijo Hart, simplemente no “encaja con los hechos”¹⁶⁷.

Más recientemente, Scott Shapiro se asienta en la misma idea. Al desarrollar lo que llama “la teoría del derecho como plan”, una teoría cuyos detalles no vienen al caso aquí¹⁶⁸, Shapiro demuestra cómo un sistema jurídico completo puede ser establecido y sería necesario incluso sin coerción alguna. Y explica la importancia de este admitidamente hipotético sistema en términos de que nos dice algo acerca de las “muchas personas” que están de hecho como el hombre desconcertado de Hart, esto es, que están inclinados a obedecer los mandatos jurídicos porque son jurídicos y no por lo que la gente con uniformes, armas y togas les puedan hacer de lo contrario¹⁶⁹.

Hart, Shapiro y muchos otros justifican de este modo su atención al derecho libre de coerción y su apartamiento de Bentham y Austin no sólo en el terreno conceptual que hemos estado tratando, sino también por su creencia de que al subrayar la coerción, Bentham y Austin mostraban su desorientación empírica, subestimando la importancia de las personas desconcertadas en la mayoría de las sociedades cuya inclinación a seguir el derecho es robusta y que cumplirían con las órdenes jurídicas sin la necesidad de amenazas con el uso de la fuerza. Resulta, entonces, que la contienda con Bentham y Austin no es sólo conceptual y filosófica sino también empírica. De manera que es hora de enfocarse en la cuestión empírica, de examinar qué acecha tras la imagen del hombre desconcertado, y de ver cuántos de ellos realmente hay.

¹⁶⁶ HART, *The Concept of Law*, 39.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 78.

¹⁶⁸ Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011).

¹⁶⁹ *Ibid.*, 69-73.

EN BUSCA DEL HOMBRE DESCONCERTADO

4.1. UN RECUENTO PARA SEGUIR ADELANTE

¿Dónde estamos, entonces? Es tiempo de recapitular lo visto hasta ahora.

Una porción del capítulo 3 estuvo enfocada en cuestiones de metodología, pero éstas no son importantes porque sus respuestas revelen nuevos rumbos en la búsqueda de las características necesarias del derecho; la importancia de la indagación metodológica descansa en cambio en la forma en que el rechazo de una comprensión esencialista de la naturaleza del derecho quita de en medio una barrera para la consideración teórica cuidadosa del papel de la coerción en el derecho. Habiéndonos deshecho de la creencia de que las propiedades que no son conceptualmente necesarias son de poco interés filosófico o iusteórico, estamos mejor situados para pensar sobre aquellos aspectos del derecho que son ubicuos y típicos pero no conceptualmente necesarios. La coerción es de seguro uno de esos aspectos y, librados de la necesidad de limitar nuestro examen a esencias conceptuales, podemos recuperar nuestro análisis de la coerción en el derecho del exilio al que el dudoso

esencialismo lo había enviado. O, por poner el punto de una forma menos tendenciosa pero más directa: las cuestiones metodológicas sobre la significancia filosófica del derecho no coercitivo no debieran distraernos del reconocimiento de la verdad e importancia del contingente hecho empírico de que el derecho tal como lo experimentamos es abrumadoramente coercitivo.

Lo significativo de la coerción jurídica es resaltado por la omnipresencia del derecho en el moderno Estado regulador. Hart, algunos de sus predecesores y la mayoría de sus seguidores, criticaron a Bentham y Austin por intentar hacer encajar demasiado del derecho en general en un paradigma modelado a partir del derecho penal o del derecho de daños¹⁷⁰, pero el moderno Estado regulador hace de ese paradigma algo menos importante hoy de lo que lo era en tiempos de Bentham y Austin. Hoy en día, los individuos, empresas y asociaciones operan dentro de los límites del Estado administrador en una medida mucho mayor a la que Bentham y Austin podrían siquiera haber imaginado en el siglo XIX. De manera importante, el moderno Estado administrador es un espacio de extendida regulación, con un enorme conjunto de reglamentaciones detalladas que son respaldadas por la amenaza de multas penales, responsabilidad civil, pérdida de privilegios y una panoplia de otras sanciones. Además, gran parte del entorno contemporáneo de regulaciones, aunque a menudo resulta efectivo en la implementación de valiosa protección del ambiente, la salud y el consumo, en la provisión de seguridad, estabilidad financiera y otros objetivos políticos, rara vez inspira el acatamiento voluntario. El dueño o gerente de un negocio cualquiera puede no necesitar ser amenazado para abstenerse de cometer homicidio o fraude, pero muy rara vez verá con el mismo espíritu de cumplimiento voluntario la intrincada regulación de la seguridad de las transacciones, los acuerdos anticompetitivos y aun la de la seguridad

¹⁷⁰ Véase el capítulo 3.

de los trabajadores. Y el productor de queso francés cuyo uso tradicional de leche cruda ha sido declarado inseguro por aquellos a quienes él ve como entrometidos burócratas de Bruselas, está apenas un poco más inclinado a cumplir con esas regulaciones, de estar ausente la coerción, que su contraparte estadounidense cuyo lugar de trabajo es examinado a diario por inspectores de la Administración de Seguridad y Salud Ocupacionales [*Occupational Safety and Health Administration*]. Para un mucho más amplio abanico de actividades humanas y comerciales del que era el caso hasta hace tan poco como medio siglo, el poder del Estado para regular y castigar se ha convertido en un rasgo abrumadoramente destacado del derecho, no obstante que ese poder haya hecho de la vida de millones, o aun miles de millones de personas, mucho mejor de lo que era en el pasado¹⁷¹.

No es sólo que el moderno derecho público hace del lado regulatorio del sistema jurídico algo en gran medida más importante dentro del completo esquema de la vida social de lo que lo era para generaciones anteriores, sino que ahora también vemos una mucho mayor intrusión regulatoria en las aparentemente voluntarias transacciones que se ubican en el ámbito del derecho privado. Las implicancias jurídicas de los contratos, testamentos y fideicomisos, por ejemplo, son de un alcance mucho mayor que en el pasado, y las consecuencias impositivas de efectuar tales transacciones de una manera en lugar de otra añaden un nuevo elemento de coerción en

¹⁷¹ La literatura sobre el surgimiento del Estado administrativo y la regulación administrativa es vasta. Las contribuciones útiles incluyen a Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth, eds., *Comparative Administrative Law* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010); James M. LANDIS, *The Administrative Process* (New Haven, CT: Yale University Press, 1938); Paul L. JOSKOW & Roger G. NOLL, "Regulation in Theory and Practice", en Gary Fromm, ed., *Studies in Public Regulation* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981), 1-78; Giandomenico MAJONE, "The Rise of the Regulatory State", *Europe West European Politics*, 17 (1994), 77-101; David H. ROSENBLOOM, "The Judicial Response to the Rise of the American Administrative State", *American Review of Public Administration*, 15 (1981), 29-51.

los sistemas jurídicos de los Estados modernos. De modo que no es sólo el buen padre de familia sino casi todos nosotros, en cada vez más aspectos de nuestras vidas, quienes nos encontramos con el derecho sustancialmente en términos de la fuerza que puede ejercer sobre nosotros en caso de incumplimiento. Deberíamos tener más claro en la actualidad que lo que sucedía en los tiempos de Austin, que un examen de la naturaleza del derecho no puede ignorar el hecho obvio de la amplísima coerción que ejerce el derecho. Negar la importancia de la fuerza del derecho parece todavía más perverso, no obstante que aceptemos que la coerción no es un rasgo necesario de todo sistema jurídico posible o de todos los aspectos de los sistemas jurídicos vigentes con los que estamos más familiarizados.

Aunque es obvio que la capacidad de ejercer la coerción que tiene el derecho es importante, no es tan obvio que sea importante para la teoría del derecho. Y así somos llevados a considerar la cuestión misma de esa importancia, dado que una forma de entender el debate metodológico es en términos de cómo debiéramos tratar las características importantes del derecho tal como lo conocemos. Ciertamente, incluso aquellos que creen que la investigación acerca de la naturaleza del derecho debe encarar la búsqueda de sus propiedades esenciales aceptan ampliamente que sólo estamos buscando aquellas propiedades que, además de ser esenciales, son también importantes¹⁷². Después de todo, las propiedades esenciales del derecho incluyen el que éste no toca el clarinete o explota frente a nuestros ojos, pero no habremos aprendido nada de interés con incluir tales propiedades dentro de una teoría del

¹⁷² Véase por ejemplo Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001); Joseph RAZ, "The Problem about the Nature of Law", en Id., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 195-209; Leslie GREEN, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83 (2008), 1035-1058, en 1043 ("no todas las verdades necesarias son verdades importantes").

derecho. Y de este modo, incluso para aquellos que sostienen una perspectiva esencialista acerca de los conceptos y de la tarea ius-teórica, los rasgos que identificamos como parte de la naturaleza del derecho deben ser aquellos que aparecen como importantes para el fenómeno bajo examen y para la profundización de nuestra comprensión de éste. Pero si carece de sentido examinar aquellas propiedades que son esenciales pero no importantes, entonces tal vez una forma de entender el argumento tal como discurre hasta ahora consiste en resaltar que dista mucho de carecer de sentido la tarea de examinar, aun filosóficamente, aquellas propiedades que son importantes pero no esenciales¹⁷³.

La apreciación del rol que cumple la relevancia a la hora de enfocar nuestras investigaciones nos permite ubicar el interés por lo que Hart llamó el “hombre desconcertado”¹⁷⁴. Aun cuando aceptamos que el derecho no coercitivo es importante para notar las múltiples dimensiones de lo que el derecho hace, mucho del argumento para tratar a la coerción como algo decididamente secundario en la comprensión del fenómeno del derecho descansa en la perspectiva según la cual en la típica sociedad avanzada la obligatoriedad no respaldada por amenazas del derecho —su normatividad, como en ocasiones se la llama¹⁷⁵— es un determinante sustancial del comportamiento humano. Después de todo, el derecho tiene valor en tanto que fenómeno distintivo, institución distintiva y categoría distintiva, en gran medida por la extensión en la que afecta el comportamiento humano. Quizás el derecho pueda ser de interés incluso si fuese causalmente inerte, porque el examen de las leyes de una sociedad podría revelar algún rasgo de interés del cual el derecho fue la consecuencia. Desde esa

¹⁷³ Véase Danny PRIEL, “Jurisprudence and Necessity”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20 (2007), 173-200, en 184-186.

¹⁷⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Clarendon Press, 2012), 39-40.

¹⁷⁵ Véase el capítulo 3, especialmente la sección 3.3.

óptica podríamos (y tal vez deberíamos) estar interesados en el derecho como un indicador y no como una causa. Sin embargo, siendo realistas, y por cierto eso se pretende en este libro, nuestro principal interés en el derecho y los sistemas jurídicos yace en su capacidad para delinear e influir en lo que la gente hace. El hombre desconcertado de Hart, que busca saber qué exige el derecho para conformar su comportamiento¹⁷⁶ con éste, es la materialización de esta otra óptica.

Es posible pensar en el hombre desconcertado y así en la normatividad del derecho desde una perspectiva completamente no empírica. Podríamos desear explorar de una manera puramente conceptual la forma en que el derecho —en tanto derecho, y no como un recordatorio de lo que deberíamos hacer aun sin él¹⁷⁷— puede proveer a aquellos que le están sujetos de razones para la acción de acuerdo con sí mismo precisamente porque es el derecho, y la forma en que puede hacerlo sin consideración de cualesquiera posibles sanciones. Las sanciones serían entonces entendidas como una forma de respaldar la normatividad del derecho, pero no, *contra* Bentham y Austin, como un componente necesario de la normatividad jurídica en sí misma.

¹⁷⁶ “¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del ‘hombre desconcertado’ o del ‘hombre ignorante’ que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste?” HART, *The Concept of Law*, 40.

¹⁷⁷ Lo escrito en el texto es un tanto apresurado. El derecho puede ser causalmente eficaz para indicar, a quienes no saben o no están seguros, cuáles son sus responsabilidades con independencia del derecho mismo, tal como se argumenta persuasivamente en Donald H. REGAN, “Reasons, Authority, and the Meaning of ‘Obey’: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 3 (1990), 3-28. Véase también Donald H. REGAN, “Authority and Value: Reflections on Raz’s Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, 62 (1989), 995-1095; Donald H. REGAN, “Law’s Halo”, *Social Philosophy and Policy*, 4 (1986), 15-30. Sosteniendo en gran medida esto mismo: David ENOCH, “Reason - Giving and the Law”, *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1 (Brian Leiter & Leslie Green, eds.) (2011), 1-38, quien apunta la posibilidad de que la capacidad del derecho para dar razones pueda ser estrictamente “epistémica”.

No obstante, frente a una investigación puramente conceptual en la que el hombre desconcertado no es una descripción empírica sino un constructo potencialmente hipotético, algunas personas podrían responder con un simple “¿y entonces, qué?”. Si el derecho carente de sanciones realmente no ejerce influencia sobre el comportamiento humano, ¿por qué deberíamos preocuparnos por él? Y en este punto mismo de la dialéctica, el hombre desconcertado de Hart (ya no estamos en 1961, así que hablaremos de la persona desconcertada) emerge a una luz diferente. La imagen de la persona desconcertada es la réplica de Hart al argumento del “¿y entonces, qué?”. La persona desconcertada es la que en efecto toma a la obligación jurídica, con independencia de posibles sanciones, como una razón para la acción, y como una razón que puede influir, y de hecho en ocasiones influye, su comportamiento y sus decisiones.

Pero incluso si las obligaciones *jurídicas* pueden en teoría existir y guiar la conducta sin el respaldo de un ejército estatal, la medida en que la gente de hecho internaliza esas obligaciones sigue siendo una cuestión empírica seria. De manera más específica, nuestro objetor imaginario (o no tanto) podría responder que el número real de personas que toman las normas jurídicas como razones para la acción incluso cuando no haya alguna forma de coerción o de incentivo de por medio es demasiado pequeño como para preocuparse por ello¹⁷⁸. La coerción está ampliamente extendida, continuaría el objetor, precisamente porque la persona que cumple el derecho simplemente porque es derecho puede tal vez ser un instructivo constructo teórico, pero no es representativa de mucha de la gente que encontramos en nuestra vida cotidiana.

Pero aquí Hart tiene una nueva respuesta. La persona desconcertada no es sólo una posibilidad teórica, dice, sino la representación de un número de gente realmente existente suficiente

¹⁷⁸ Véase, en el contexto de la teoría del derecho penal, Michael PLAXTON, “The Challenge of the Puzzled Man”, *McGill Law Journal*, 58 (2012), 451-480.

como para que el ignorarlas nos dé un falso retrato de cómo es el derecho y cómo opera en realidad¹⁷⁹. Después de todo, Hart utilizó la idea del hombre desconcertado en conjunción con la acusación a Austin de que su teoría centrada en la coerción no “encajaba con los hechos” o no reconocía la “complejidad de los hechos” de nuestra vida ordinariamente sujeta al derecho¹⁸⁰. Además, y de forma más notoria, la idea del hombre desconcertado es la característica más central de la respuesta de Hart a lo que él considera lo relevante de la imagen del “hombre malo” de Oliver Wendell Holmes¹⁸¹. Ahora bien, no deberíamos detenernos demasiado en el lenguaje de Holmes. Por supuesto que en realidad hay personas genuinamente malas, y para ellos el derecho es una amenaza acechante a sus proclividades exclusivamente autointeresadas y amorales o inmorales. Pero también hay muchas personas que no son “malas” en ningún sentido convencional de la palabra, pero que planean buena parte de sus vidas y muchas de sus actividades “a la sombra

¹⁷⁹ Scott SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), es más explícito en términos empíricos y cuantitativos, enfatizando su presupuesto de que hay “muchos” “buenos ciudadanos” que “aceptan que los deberes impuestos por las reglas [jurídicas] están separados, y son independientes de, las razones morales para actuar” (69-70). Sobre el mismo punto: Christopher ESSERT, “Legal Obligation and Reasons”, *Legal Theory*, 19 (2013), 63-88, en 64-66.

¹⁸⁰ HART, *The Concept of Law*, 80, 91. Véase también *ibid.*, 79 (“El modelo simple del derecho como las órdenes coercitivas del soberano no podía dar cuenta de algunos de los rasgos distintivos del sistema jurídico”). Pero para la opinión de que Hart y sus sucesores ha fallado del mismo modo en dar cuenta de rasgos distintivos del sistema jurídico, aunque se trate de rasgos diferentes, véase Brian BIX, “John Austin and Constructing Theories of Law”, en Michael Freeman & Patricia Mindus, eds., *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2013), 1-13; y Brian BIX, “Book Review”, *Ethics*, 122 (2012), 444-448, en 447.

¹⁸¹ “Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho, en los mandamientos de su consciencia”. Oliver Wendell HOLMES JR., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10 (1897), 457-478, en 459.

del derecho”, como se ha dicho alguna vez¹⁸². El editor de un periódico cuyas decisiones editoriales están influidas por la probabilidad de sufrir un juzgamiento por difamación no es de ordinario una mala persona, ni lo son los individuos cuyas decisiones sobre si consumir marihuana, conducir por encima del límite de velocidad o involucrarse en prácticas sexuales técnicamente ilegales pero que no causan daño, están influidas por la probabilidad de la concreta aplicación de las sanciones que refuerzan las leyes.

De manera que si dejamos de lado las connotaciones desfavorables de la imagen del “hombre malo”, vemos un contraste entre el individuo cuyas inclinaciones a obedecer el derecho están determinadas sustancialmente por la probabilidad del castigo y el individuo que está inclinado a obedecer al derecho sólo porque es el derecho y sin interesarse por la posibilidad de ser castigado. La primera clase es lo que Bentham, Austin y Holmes, entre muchos otros, tenían en mente, y la segunda es la persona desconcertada de Hart. Y si Hart y sus seguidores están en lo correcto al creer que existen significativas cantidades de personas desconcertadas, entonces los mandatos jurídicos son importantes en tanto que derecho aun cuando no estén respaldados por sanción alguna. Pero si en cambio Bentham, Austin y Holmes están en lo correcto al suponer que ese tipo de personas desconcertadas pueden existir en teoría pero muy rara vez en la práctica real, una explicación del fenómeno del derecho que subraye la coerción no resulta tan incompleta como muchos han creído. Bentham, en particular, reconocía que la gente podría comportarse por razones distintas de aquellas basadas en el interés propio, pero creía también que las exigencias de la prudencia autointeresada dominarían tan a menudo a las que resultan del altruismo y la consideración de la comunidad, que el derecho necesitaba usar la fuerza para proveer

¹⁸² Robert H. MNOOKIN & Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, *Yale Law Journal*, 88 (1979), 950-997.

la motivación necesaria para que se cumpla con lo que él mismo requiere¹⁸³.

La cuestión se revela entonces como de tipo empírico. Hart ofreció el caso del hombre desconcertado como una tesis empírica, pero no brindó apoyo empírico para tal tesis fuera de su pura aserción¹⁸⁴. Podemos comprender y estar de acuerdo con que un enfoque demasiado insistente en la coerción puede dejar partes del derecho sin explicar, y podemos también entender que seguir a Austin en *definir* la obligación jurídica en términos de coerción parece una confusión. Pero aun concediendo estas objeciones, podemos todavía preguntarnos cuán importante es realmente el derecho no coercitivo. Y cuando lo hacemos, resulta que la respuesta a la pregunta depende ampliamente de la medida en que las personas de hecho tomen los mandatos jurídicos como razones para la acción, al margen de las sanciones. Si muchos así lo hacen, tal como Hart y otros han supuesto, entonces es ciertamente un error atender demasiado a la coerción en tanto que elemento importante del fenómeno de la juridicidad. Pero si quienes acatan el derecho sin atender a las posibles sanciones son excepcionales, y si las personas desconcertadas son pocas y de infrecuente aparición, entonces no es la explicación que subraya la coerción la que presenta una imagen distorsionada del derecho tal como es experimentado, sino aquella que deja la coerción de lado¹⁸⁵. Y así, aunque Hart acusó a la teoría austineana de no conseguir “hacer justicia a la complejidad de los hechos”¹⁸⁶, la plausibilidad de di-

¹⁸³ Jeremy BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Philip Schofield, ed. (Oxford: Clarendon Press, 2010), 6, 91, 142-160.

¹⁸⁴ Véase PLAXTON, “The Challenge...”, 456-458. “Es bastante problemático [para Hart] afirmar, como cuestión descriptiva, que podemos tener obligaciones jurídicas en ausencia de al menos la amenaza de sanciones. Hart no ofreció evidencia empírica en apoyo de tal tesis” (457). Véase también a STEPHEN R. PERRY, “HART’s Methodological Positivism”, *Legal Theory*, 4 (1998), 427-467.

¹⁸⁵ Véase PLAXTON, “The Challenge...”

¹⁸⁶ HART, *The Concept of Law*, 91.

cha acusación descansa en una tesis empírica que ahora debe ser examinada cuidadosamente.

4.2. ¿QUÉ ES OBEDECER EL DERECHO?

La imagen de la persona desconcertada es la de alguien que quiere saber qué dice el derecho para poder obedecerlo y que consecuentemente está inclinado a obedecer el derecho sólo porque es el derecho, pero sin haberse visto coaccionado. No obstante, aunque podemos entender de manera más o menos sencilla qué es estar libre de la amenaza de sanciones, al menos en el caso normal, la pregunta acerca de qué es obedecer el derecho es un poco más capciosa.

Considérese las leyes contra el robo. Supóngase que yo deseo un coche mucho más lindo que el que ahora tengo, y más lindo de lo que puedo costearme. Y supóngase luego que un día estoy paseando por la calle y veo justo el auto que quisiera tener, estacionado, con las ventanas abiertas y las llaves seductoramente ubicadas en el asiento del conductor. El dueño está presumiblemente en una tienda cercana, pero no hay nadie más en la calle o en ningún otro lugar a la vista. Con poco esfuerzo podría abrir la puerta, encenderlo e irme conduciendo el coche de mis sueños.

Como tantos otros, quiero pensar que no me llevaría el coche. Y no lo haría incluso si, de manera contrafáctica en un mundo de números de identificación de vehículos, registros y placas de licencias, no hubiera posibilidad de que me aprehendieran, e incluso si, todavía de manera contrafáctica, no hubiera ninguna ley en contra del robo. Para mí, y creo (y espero) que para mucha otra gente, lo incorrecto del acto me prevendría de hacerlo, aun si en un nivel más superficial robar el coche fuese a dejar satisfechos mis deseos inmediatos.

Por supuesto, existen leyes en contra del robo y esas leyes hacen que sea ilegal irse conduciendo el coche de alguien más sin su permiso, incluso cuando la falta de cuidado del dueño haya

facilitado el robo. Y de este modo, cuando me abstengo de robar un automóvil, mi comportamiento es consistente con el derecho. No lo he violado, pero, aun así, no me he comportado tal como lo hice *por causa* [*because of*] del derecho. Si robar un coche no fuese ilegal, tampoco lo haría, y así mis acciones, al no robar el coche, no son acciones que haya adoptado por causa del derecho. Podemos decir que actué *de manera consistente* con el derecho, pero que no *cumplí* con el derecho. No quiero, sin embargo, hacer que nada de esto dependa de una distinción lingüística, si es que hay alguna, entre la consistencia con y el cumplimiento de. Lo importante es la distinción subyacente y no si justo es el caso que el idioma inglés* la reconozca. De manera similar, podemos decir, y yo diría, lo que cuenta como obedecer el derecho es actuar de manera consistente con el derecho por causa misma del derecho, y no el actuar de manera consistente con el derecho por otras razones distintas de éste; pero, de nuevo, nada en este argumento depende de lo que la palabra “obedecer” signifique¹⁸⁷. El punto es sólo que hay una diferencia crucial entre hacer algo por causa del derecho y hacer algo por razones independientes del derecho y que resulta ser consistente con éste.

Así que considérese ahora a mi perra. Cuando le pongo comida enfrente y le ordeno “¡come!”, ella come. En cada ocasión. Pero por supuesto ella no está obedeciendo mi orden. Se comería la comida que tiene enfrente también si yo no le dijera nada¹⁸⁸. Y lo mismo sucede con los mandatos del derecho. Cuando el derecho me dice que haga lo que yo hubiese hecho de todos modos, los mandatos jurídicos resultan no tener más consecuencias causales que las que

* N.T.: O, en nuestro caso, el castellano.

¹⁸⁷ Aunque mi comprensión de qué es “obedecer” no se basa en el lenguaje ordinario, es sin embargo convencional. Véase Joseph RAZ, “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1 (1984), 139-155; REGAN, “Reasons, Authority, and the Meaning of ‘Obey’”.

¹⁸⁸ O si le dijera “¡No comas!”.

tienen mis órdenes de que coma sobre mi mascota, que de por sí está tan altamente motivada para comer. 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 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 personas que, de no haber sido por el derecho mismo, habrían hecho algo distinto del contenido que prescriben los mandatos jurídicos. O, por ponerlo de manera distinta: estamos interesados en los casos en que lo que el derecho ordena difiere de lo que una persona sujeta al derecho hubiese hecho por razones independientes del propio derecho.

Hay muchas clases de razones independientes del derecho, pero aquí aparecen dos particularmente importantes. Primero está el terreno de las preferencias, deseos, valores o gustos personales que son independientes del derecho. En la mayoría de los órdenes jurídicos el canibalismo —comer la carne de una persona fallecida, aun si quien la come no es quien causó la muerte— es ilegal. Y en muchos órdenes jurídicos —aunque tal vez no tantos— es ilegal tener sexo con animales. Pero la mayor parte de las personas se abstienen de comer carne humana o de tener sexo con animales por razones que no tienen nada que ver con el derecho, no obstante que su abstención de estas actividades los ponga en una posición consistente con lo que éste ordena. Si se derogaran las leyes en contra de estas actividades, las prácticas culinarias y sexuales de la mayoría de la gente no cambiarían en absoluto. Estas acciones pueden ser ilegales, pero la mayor parte de la gente no las evita por causa del derecho. Las evita simplemente porque de antemano no tiene el deseo de involucrarse en ellas.

En segundo lugar, a veces las personas sí desean involucrarse en comportamientos que resultan estar prohibidos, pero se abstienen de permitirse estas preferencias de primer orden o únicamente autointeresadas porque la moral en el sentido más amplio restringe su

comportamiento. Por ejemplo, yo no robo los objetos que deseo, porque creo que, usualmente, robar está mal. No arrojo objetos contra aquellos de mis colegas que hablan interminablemente en las reuniones de la facultad no porque no quiera, sino porque, además de la prudencia de preocuparme por posibles represalias, creo que una reacción de ese tipo estaría moralmente errada, por mucho que pudiera satisfacer un deseo inmediato. Y me abstengo del probablemente beneficioso tráfico de información privilegiada [*insider trading*] no porque sea ilegal sino porque creo que muy a menudo está mal tomar ventaja de las disparidades informativas en las transacciones comerciales y negociales. Por supuesto, el robo, el asalto y el tráfico de información privilegiada son todos ilegales, pero su ilegalidad no es determinante de mi comportamiento. Aun cuando tengo deseos autointeresados que me gustaría satisfacer, a menudo me abstengo de satisfacerlos por razones (o deseos) morales. El hecho de que aquello que está moralmente mal hacer sea también ilegal es interesante, y podría ser importante para otros, pero para mí, al menos respecto de estos y muchos otros temas, la ilegalidad no forma parte de la ecuación¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Es interesante la cuestión de la medida en que el derecho juega un papel, si es que juega alguno, generando creencias morales o informando a la gente sobre los requerimientos morales sobre los cuales de otro modo no estarían enterados. Los realistas escandinavos, que eran no-cognitivistas éticos y por ende negaban la existencia de una realidad moral, son figuras importantes en esto porque creían que las creencias morales de la gente eran sustancialmente creadas o influenciadas por los mandatos del derecho. Véase especialmente Axel HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Karl Olivecrona, ed., tr. C. D. Broad (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953); Anders Vilhelm LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised: My Views on Law* (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956). Para un valioso análisis y comentario, véase Patricia MINDUS, *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström* (Dordrecht, Netherlands: Springer, 2012). La cuestión del efecto causal del derecho positivo sobre las creencias morales de la ciudadanía es empírica, y hay tanto quienes son favorables como quienes son escépticos a su respecto. Una valiosa revisión de la literatura, que concluye de manera positiva aunque cualificada acerca de la capacidad del derecho para afectar las creencias morales es la de Kenworthy BILZ & Janice NADLER, “Law, Psychology, and Morality”, en Daniel Bartels *et al.*,

No afirmo ser una persona más moralmente íntegra que otras. Podría tal vez serlo todavía menos. El punto es sólo que la mayoría de la gente toma decisiones sobre qué hacer y qué no hacer basada en alguna compleja mezcla de razones de preferencia, prudencia y moralidad, pero es una mezcla que no necesita incluir al derecho. Para la mayoría de las personas, la mayor parte del tiempo, mucho de lo que hace es consistente con el derecho, pero no es hecho por causa del derecho. Por cierto, una vez que reconocemos que las personas pueden tener motivos altruistas, empáticos, cooperativos y de espíritu público¹⁹⁰, que tales motivos a menudo producen un comportamiento consistente con esos mismos motivos, y que esos motivos no son ni autointeresados ni causados por el derecho, podemos reconocer la falsa dicotomía entre la persona desconcertada de Hart, motivada por el derecho, y el hombre malo de Holmes, automotivado. Aquellas otras personas, motivadas moralmente y por otros, no están interesadas sólo en promover sus propios intereses, sino que también pueden tomar en cuenta los intereses de otros, y a menudo así lo hacen, sin la guía del derecho.

eds., *Moral Judgment and Decision Making (Psychology of Learning and Motivation*, vol. 50) (San Diego, CA: Academic Press, 2009), 101-131. Entre los ejemplos de un mayor escepticismo acerca de los poderes causales del derecho sobre las creencias morales se incluyen Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991); Nigel WALKER & Michael ARGYLE, "Does the Law Affect Moral Judgments?", *British Journal of Criminology*, 4 (1964), 570-581.

¹⁹⁰ La literatura acerca de la capacidad de las personas de comportarse de forma moral y altruista incluso sin la amenaza de sanciones es vasta. Entre los trabajos destacables están Daniel M. BARTELS, "Principled Moral Judgment and the Flexibility of Moral Judgment and Decision Making", *Cognition*, 108 (2008), 381-417; Gert CORNELISSEN *et al.*, "Rules or Consequences? The Role of Ethical Mind-Sets in Moral Dynamics", *Psychological Science*, 24 (2013), 482-488; Ernst FEHR & Urs FISCHBACHER, "The Nature of Human Altruism", *Nature*, 425 (2003), 785-791; Shaun NICHOLS, "Norms with Feeling: Towards a Psychological Account of Moral Judgment", *Cognition*, 84 (2002), 221-236; Jamil ZAKI & Jason P. MITCHELL, "Intuitive Prosociality", *Current Directions in Psychological Science*, 22 (2013), 466-470.

Vale la pena subrayar el punto con el que concluye el párrafo anterior, dado que la falsa dicotomía entre las acciones gobernadas por el derecho y las gobernadas por el interés propio es ubicua. Considérese lo siguiente, de un sociólogo del derecho:

¿Por qué algunas personas cumplen con la letra de la ley, incluso cuando no hay amenaza de sanciones en contra de su incumplimiento y a pesar de que saben que seguir al derecho no va en favor de sus propios intereses y que les será costoso en términos materiales y de otros tipos? La respuesta a esta pregunta nos lleva al corazón de la normatividad del derecho.¹⁹¹

No, no nos lleva allí. El salto desde las decisiones de algunas personas por razones distintas del autointerés hasta la normatividad del derecho asume tanto la causalidad del derecho como la falta de una causalidad no autointeresada, venida de manera más obvia de productos morales tales como el altruismo, la empatía, la cooperación y el espíritu público. Pero una vez que reconocemos que estas otras motivaciones son reales y con frecuencia la causa del comportamiento humano, que la gente puede comportarse por razones morales en lugar de por puro interés propio y que tal comportamiento a menudo resultará consistente con el derecho aun cuando no sea causado por el derecho mismo, nos queda la pregunta de qué contribución causal hace el derecho, si es que hace alguna, al comportamiento no autointeresado de las personas cuando no hay sanciones jurídicas u otras formas de coerción a la vista. Su contribución puede ser sustancial o puede ser insignificante, pero el planteamiento de una dicotomía excluyente entre el autointerés por un lado y la normatividad *del derecho* por el otro ignora hasta la posibilidad de la normatividad de la moral y con eso vuelve virtualmente imposible que podamos siquiera divisar

¹⁹¹ Reza BANAKAR, "Can Legal Sociology Account for the Normativity of Law?", en Matthias Baier, ed., *Social and Legal Norms* (Farnham, Surrey, UK: Ashgate Publishing, 2013), cap. 2.

una respuesta a la pregunta de cuánto contribuye el derecho, *qua* derecho, a los procesos de toma de decisiones de las personas.

Ahora que a la motivación autointeresada le hemos añadido motivaciones morales, altruistas, cooperativas y empáticas, la cuestión de los efectos del derecho se vuelve más compleja. Considérese, entonces, a la persona que ha decidido un curso de acción sobre la base del completo abanico de razones independientes del derecho, un abanico que incluye tanto a las razones autointeresadas como a las morales. Pero luego descubre esta persona que el derecho prohíbe lo que de otro modo ella hubiese decidido hacer, o le requiere lo que de otro modo hubiese decidido evitar. Bajo tales circunstancias, la cuestión es si esta persona hará lo que el derecho exige incluso si el abanico completo de las razones independientes del derecho —lo que Joseph Raz llama el “balance de razones”¹⁹²— le indica lo contrario. Y téngase presente que hemos estipulado que esta es una persona —la persona desconcertada— para quien la fuerza coercitiva del derecho no es relevante. Esto es, nos estamos poniendo en el lugar de alguien que piensa que debe ϕ sobre la base del abanico completo de razones independientes del derecho, que luego descubre que el derecho requiere $\text{no-}\phi$ y que entonces, *por causa del derecho*, procede a $\text{no-}\phi$, y lo hace sin prestar atención a la posibilidad de castigo o de cualquier otra forma de coerción jurídica. Esta es la persona desconcertada de acuerdo a la formulación de Hart. La pregunta, sin embargo, es si esta persona existe.

4.3. REFINANDO LA PREGUNTA

La pregunta que tenemos ahora ante nosotros es si hay gente, y si la hay, en qué cantidad, que tome el derecho, *qua* derecho y sin mediar las razones prudenciales que pueden aportar las amenazas

¹⁹² Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999).

de sanciones por incumplimiento, como una razón para la acción. Si existe gente de este tipo en una cantidad significativa, entonces, como argüía Hart, la explicación del derecho en términos en gran parte relacionados con su fuerza coercitiva es una pobre representación del papel que cumple el derecho en los procesos de toma de decisiones de la mayoría de las personas. Pero si aquellos que toman al hecho mismo del derecho como una razón para la acción o una razón para la decisión son pocos y de infrecuente hallazgo, la coerción resurge como la fuente probablemente más significativa de la extendida efectividad del derecho y de su continuo atractivo para la consecución de variados objetivos sociales.

Vale la pena enfatizar que estamos considerando aquello a lo que a menudo se alude como la autoridad *independiente de contenido* del derecho¹⁹³. La cuestión no es si debiéramos acatar el derecho por causa de su contenido sustantivo. Claro que deberíamos acatar las leyes en contra del homicidio, la violación y la fijación de precios, pero eso es porque el homicidio, la violación y la fijación de precios están mal. Las leyes en contra de estas actividades deberían ser acatadas por la plausibilidad de su contenido. Consecuentemente, deberíamos evitar tales comportamientos incluso si no fuesen ilegales y, de este modo, sin importar el derecho. Por contraste, aceptar el derecho como obligatorio de una forma independiente del contenido es aceptar que el propio hecho del

¹⁹³ La referencia básica es a H.L.A. HART, "Commands and Authoritative Legal Reasons", en Id., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1982), 243-268, en 262-266. Véase también Kenneth Einar HIMMA, "H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 6 (2000), 1-43, en 26-27; Frederick SCHAUER, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, 94 (2008), 1931-1961. Un desafío escéptico a la idea de que la autoridad es independiente de contenido es el de P. MARKWICK, "Independent of Content", *Legal Theory*, 9 (2003), 43-61. Y un desafío escéptico diferente, enfocado sobre la relación entre la independencia de contenido y la autoridad política, es el de George KLOSKO, "Are Political Obligations Content Independent?", *Political Theory*, 39 (2011), 498-523.

derecho —su existencia misma, independiente de su contenido, o su propio estatus como derecho en lugar de como cualquier otra cosa— es una razón para obedecerlo. Nuestra pregunta es la de si el derecho es en realidad entendido de este modo por quienes están sometidos a él, la de si las personas acatan el derecho no por su contenido sino por su mera existencia.

A esta escueta manera en que se ha presentado el problema es necesario añadirle dos refinamientos importantes. Primero, que la putativa efectividad del derecho para proveer de razones para la acción debe ser distinguida de su posible carácter concluyente. Tal como ha destacado una bien establecida literatura sobre deberes, obligaciones, razones y reglas, hay una diferencia entre una razón y una razón dispositiva¹⁹⁴. Si yo te prometo juntarnos para el almuerzo, tengo una razón —una obligación— de encontrarte para el almuerzo, pero si en el ínterin se enferma uno de mis parientes más cercanos, la razón que tengo para encontrarte para el almuerzo se verá superada por mi todavía más fuerte razón proveniente de mi obligación de asistir a mis parientes enfermos. En ocasiones, esta idea de una razón no necesariamente concluyente es descrita en términos de una razón *prima facie* y a veces como una razón *pro tanto*, pero la idea es la misma. Aquello para hacer lo cual tenemos una razón es diferente de aquello que *debiéramos* [*should*] hacer, una vez consideradas todas las cosas. Y así, si el simple hecho del derecho es una razón para comportarse de acuerdo con sus directivas,

¹⁹⁴ El *locus classicus* es el de W. D. Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930), 19-47. Ross usa los términos de derechos y deberes “*prima facie*”, pero es más común actualmente expresar esa misma idea con el término “*pro tanto*”. Véase también Alan GEWIRTH, “Are There Any Absolute Rights?”, *Philosophical Quarterly*, 31 (1981), 1-16; Robert Nozick, “Moral Complications and Moral Structures”, *Natural Law Forum*, 13 (1968), 1-50; Frederick SCHAUER, “A Comment on the Structure of Rights”, *Georgia Law Review*, 27 (1993), 415-434; John R. SEARLE, “Prima Facie Obligations,” en Joseph Raz, ed., *Practical Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 1978), 81-90; Judith Thomson, “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, 19 (1977), 45-60.

no necesariamente será siempre el caso (o ni siquiera usualmente) que la gente en efecto acate el derecho. Uno puede creer en la obligación de obedecer al derecho y creer al mismo tiempo que las obligaciones morales y prudenciales son a menudo más fuertes.

Esta cualificación no debiera ser llevada demasiado lejos. Como cuestión empírica y no conceptual, esperaríamos que una razón real en efecto marcaría una diferencia en algunos casos. Si fuéramos a descubrir que tras la consideración de un gran número de instancias el derecho, en tanto que derecho, nunca determina el resultado de la decisión sobre cómo actuar, tendríamos razón para sospechar que el derecho no opera ni siquiera como una razón débil. Sólo si en al menos algunos casos la presencia del derecho produce un resultado o una decisión diferente de la que habría prevalecido de otro modo, podríamos concluir plausiblemente que el derecho realmente opera como una razón.

En segundo lugar, y de manera relacionada con lo anterior, la distinción entre el derecho y el espectro de razones independientes del derecho no debería ser tomada como que sugiere que quienes deben tomar decisiones necesariamente secuencian o bifurcan su proceso de toma de decisiones de ese modo. A veces lo hacen, y un buen ejemplo es la sugerencia del presidente Franklin Roosevelt al Congreso de los Estados Unidos en 1937 de que consideren los méritos de una regulación propuesta para la industria del carbón enteramente como cuestión política y de gestión pública, dejando de lado incluso las “razonables” objeciones legales y constitucionales que pudieran formularse¹⁹⁵. Pero en ocasiones el derecho existe como una entre muchas razones no consecutivamente ordenadas que afectan a las decisiones de una manera menos serial y menos bifurcada. Cuando ello es así, está entre los múltiples factores

¹⁹⁵ “Letter to Congressman Hill, July 6, 1935”, en *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, vol. 4 (Washington, DC: Government Printing Office, 1938), 297-298.

considerados más o menos simultáneamente, en lugar de resultar que se consulte al derecho sólo después de haber llegado a una decisión con independencia de éste. Aun siendo así, nuevamente sería altamente improbable, si no lógicamente imposible, que el derecho tenga el estatus de una razón para la acción en efecto internalizada, a menos que marcara una diferencia en como mínimo algunas instancias. Si el derecho nunca hiciera una diferencia —si nunca produjera un resultado diferente del que se produciría por un espectro de razones que no incluya al derecho mismo— entonces podríamos concluir, como cuestión empírica, que de hecho no funciona en absoluto como razón.

La distinción entre las razones jurídicas y todas las demás es entonces un constructo diseñado para aislar la cuestión de si el derecho figura en las decisiones y acciones de quienes le están sujetos. Sin este constructo, estaríamos imposibilitados de hacernos la pregunta de si el derecho realmente importa. Podríamos, desde luego, simplemente elegir asumir que el derecho importa, pero llegados a este punto la pura asunción de que el derecho importa empieza a parecerse a la asunción de que hay unicornios. Sabemos qué son (o serían) los unicornios, pero el mero hecho de que podamos describir a un unicornio nos dice poco sobre si realmente hay unicornios en el mundo. De manera similar, podemos describir y comprender la normatividad jurídica —la capacidad del derecho de hacer una diferencia práctica¹⁹⁶— pero deberíamos también querer saber si el derecho, sin considerar las sanciones que contingentemente pudieran respaldarlo, juega realmente un papel en la determinación de las acciones y decisiones de quienes le están sujetos. Y para los propósitos de este tipo de indagación, la distinción entre las decisiones al margen del derecho y aquellas

¹⁹⁶ Véase Kenneth Einar HIMMA, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 6 (2000), 1-43; Scott J. SHAPIRO, “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, 6 (2000), 127-170.

en las que el derecho es parte del espectro de razones internalizadas por quien toma la decisión, continúa siendo importante.

No obstante, no debiéramos apresurarnos demasiado en asumir que la distinción entre la toma de decisiones ajena al derecho y aquella influida por el derecho es meramente una ficción analítica, por más útil que dicha ficción pueda ser. De hecho, precisamente esta clase de bifurcación, del derecho *versus* todo lo demás, parece ocurrir en la realidad tan a menudo como en la ficción. Los hombres de negocios frecuentemente se apuntan sus más beneficiosos tratos de una manera acorde con el negocio mismo de que se trate, y no de acuerdo con el derecho, y sólo después de haber convenido las bases de la transacción es que llaman a sus abogados para hacer de ella una transacción legal o para que les digan cómo no puede hacerse. De una manera muy parecida, los encargados de diseñar políticas públicas a menudo toman decisiones de este tipo sin recaudos relativos a la legalidad, y sólo luego de ello se aseguran de obtener el consejo gubernamental para determinar si pueden llevarse a cabo tales políticas en concordancia con el derecho.

La cuestión queda entonces refinada del siguiente modo: si distinguimos a las razones suministradas por el derecho de las razones suministradas por la moral, las directrices políticas, la prudencia y todo lo demás, y si distinguimos entre las razones suministradas por el derecho de las varias formas de forzar el acatamiento que el derecho típicamente emplea para asegurar que las decisiones de hecho se tomen de acuerdo con esas razones, ¿en qué medida, entonces, influyen realmente en las decisiones estas razones jurídicas independientes de sanción alguna? La persona desconcertada de Hart es la respuesta implícita a esta pregunta. Pero no sabemos si la respuesta de Hart es correcta.

4.4. EL DEBER Y EL SER

La obediencia al derecho *qua* derecho —tomando su existencia misma al menos como una razón *prima facie* para acatarlo— es

un tema de distinguida historia. Pero casi toda esta historia es normativa y no descriptiva. Hasta tan atrás en el tiempo como con Sócrates y su insistencia en reconocer su obligación para con el derecho incluso cuando creía que se lo había condenado de manera injusta¹⁹⁷, ha habido filósofos y otras personas sosteniendo que hay una obligación moral de obedecer al derecho con independencia de su contenido. Thomas Hobbes y John Locke, entre otros, encontraron la base de tal obligación en el contrato social¹⁹⁸. John Rawls y otros más recientemente han localizado la fuente de esa obligación en principios de equidad y reciprocidad¹⁹⁹. Y otros aun han creído que la obligación de obedecer al derecho surge de una noción de consentimiento²⁰⁰, de la capacidad del derecho para coordinar la acción colectiva frente a los incentivos diversos y suboptimizados dirigidos a la satisfacción de las preferencias individuales²⁰¹, o de nuestras obligaciones de respetar a nuestros conciudadanos

¹⁹⁷ Platón recuenta los argumentos de Sócrates en el *Critón*, y la situación es también narrada en el *Eutifrón*, la *Apología* y el *Fedón*. Un análisis particularmente valioso es el de Thomas C. BRICKHOUSE & Nicholas D. SMITH, *Socrates on Trial* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1989).

¹⁹⁸ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Richard Tuck, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991) (1651); John LOCKE, *Two Treatises on Government*, Peter Laslett, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1988) (1690).

¹⁹⁹ John RAWLS, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", en Sidney Hook, ed., *Law and Philosophy* (New York: New York University Press, 1964), 3-18. Véase también Jonathan HECHT, "Fair Play—Resolving the Crito—Apology Problem", *History of Political Thought*, 32 (2011), 543-564.

²⁰⁰ Véase Mark C. MURPHY, "Surrender of Judgment and the Consent Theory of Political Authority", *Law and Philosophy*, 16 (1997), 115-143.

²⁰¹ Eerik LAGERSPETZ, *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions* (Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic, 1999); Chaim GANS, "The Normativity of Law and Its Co-ordinative Function", *Israel Law Review*, 16 (1981), 333-349; Gerald J. POSTEMA, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 165-203; Noel REYNOLDS, "Law as Convention", *Ratio Juris*, 2 (1989), 105-120.

en el proceso de creación del derecho²⁰². Pero todas estas teorías comparten el objetivo de justificar la obligación de las personas de obedecer al derecho sólo porque se trata del derecho, y así de obedecer —o al menos tener una razón para obedecer— incluso a aquellos preceptos jurídicos con los que están en desacuerdo.

Junto con esta tradición de buscar la justificación de una obligación moral de obedecer al derecho hay una más reciente tradición, en conflicto con la primera, que niega que haya deber moral alguno de obedecer al derecho²⁰³. A menudo llamada “anarquismo filosófico” en estos días, esta tradición más reciente rechaza todas las razones existentes para reconocer una obligación independiente de contenido de obedecer el derecho. El anarquismo filosófico concluye así que a pesar de que el ciudadano moral tiene un deber moral de hacer lo correcto, no tiene un deber moral de acatar el derecho sólo porque sea el derecho, y por ende no tiene un deber moral, ni una razón, para acatar aquellas leyes (u otras manifestaciones de la aserción de la autoridad normativa del Estado) que estén en conflicto con su mejor cálculo moral, todas las cosas consideradas, acerca de qué hacer²⁰⁴.

Los debates sobre la existencia (o no) de una obligación moral de obedecer al derecho son interesantes y profundamente

²⁰² Véase Thomas CHRISTIANO, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits* (New York: Oxford University Press, 2008).

²⁰³ Joseph RAZ, “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1 (1984), 139-162; M. B. E. SMITH, “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?”, *Yale Law Journal*, 82 (1973), 950-976. Dos valiosas revisiones generales son las de William EDMUNSON, “State of the Art: The Duty to Obey the Law”, *Legal Theory*, 10 (2004), 215-259; and George KLOSOKO, “The Moral Obligation to Obey the Law”, en Andrei Marmor, ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012), 511-526.

²⁰⁴ El trabajo moderno más importante es el de A. John SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979). Más o menos en la misma línea, aunque con variaciones importantes, están los trabajos de Leslie GREEN, *The Authority of the State* (Oxford: Clarendon Press, 1988); y Robert Paul WOLFF, *In Defense of Anarchism* (Berkeley, CA: University of California Press, 1970).

importantes. Pero lo que nos concierne aquí es algo diferente. Para nuestros propósitos actuales, la cuestión no es si los ciudadanos *debieran* acatar el derecho porque sea el derecho, sino si, y en qué medida, de hecho lo hacen. Porque si los ciudadanos (o los funcionarios, como indagaremos en el capítulo 6) rara vez obedecen el derecho sólo porque es el derecho, y si las personas desconcertadas, en el sentido de Hart, son pocas y se presentan esporádicamente, entonces la coerción vuelve a emerger como un fenómeno empírica aun si no lógicamente necesario para que el derecho logre lo que se espera de él. La importancia de enfocarse en la obediencia al derecho *qua* derecho de manera descriptiva y empírica más que normativa es que la importancia —aunque no la posibilidad— de un derecho libre de sanciones presupone una gran masa crítica de sujetos obedientes. Si una proporción significativa de la población no necesita ser coaccionada para acatar el derecho incluso cuando sus exigencias no se condicen con las del mejor juicio, con independencia del derecho, de esas personas, entonces la coerción puede resultar un apoyo útil para el derecho, pero difícilmente será central para éste. Pero si esa proporción significativa no existe —si no hay una masa crítica de personas con la voluntad de sujetar su propio juicio al del derecho, a menos que se las fuerce a ello— entonces el derecho libre de sanciones es más una posibilidad teórica que una realidad empírica. Y si el derecho libre de sanciones es empíricamente excepcional, entonces la coerción, que hasta Hart admite que es una “necesidad natural”²⁰⁵, se revela, tal como era para Austin y Bentham, como una característica central de los sistemas jurídicos realmente existentes.

Queda ahora establecido el marco para examinar esta cuestión empírica, informados y clarificados por la comprensión de la obediencia al derecho que generaciones de teóricos del derecho nos han ayudado a tener. Sabemos que la mera consistencia con el derecho

²⁰⁵ HART, *The Concept of Law*, 198.

no es suficiente. Queremos ver si la gente adopta decisiones o cursos de acción por causa del derecho. Y queremos saber si la gente que adopta decisiones o cursos de acción por causa del derecho lo hace sin prestar atención a las amenazas de uso de la fuerza u otras sanciones impuestas por éste. Sobre ello, precisamente, estará el foco del capítulo 5.

¿OBEDECE LA GENTE EL DERECHO?

5.1. CUMPLIR CON LAS LEYES QUE NOS GUSTAN

En un libro influyente, el psicólogo social Tom Tyler se preguntó *¿Por qué la gente obedece el derecho?* [*“Why People Obey the Law”*]²⁰⁶. El título es revelador. Se esperaría que un libro titulado *¿Por qué los humanos son omnívoros?* se enfocara en la explicación causal de lo que sabemos que claramente es el caso, pero un libro titulado *¿Por qué los humanos tienen astas?* probablemente nos intrigaría, porque el título presupone un hecho que en realidad es falso. Los seres humanos no tienen astas, con lo que explicar por qué las tienen no tiene sentido.

El título de Tyler no está confundido de una manera tan obvia, pero asume que la gente *sí* obedece el derecho. ¿Pero es esta asunción plausible? ¿Obedece la gente el derecho? La respuesta no es obvia y gira no sólo en torno a la clarificación de qué es obedecer al derecho sino también en la respuesta empírica a la cuestión

²⁰⁶ Tom R. TYLER, *Why People Obey the Law*, 2ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006).

así clarificada. Necesitamos entonces prestar mayor atención la pregunta cuya respuesta Tyler toma por autoevidente. ¿*Obedecen* las personas el derecho, realmente?

Al concluir que las personas sí obedecen el derecho, y al tomarse de esa conclusión para preguntarse por qué lo hacen, el punto principal de Tyler es que la gente obedece el derecho por razones distintas del miedo al castigo u otras sanciones. Está interesado, tal como lo estamos en este libro, en el rol causal del derecho en la influencia sobre el comportamiento. Y Tyler está especialmente interesado, como lo estaba H.L.A. Hart al referirse al “hombre desconcertado”²⁰⁷, en la medida en la cual el derecho ejerce influencia sobre el comportamiento incluso cuando las directivas jurídicas no están respaldadas por la amenaza de sanciones para el caso de incumplimiento. Aun así, a pesar de que Hart y otros²⁰⁸ simplemente han afirmado o asumido que las personas desconcertadas existen en cantidades lo suficientemente grandes como para dar apoyo a una teoría de la naturaleza del derecho independiente de las sanciones, Tyler cree que básicamente la misma conclusión puede ser obtenida a través de la investigación empírica sistemática. Más concretamente, él y sus colegas consideran haber establecido, a través de una investigación basada en encuestas, que las sanciones tienen una importancia decididamente secundaria en la explicación del cumplimiento del derecho. Más bien, concluyen, “la moral es el factor primario en la conformación del comportamiento acorde a derecho [*law-related behavior*]”²⁰⁹.

²⁰⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 39.

²⁰⁸ Véase Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 69-70, quien describe a los “muchos” “buenos ciudadanos” que cumplen con el derecho *qua* derecho incluso sin la amenaza de castigo de por medio.

²⁰⁹ Tom R. TYLER, “Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective”, *NYU Journal of International Law and Politics*, 29 (1997), 213-236, en 224. De manera similar, “la investigación sugiere que el comportamiento de las personas se ve *más* fuertemente influenciado por su sentido de lo que es moralmente

Dejemos de lado por el momento la ambigüedad de la frase “comportamiento acorde a derecho”. Volveremos sobre ella y sobre la distinción entre el comportamiento correlacionado [*correlated*] con el derecho y el comportamiento causado [*caused*] por el derecho. Pero primero debemos prestar atención a un problema preliminar que es esencial. Y es el de que Tyler deriva su conclusión de que la moral es el principal determinante del comportamiento acorde a derecho al establecer un contraste con su complemento principal: la creencia de que la gente se comporta de ordinario por razones entera o principalmente autointeresadas. El hecho de que este sea el blanco principal de Tyler queda claro dados sus argumentos explícitamente dirigidos al “modelo del autointerés”²¹⁰ y su afirmación de que “el estudio del comportamiento acorde a derecho ha sido dominado por los analistas económicos”²¹¹.

Es mejor dejar a los economistas la cuestión de si los propios economistas de hecho creen que el autointerés y el miedo a desagradables sanciones (o la esperanza en recompensas personales) son las únicas motivaciones humanas, o las dominantes. Sin embargo, Tyler plantea una dicotomía entre el comportamiento autointeresado y el comportamiento acorde a derecho, como si el autointerés y el derecho agotaran el universo de la motivación humana. Pero si hay motivaciones que no son ni autointeresadas ni están relacionadas con el derecho, el paso de la ausencia de motivación por autointerés a la presencia de motivación por el derecho es un error. Más concretamente, si los motivos, independientes del derecho, provenientes de la moral (o el altruismo, la cooperación y el trabajo en pro del interés público) también impelen a la acción humana, entonces la conclusión de Tyler sobre el efecto del derecho a par-

apropiado que por sus preocupaciones acerca de ser castigados por la transgresión de normas”. Tom R. TYLER, “Beyond Self-Interest: Why People Obey Laws and Accept Judicial Decisions”, *The Responsive Community*, Autumn (1998), 44-52, en 45.

²¹⁰ TYLER, “Beyond Self-Interest...”, 45.

²¹¹ Véase www.psych.nyu.edu/tyler/lab.

tir de la premisa de la falta de autointerés es falaz. Si las personas adoptan frecuentemente un comportamiento motivado moral o socialmente, en lugar de uno puramente egoísta, y si lo hacen sin referencia al derecho, entonces la conclusión de que la moral es el primer factor en la conformación de un comportamiento acorde al derecho nos dice poco sobre el derecho y aun menos sobre los efectos del derecho sobre el comportamiento²¹².

Una amplia investigación empírica ha establecido hace ya mucho que la gente puede ser altruista, cooperativa, moralmente íntegra, sociable, empática y considerada para con otros, no sólo en sus actitudes sino en su comportamiento mismo²¹³. Es verdad que el autointerés es una motivación importante y a menudo dominante

²¹² Por cierto, el propio TYLER, más recientemente, admite el rol que la cooperación, con independencia del derecho, puede jugar. Tom TYLER, "The Psychology of Cooperation", en Eldar Shafir, ed., *The Behavioral Foundations of Public Policy* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2013), 77-90.

²¹³ C. Daniel BATSON & Laura L. SHAW, "Evidence for Altruism: Toward a Pluralism of Prosocial Motives", *Psychological Inquiry*, 2 (1991), 107-122; Augusto BLASI, "Moral Cognition and Moral Action: A Theoretical Perspective", *Developmental Review*, 3 (1983), 178-210; Robert HOGAN, "Moral Conduct and Moral Character: A Psychological Perspective", *Psychological Bulletin*, 79 (1973), 217-232; John A. KING *et al.*, "Doing the Right Thing: A Common Neural Circuit for Appropriate Violent or Compassionate Behavior", *NeuroImage*, 30 (2006), 1069-1076; Louis A. PENNER *et al.*, "Prosocial Behavior: Multilevel Perspectives", *Annual Review of Psychology*, 56 (2005), 365-392; Jane Allyn PILIAVIN & Hong— Wen CHARNG, "Altruism: A Review of Recent Theory and Research", *American Review of Sociology*, 16 (1990), 27-65; Lauren J. WISPE, "Positive Forms of Social Behavior: An Overview", *Journal of Social Issues*, 28 (1972), 1-19. Se recogen otras valiosas contribuciones en Walter Sinnott-Armstrong, ed., *Moral Psychology* (Cambridge, MA: MIT Press, 2008). Hay debates en curso acerca de si el comportamiento aparentemente altruista es producido a algún nivel más profundo por el autointerés, dadas las buenas sensaciones que tal comportamiento promueve en quien es altruista (véase Martin L. HOFFMAN, "Is Empathy Altruistic?", *Psychological Inquiry*, 2 (1991), 131-133), pero para nuestros propósitos este debate es irrelevante. Tanto quienes consideran al altruismo algo de fondo, como quienes lo dan por basado en un egoísmo más profundo, estarían de acuerdo en el hecho de la ocurrencia de extendidos comportamientos no autointeresados que son independientes del derecho y de las sanciones.

para mucha gente en muchos contextos y por cierto puede que sea un impulso humano natural²¹⁴. Sin embargo, sabemos que cuando las personas perciben que una forma de comportamiento tiene sustanciales implicancias morales (o religiosas) o “prosociales”, a menudo relegarán sus propios intereses personales a un lugar de importancia secundaria, detrás de lo que creen que es lo correcto hacer²¹⁵. Pero si las motivaciones morales y las normas morales internalizadas llevan a la gente a abstenerse de actividades que son a la vez autointeresadas e ilegales —si hacen que las personas se abstengan de robar incluso cuando les habría de ser provechoso y de atacar a otros aun cuando hacerlo fuese a resultarles placentero— no sabemos si la causa de las acciones no autointeresadas es la ilegalidad o la inmoralidad. Y sin distinguir entre ambas, no sabemos cuánto contribuye causalmente la ilegalidad, si es que lo hace, a la toma de decisiones de las personas.

La investigación disponible acerca de la motivación humana apoya entonces algo que debería resultar poco sorprendente (excepto para quienes creen que el interés propio es la única motivación humana): que la gente a menudo hace lo que cree correcto, al margen de lo que diga el derecho. Pero en tanto ello es así, la contribución del derecho puede ser entendida fundamentalmente en términos del constreñimiento de desviaciones morales más que en el de la afectación del comportamiento de la mayoría. La mayoría bien puede a menudo emprender conductas moralmente motivadas que resultan ser consistentes con el derecho, pero no es claro por qué querríamos llamar a ese comportamiento “acorde a derecho”. Tal vez deberíamos simplemente llamarlo comportamiento

²¹⁴ Véase Roy F. BAUMEISTER, Todd F. HEATHERTON, & DIANNE M. TICE, *Losing Control: How and Why People Fail at Self-Regulation* (San Diego, CA: Academic Press, 1994); Roy F. BAUMEISTER, Kathleen D. VOHS, & Dianne M. TICE, “The Strength Model of Self-Control”, *Current Directions in Psychological Science*, 16 (2007), 351-355.

²¹⁵ Véase Linda J. SKITKA, “The Psychology of Moral Conviction”, *Social and Personality Psychology Compass*, 4 (2010), 267-281.

“moral”. Y si así lo hiciéramos, sería más fácil concentrarse en la distinción, en tanto cuestión empírica, entre consistencia con el derecho y efectiva obediencia al derecho. Si las personas moralmente íntegras no hurtan en las tiendas, el hecho de que el que no lo hagan sea consistente con el derecho es compatible con que el derecho sea causalmente inerte respecto de esas personas. Vale la pena saber que la gente se comportará de manera consistente con aquellas leyes que se condicen con sus preferencias morales²¹⁶, pero esta conclusión no nos dice nada si en lo que estamos interesados es en examinar los efectos de un derecho libre de sanciones sobre el comportamiento humano y la toma de decisiones.

Si entonces buscamos distinguir entre la moralmente motivada consistencia con el derecho y el comportamiento motivado por el derecho, hay otro aspecto de la investigación de Tyler que parece inicialmente más fructífero. Se trata de su conclusión de que la percepción de la legitimidad es un factor importante, a pesar de que no es tan importante como la moral en la determinación de la conformidad con el comportamiento acorde a derecho. De manera más específica, Tyler concluye que cuando la probabilidad de sanciones es baja²¹⁷, las creencias de los sujetos acerca de la legitimidad del derecho son más importantes que la amenaza de sanciones para

²¹⁶ Mike HOUGH, Jonathan JACKSON, & Ben BRADFORD, “Legitimacy, Trust and Compliance: An Empirical Test of Procedural Justice Theory Using the European Social Survey”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2234339>.

²¹⁷ Tyler cualifica sus hallazgos al dejar claro que se aplican en general cuando la probabilidad de castigo es baja. TYLER, *Why People Obey the Law*, 22. Pero la cualificación asume que la probabilidad subjetiva de castigo que percibe la gente se condice con la probabilidad objetiva, lo cual puede no ser cierto. En especial cuando las penas son severas, las personas pueden sistemáticamente percibir subjetivamente probabilidades de castigo que son más elevadas que las probabilidades objetivas. En la medida en que esto sea así, la asunción de que la gente no responde a la posibilidad de castigo cuando las probabilidades objetivas son bajas es un error potencialmente generalizado.

la generación de comportamientos consistentes con el derecho²¹⁸. De este modo, una de las conclusiones secundarias de Tyler es que las personas tienden a obedecer el derecho por razones distintas del temor al castigo cuando creen que las leyes son producto de un sistema al que consideran legítimo. Y la legitimidad, sostiene Tyler, es en gran medida una cuestión de regularidad procedimental, oportunidad para la participación ciudadana y tratamiento respetuoso a los ciudadanos por parte de aquellos que constituyen la autoridad. Cuando las personas se sienten respetadas por los funcionarios, cuando pueden pronunciarse acerca de las leyes que las obligan y cuando tales leyes son gestadas a través de métodos abiertos y equitativos, concluye Tyler, estarán más inclinadas a obedecer al derecho sólo porque es el derecho.

Pero considérese ahora las leyes sobre las que se enfoca predominantemente Tyler: primariamente, las prohibiciones menores del derecho penal, tales como la de hurtar, tirar basura en la vía pública o hacer ruidos excesivos y las leyes que regulan la conducción y el estacionamiento de automóviles²¹⁹. Pero en casi todos los casos en que Tyler encuentra que la gente afirma que acataría el derecho por razones distintas del miedo a las sanciones, las leyes de que se trata son tales que quienes las cumplen probablemente piensan que son buenas leyes, incluso si la aplicación de ellas puede resultarles personalmente desventajosa. Pocas personas que se dedican al hurto piensan que prohibir el hurto sea una mala idea, y lo mismo sucede respecto de las leyes en contra de los ruidos excesivos, la basura en la vía pública, el exceso de velocidad y hasta el estacionamiento

²¹⁸ TYLER, *Why People Obey the Law*, 19-68. HOUGH *et al.*, "Legitimacy, Trust and Compliance...", usando un conjunto de información diferente y enfocado en Europa en lugar de en los Estados Unidos, llegaron a una conclusión diferente, encontrando que la legitimidad, aunque es un determinante significativo del cumplimiento del derecho, es menos determinante que lo que lo son tanto la consistencia con las creencias morales del agente como la percepción que el agente tenga del riesgo de sanciones.

²¹⁹ TYLER, *Why People Obey the Law*, 41-43, 187-190.

por encima de cierto tiempo establecido. Las personas que violan estas leyes no creen que las sociedades no debieran tenerlas, sino sólo que es ventajoso para ellas en algún momento en particular infringir alguna que en abstracto les parece buena o necesaria. Y así resulta que las personas que afirman acatar leyes que creen que han sido promulgadas legítimamente están también acatando leyes que creen que son buenas. Y una vez más, no es claro que el derecho *qua* derecho esté jugando algún rol causal en ello. Si una percepción de legitimidad incrementa la probabilidad de que la gente vaya a obedecer las leyes que cree que son buenas pero que le representa personalmente un “costo”, hemos aprendido algo sobre el cumplimiento pero poco sobre la medida en la que el sólo hecho de que ciertas reglas sean jurídicas llevará a la gente a cumplir esas reglas si piensa que están mal y no meramente que son de cumplimiento costoso, frustrante o inconveniente. O, por decirlo de modo diferente: no hemos aprendido nada acerca de la inclinación de la gente por deferir al derecho los juicios sobre la corrección e incorrección de cursos de acción si nuestro campo visual está limitado a personas que están de acuerdo con el juicio hecho por el derecho pero que de todos modos prefieren hacer lo que admiten que está mal pero que las beneficiará personalmente²²⁰.

Es más promisoría la pregunta de la encuesta de Tyler²²¹ por la que se busca saber si los encuestados están de acuerdo o en des-

²²⁰ Véase Elizabeth MULLEN & Janice NADLER, “Moral Spillovers: The Effect of Moral Violations on Deviant Behavior”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 44 (2008), 1239-1245; Linda J. SKITKA, Christopher W. BAYMAN, & Brad L. LYTLE, “The Limits of Legitimacy: Moral and Religious Convictions as Constraints on Deference to Authority”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 97 (2009), 567-578; Linda J. SKITKA & Elizabeth MULLEN, “Moral Convictions Often Override Concerns about Procedural Fairness: A Reply to Napier and Tyler”, *Social Justice Research*, 21 (2008), 529-546.

²²¹ La metodología predominante de Tyler es la encuesta, más que la experimentación. Las encuestas son con frecuencia valiosas, pero pueden serlo menos cuando a la gente se le pide que responda sobre su inclinación a involucrarse en comportamientos que

acuerdo con la frase “Las personas deberían obedecer al derecho incluso si éste va en contra de lo que ellas creen correcto”²²². Al respecto, el 33% de los encuestados estuvo fuertemente de acuerdo, el 52% de acuerdo y el restante 15% estuvo en desacuerdo o en desacuerdo fuerte²²³. Si hemos de creer en estas respuestas, parece que mucha gente está dispuesta a obedecer al derecho sólo porque es el derecho incluso cuando crea que las leyes son poco felices²²⁴.

Sin embargo, aunque esta pregunta está orientada a saber si la gente obedecerá las leyes con las que está en desacuerdo, sigue habiendo un problema, porque la pregunta no excluye la posibilidad de la reacción a sanciones. La investigación de Tyler indica que, al menos respecto de bajos niveles de aplicación coactiva, el miedo a las sanciones no es una motivación para el cumplimiento tan fuerte como la creencia en lo malo de cierto acto o la creencia en la legitimidad del derecho. Pero sin excluir a las sanciones de las abstractas frases alusivas a la disposición a cumplir las leyes que uno cree que están mal no podemos arribar a conclusiones fuertes acerca de la medida en que el derecho libre de sanciones, *qua* derecho, provee a la gente de una razón para evitar embarcarse en comportamientos que, dejando de lado el derecho, habría considerado deseable²²⁵.

cree que son socialmente bien evaluados, tales como la obediencia al derecho. En tales casos, la profesa disposición al cumplimiento puede ser, tal como se trata más abajo, un indicador poco confiable del cumplimiento efectivo.

²²² TYLER, *Why People Obey the Law*, Tabla 4.4 (46).

²²³ *Ibid.*, 45-46.

²²⁴ Jonathan JACKSON *et al.*, “Why Do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions”, *British Journal of Criminology*, 52 (2012), 1051-1071.

²²⁵ Para una conclusión similar, véase Leslie GREEN, “Who Believes in Political Obligation?”, en John T. Sanders & Jan Narveson, eds., *For and against the State: New Philosophical Readings* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1996), 1-17, en 10-14.

Esto no quiere decir que en este sentido la investigación sea carente de valor. Muchas leyes sí se condicen con las decisiones de las personas acerca de qué hacer, con independencia del derecho, y aplicar esas leyes en contra de quienes se desvían de ellas es importante. E igualmente lo es aplicar esas leyes frente a la existencia de intereses personales en el incumplimiento. Si una percepción de la legitimidad incrementará los niveles de cumplimiento bajo dichas circunstancias, se trata de una herramienta valiosa para propósitos de diseño de políticas públicas. Pero nuestro interés aquí yace en si, no habiendo sanciones, el hecho mismo del derecho marca una diferencia en el razonamiento y en el proceso de toma de decisiones de la gente común. Para este propósito, la investigación de Tyler provee algo de apoyo para la conclusión de que la legitimidad hace una diferencia, pero también brinda apoyo a la conclusión de que el nivel de cumplimiento de las leyes con las que la gente está en desacuerdo, permanece muy bajo si no hay sanciones de por medio. Al menos, la investigación aporta cuanto mucho una evidencia débil para la tesis empírica que Hart y otros han encontrado tan importante: que un significativo número de personas desconcertadas toman el nudo hecho de que una norma sea jurídica como una razón para la acción o razón para la decisión, esto es, que acatan el derecho sólo porque es el derecho.

5.2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL EFECTO DEL DERECHO

Tal y como se dijo más arriba²²⁶, un conjunto de investigaciones que se viene formando desde hace ya un buen tiempo encuentra que la gente actúa de ordinario por razones distintas del autointerés²²⁷. A menudo dice la verdad aunque la beneficiaría mentir.

²²⁶ TYLER, "Beyond Self-Interest...", 45.

²²⁷ Véase, por ejemplo, Ernest Q. CAMPBELL, "The Internalization of Moral Norms", *Sociometry*, 27 (1964), 391-412; Ernst FEHR & Urs FISCHBACHER, "The Nature of Human Altruism", *Nature*, 425 (2003), 785-791; Ernst FEHR & Urs FISCHBACHER,

Ayuda a desconocidos en situaciones de necesidad incluso cuando ello resulta costoso. No se queda con pertenencias de otros ni siquiera cuando no hay posibilidad de que la detecten. Y de muchas otras maneras, por decirlo con las palabras de Spike Lee*, “hace lo correcto”²²⁸. Además, aun cuando el autointerés en sentido amplio predomina, sabemos a partir de la investigación sobre acción colectiva y comportamientos cooperativos y de coordinación que los individuos frecuentemente realizarán actos autonegatorios a corto plazo con el fin de cosechar los beneficios de la acción coordinada a más largo plazo²²⁹.

Hay numerosas explicaciones, en competición o solapadas, de por qué las personas parecen frecuentemente, aunque no siempre, dejar de lado su interés propio al servicio de valores morales o de otro tipo. Según algunas teorías, mucho del comportamiento moral se explica por ciertas intuiciones morales²³⁰. Otras teorías enfatizan que el comportamiento moral es una función de la internaliza-

“Social Norms and Human Cooperation”, *Trends in Cognitive Sciences*, 8 (2004), 185-190. Una comprehensiva colección de perspectivas se puede encontrar en Walter Sinnott-Armstrong, ed., *Moral Psychology* (Cambridge, MA: MIT Press, 2007).

* N.T.: Aquí el autor cita el nombre de una película de 1989 escrita, dirigida, producida y protagonizada por Spike Lee, *Do the Right Thing*. En castellano la película apareció en algunos países como “Haz lo que debas” y en otros como “Haz lo correcto”. La frase original en inglés, según el contexto, puede ser utilizada en modo imperativo —tal como las traducciones oficiales del filme— o en modo indicativo, que es como lo usa Schauer en este contexto.

²²⁸ Spike Lee (productor, guionista y director), *Do the Right Thing* (Universal Pictures, 1989).

²²⁹ Véase Robert M. AXELROD, *The Evolution of Cooperation* (New York: Basic Books, 1984); Elinor OSTROM, “Collective Action and the Evolution of Social Norms”, *Journal of Economic Perspectives*, 14 (2000), 137-158. Véase también James ANDREONI, William T. HARBAUGH, & Lise VESTERLUND, “The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation”, *American Economic Review*, 93 (2003), 893-902.

²³⁰ Fiery CUSHMAN, Liane YOUNG, & Marc HAUSER, “The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgments: Testing Three Principles of Harm”, *Psychological Science*, 17 (2006), 1082-1089.

ción de ciertas normas y expectativas sociales²³¹. Otras atribuyen el comportamiento moral no autoindulgente a la manera en que la moralidad y el altruismo nos hacen sentir mejor con nosotros mismos y con ello actuar en nuestro propio bien de un modo más profundo²³². Y todavía otros se ven atraídos por explicaciones freudianas²³³, evolucionistas²³⁴ o neurocientíficas del comportamiento moral, altruista, y genuinamente cooperativo²³⁵. Pero cualquiera sea la causa más profunda, parece claro que el comportamiento no autoindulgente es a menudo una motivación significativa de la acción humana.

La relevancia de esta conclusión es que resulta un error tomar a la acción humana como basada o bien en el autointerés o bien en el derecho. Establecer esta falsa dicotomía entre el derecho y el autointerés fue un error de Tyler. Y, aun antes, fue también un error de Hart. Al enmarcar la cuestión de la obediencia como una oposición entre el hombre malo —que se preocupa sólo por su propio interés— y el hombre desconcertado —que quiere saber qué dice el derecho para poder acatarlo— Hart ignoró a la persona moral: la persona que actúa por razones distintas del autointerés

²³¹ Véase Alan Page FISKE & Philip E. TETLOCK, “Taboo Trade-offs: Reactions to Transactions that Transgress the Spheres of Justice”, *Political Psychology*, 18 (1997), 255-297.

²³² Véase Karl AQUINO & Americus REED II, “The Self-Importance of Moral Identity”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 83 (2002), 1423-1440.

²³³ Por ejemplo, CAMPBELL, “The Internalization of Moral Norms”.

²³⁴ Véase W. D. HAMILTON, “The Genetical Evolution of Social Behavior”, *Journal of Theoretical Biology*, 7 (1964), 1-52; Kalle PARVINEN, “Joint Evolution of Altruistic Cooperation in a Metapopulation of Small Local Populations”, *Theoretical Population Biology*, 85 (2013), 12-19.

²³⁵ Véase Joshua D. GREENE *et al.*, “An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment”, *Science*, 293 (2001), 2105-2108; Joshua D. GREENE *et al.*, “The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment”, *Neuron*, 44 (2004), 389-400; Dominique J.-F. de QUERVAIN *et al.*, “The Neural Basis of Altruistic Punishment”, *Science*, 305 (2004), 1254-1258.

pero que no necesita de las motivaciones, prescripciones o instrucciones del derecho para hacerlo de ese modo.

Si las personas actúan a menudo por razones no autointeresadas, la investigación acerca del efecto del derecho requiere entonces que distingamos las razones para la acción producidas por el derecho no sólo de las razones autointeresadas sino también de las razones morales independientes del derecho. Dado que la gente en ocasiones actúa moralmente por razones distintas tanto del interés propio como del derecho, necesitamos saber qué es lo que el derecho añade a la ecuación, si es que añade algo. Más precisamente, necesitamos saber no sólo qué es lo que hace la gente cuando el derecho está en conflicto con su propio interés sino también, lo que es a menudo más importante, qué es lo que hace la gente cuando el derecho está en conflicto con su mejor juicio, consideradas todas las cosas excepto el derecho mismo. La pregunta ahora es si las personas, cuando han alcanzado este juicio consideradas todas las cosas excepto el derecho, someterán *ese* juicio a las prescripciones del derecho, al margen de las sanciones. ¿Harán las personas lo que creen que está mal (o que es tonto, carente de sentido, implausible, inmoral, imprudente, insensato, etc.) sólo por causa del derecho y sin tener en cuenta la amenaza de sanciones?²³⁶

La persona desconcertada de Hart es entonces alguien que acata el derecho simplemente porque es el derecho y aun cuando lo que éste le exige no sólo no parece ir de acuerdo con sus intereses sino que es también contrario a su juicio actual. Hay una razón por la que los filósofos que intentan resolver este asunto se ven

²³⁶ La falta de atención a esta distinción importuna a gran parte de la literatura sobre el cumplimiento del derecho internacional, que a menudo no consigue distinguir los actos nacionales consistentes con el derecho internacional de los actos nacionales causados, al menos en parte, por éste. El asunto es tratado en George W. DOWNS, David M. ROCKE, & Peter N. BARSOOM, "Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation?", *International Organization*, 50 (1996), 379-406.

inclinados a imaginar letreros de “Stop” en el medio del desierto²³⁷, y es que el ejemplo crea una situación en la que la probabilidad de aprehensión y castigo es cercana a cero y en la que actuar de acuerdo con el derecho parece carecer de sentido. El ejemplo es artificial, pero presenta el asunto claramente y captura, como veremos, un espectro bastante amplio de circunstancias del mundo real en las que lo que el derecho ordena difiere de lo que quienes le están sujetos harían de otro modo y en las que la probabilidad de sanción es nimia. Es en tales circunstancias en donde Hart supuso que las personas desconcertadas probablemente acatarían el derecho, o al menos se tomarían el derecho como una razón para la acción en ocasiones dispositiva. Y es respecto de dichas circunstancias que se presenta la pregunta por la obediencia al derecho *qua* derecho, con independencia de toda sanción.

Formular una pregunta no es responderla. Pero formularla de la manera apropiada nos conduce en la dirección correcta y nos evita desviaciones equivocadas. Más específicamente, la pregunta correctamente formulada acerca de la obediencia al derecho nos dirige a la investigación centrada precisamente en cómo se comporta y decide la gente cuando el mejor análisis que puede hacer, consideradas todas las cosas, le indica un curso de acción o decisión mientras que el derecho le indica otro. Por momentos esta divergencia reflejará la creencia de alguno en que el derecho está errado moralmente o de otro modo, como sucede con las ahora comunes creencias acerca de las leyes que restringen el consumo de marihuana y otras así llamadas drogas blandas, o con las leyes que prohíben varias prácticas sexuales que están en conflicto con nociones morales de la actual mayoría de personas. En otras ocasiones la gente cree que los mandatos jurídicos están errados no porque el derecho por entero esté, en su opinión, equivocado, sino porque un orden jurídico entero parece, en virtud

²³⁷ Véase por ejemplo Donald H. REGAN, “Law’s Halo”, en Jules Coleman & Ellen Frankel Paul, eds., *Philosophy and Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1987), 15-30.

de su generalidad, haber producido un mal resultado en una ocasión particular²³⁸. La mayoría de quienes infringen normas de tránsito, por ejemplo, no objetan las normas de tránsito como tales, ni siquiera las normas particulares que violan. En lugar de ello, creen que las normas de tránsito indican un mal o absurdo resultado en alguna ocasión puntual, justo como sucede con un límite de velocidad que parece demasiado bajo en una mañana de domingo clara, despejada y libre de tráfico, o con el letrero de “No avanzar” que exige a los peatones que esperen en cierta esquina aun cuando no hay ningún coche acercándose, hasta donde llega la vista.

Sea por la creencia de que un derecho está por entero errado o sólo la de que un genéricamente buen orden jurídico produciría un mal resultado en ciertas circunstancias, la gente a menudo enfrenta situaciones en las que su mejor juicio, consideradas todas las cosas excepto el derecho, indica un curso de acción distinto del que éste indica. Es en dichos casos en que Hart y Tyler, entre otros, creen que mucha gente acatará las indicaciones del derecho aun sin mediar sanciones. Pero ni las investigaciones disponibles

²³⁸ El derecho es necesariamente general, y en virtud de su generalidad ocasionará inevitablemente resultados erróneos en algunas oportunidades. Aristóteles fue el primero en capturar la idea y sostuvo que la equidad era el necesario método de “rectificación” de los errores ocasionados por la intrínseca imprecisión de las reglas generales y del derecho en general. Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, tr. J. A. K. Thomson (Harmondsworth, UK: Penguin, 1977), ¶1137a-b. Véase también su *The “Art” of Rhetoric*, tr. John Henry Freese (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1947), ¶1374a, donde dice que “la equidad, aunque justa y mejor que algún otro tipo de justicia, no es mejor que la justicia absoluta, sólo es mejor que el error debido a la generalización”. Para un análisis histórico, exegético y jurídico de la equidad según Aristóteles, véase John Triantaphyllopoulos, “Aristotle’s Equity”, en Alfred Mordechai Rabello, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem, 1997), 12-22. Sobre el problema de los errores generados por las reglas, véase Frederick SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), 27-54; Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991), *passim*.

ni la observación ordinaria parecen ofrecer virtualmente apoyo alguno a sus conclusiones.

Para ser más específicos, hay muy poca investigación empírica disponible que se enfoque directamente en la cuestión de si la gente obedece al derecho, al margen de las sanciones y de sus propias opiniones, simplemente porque se trate del derecho. Y la investigación que hay parece más consistente con la conclusión de que el derecho hace poca diferencia bajo tales condiciones que con la conclusión opuesta: que añadir el derecho al proceso de toma de decisiones marca una sustancial diferencia, al margen de las sanciones que el derecho pueda tener a su disposición. Desde luego, hay una diferencia entre la falta de apoyo para una conclusión y el apoyo para la conclusión opuesta. En este caso, sin embargo, parece haber poco en favor de la conclusión de la influencia del derecho con independencia de las sanciones y algo de apoyo, aunque débil, para la conclusión de la no influencia del derecho con independencia de sanciones.

Así, en un estudio los investigadores preguntaron a un grupo de sujetos si, actuando como profesores, violarían una regla (que en este contexto puede ser equivalente al derecho) que ordene la calificación a ciegas de los trabajos de sus alumnos, cuando el acatamiento de dicha regla fuese a producir injusticias. Y aunque los sujetos declararon tener actitudes generales en favor de la adherencia a la regla frente a la obtención de buenos resultados independientes de la regla, dichas actitudes generales se marchitaron frente a un ejemplo concreto. Cuando se les dio un ejemplo concreto en oposición a la pregunta por su opinión en abstracto, los sujetos prefirieron el resultado bueno frente al que se produciría por el acatamiento de la regla. Y esto no sucedió sólo con legos, sino también con estudiantes de derecho y abogados²³⁹. Los estu-

²³⁹ N. J. SCHWEITZER *et al.*, "The Effect of Legal Training on Judgments of Rule of Law Violations", trabajo presentado ante a la American Psychology-Law Association,

diantes de derecho y abogados estuvieron un tanto más inclinados al seguimiento de la regla aun cuando produjera lo que consideraban un resultado injusto, pero los sujetos en todas las categorías tomaron su propia opinión acerca de la justicia del resultado como más importante que el acatamiento de lo que percibían que era la normativa que regulaba el caso. De manera que este particular estudio —sólo un estudio, por supuesto— no sólo sugirió que puede haber menos acatamiento del derecho por el sólo hecho de tratarse del derecho que lo que otros han supuesto, sino también que las actitudes abstractas acerca de la importancia del seguimiento del derecho pueden ser menos confiables en tanto predictivas del comportamiento de acatamiento que lo que ha asumido una parte de la investigación menos reciente, en particular, la de Tyler.

Otra investigación ha producido resultados similares. En un par de estudios, se encontró a los estudiantes de derecho más dispuestos a tomar decisiones de acuerdo con sus propias preferencias políticas que de acuerdo al derecho, aun cuando éste era claro, cuando se les dieron incentivos para acatar el derecho y aun cuando tendían a creer que sus preferencias políticas no deberían tener y no tenían efecto alguno en sus decisiones jurídicas²⁴⁰. Una vez más, estos estudios indican no sólo que la guía del derecho *qua* derecho prevalece menos que lo muchas veces asumido, sino también que la importancia del derecho en tanto guía del comportamiento es sistemáticamente sobreestimada incluso por los propios decisores. *Pensamos* que el derecho debe ser relevante,

March 5, 2008, disponible en <http://www.allacademic.com/meta/p229442index.html>. En una línea muy similar, véase N. J. SCHWEITZER, Douglas J. Sylvester, & Michael J. Saks, "Rule Violations and the Rule of Law: A Factorial Survey of Public Attitudes", *DePaul Law Review*, 56 (2007), 615-636.

²⁴⁰ Joshua R. FURGESON, Linda BABCOCK, & Peter M. SHANE, "Behind the Mask of Method: Political Orientation and Constitutional Interpretive Preferences", *Law & Human Behavior*, 32 (2008), 502-510; Joshua R. FURGESON, Linda BABCOCK, & Peter M. SHANE, "Do a Law's Policy Implications Affect Beliefs about Its Constitutionality? An Experimental Test", *Law & Human Behavior*, 32 (2008), 219-227.

y por ende pensamos que el derecho *es* relevante, pero de hecho puede ser menos relevante de lo que pensamos, al menos cuando nuestros juicios independientes del derecho son inconsistentes con los de éste y cuando la fuerza, la coerción y las sanciones son removidas de la ecuación.

Estas conclusiones no debieran resultar sorprendentes. Sabemos que las preferencias influyen sobre los juicios, fenómeno que los psicólogos denominan a veces “razonamiento motivado” [*motivated reasoning*]²⁴¹ y a veces “sesgo de autoconfirmación”* [*myside bias*]²⁴². Y la aplicación más específica de este fenómeno es la tendencia de los decisores jurídicos, incluyendo a las personas ordinarias cuando deciden si el derecho constriñe sus acciones, a entender e interpretar el derecho a la luz de los resultados que prefieren²⁴³. En efecto, esta era la tesis central de los realistas jurí-

²⁴¹ Ziva KUNDA, “The Case for Motivated Reasoning”, *Psychological Bulletin*, 108 (1990), 489-498. Una aplicación jurídica destacada es la de Dan M. KAHAN, “Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 126 (2011), 1-77. Un buen tratamiento del razonamiento motivado puede también encontrarse en Peter H. DITTO, David A. PIZARRO, & David TANNENBAUM, “Motivated Moral Reasoning”, *Psychology of Learning and Motivation*, 50 (2009), 307-338.

* N.T.: No es del todo claro que estas nociones, aparentemente cultivadas primero en la literatura psicológica en habla inglesa, tengan traducciones unívocas al castellano que estén completamente asentadas. En particular, la noción de *myside bias* parece ser traducida, con similares frecuencias, como *sesgo de autoconfirmación*, como *propio sesgo*, o como *inclinación hacia mi lado*.

²⁴² Véase Keith E. STANOVICH & Richard F. WEST, “On the Failure of Intelligence to Predict Myside Bias and One-Side Bias”, *Thinking & Reasoning*, 14 (2008), 129-167; Keith E. STANOVICH & Richard F. WEST, “Natural Myside Bias Is Independent of Cognitive Ability”, *Thinking & Reasoning*, 13 (2007), 225-247; Keith E. STANOVICH, Richard F. WEST, & Maggie E. TOPLAK, “Myside Bias, Rational Thinking, and Intelligence”, *Current Directions in Psychological Science*, 22 (2013), 259-264.

²⁴³ Véase Eileen BRAMAN, *Law, Politics, and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning* (Charlottesville, VA: University of Virginia Press, 2009); Linda BABCOCK & Joshua FURGESON, “Legal Interpretations and Intuitions of Public Policy”, en Jon Hanson, ed., *Ideology, Psychology, and Law* (New York: Oxford University Press, 2012), 684-704; Linda BABCOCK & Joshua FURGESON, “Experimental Research on the

dicos norteamericanos, que sostenían que los jueces a menudo, tal vez usualmente, entendían e interpretaban el derecho a la luz de sus preferencias no jurídicamente determinadas²⁴⁴. Y aunque con frecuencia las conclusiones de los realistas no estaban respaldadas por suficiente investigación y eran exageradas, la investigación subsiguiente ha confirmado al menos algunas de las ideas básicas del realismo acerca de cómo los jueces perciben y ubican el derecho a la luz de los resultados que ellos mismos prefieren²⁴⁵. De este modo, en la medida en que incluso abogados y jueces frecuentemente identifican o interpretan el derecho en maneras que producen los resultados que ellos prefieren, debería constituir poca sorpresa que la gente en general haga lo mismo²⁴⁶. Sabemos, por ejemplo, que los

Psychology of Disputes”, en Jennifer Arlen, ed., *Research Handbook on the Economics of Torts* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013). El mismo fenómeno parece darse respecto de las normas no jurídicas. Cristina BICCHIERI & Alex K. CHAVEZ, “Norm Manipulation, Norm Evasion: Experimental Evidence”, *Economics and Philosophy*, 29 (2013), 175-198.

²⁴⁴ El realismo jurídico tiene muchas dimensiones, pero el foco en las opiniones y justificaciones judiciales como racionalizaciones basadas en el derecho para decisiones tomadas sobre bases no jurídicas es fundamentalmente asociada con, *inter alia*, Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* (New York: Brentano’s, 1930); Joseph C. HUTCHESON JR., “The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, *Cornell Law Quarterly*, 14 (1929), 274-288; Herman OLIPHANT, “A Return to Stare Decisis”, *American Bar Association Journal*, 14 (1928), 71-076, 107, 159-162. Esta comprensión del realismo jurídico es compartida por Brian Leiter, quien lo analiza y relaciona con debates contemporáneos en la teoría del derecho en Brian LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (New York: Oxford University Press, 2007). Véase también Frederick SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009), 124-147; Frederick SCHAUER, “Editor’s Introduction”, en Karl N. LLEWELLYN, *The Theory of Rules*, Frederick Schauer, ed. (Chicago, IL: University of Chicago Press, 2011), 1-28; Frederick SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, *Texas Law Review*, 91 (2013), 749-780.

²⁴⁵ Véase Duncan KENNEDY, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Studies*, 36 (1986), 518-562.

²⁴⁶ Saul M. KASSIN & Samuel R. SOMMERS, “Inadmissible Testimony, Instructions to Disregard, and the Jury: Substantive Versus Procedural Considerations”, *Personality & Social Psychology Bulletin*, 25 (1997), 1046-1054.

jurados legos usualmente prefieren la decisión que perciben como correcta en lugar de la ordenada jurídicamente cuando ambas están en conflicto entre sí²⁴⁷. Y así, en la medida en que tanto legos como personas con formación jurídica tratan al derecho como algo menos importante que sus propios juicios al margen del derecho mismo, el fundamento empírico de la noción según la cual el derecho, sin coerción, opera como una restricción externa sobre los cursos de acción preferidos por la gente, se ve todavía más restringido.

Por cierto, cuando pasamos de la investigación experimental a la información sobre el cumplimiento de hecho de los preceptos jurídicos, encontramos apoyo sustancial para la hipótesis de que el derecho no respaldado por la fuerza que no se condice con las preferencias y juicios, independientes del propio derecho, de la gente (incluidos los juicios morales), es a menudo inefectivo. Por ejemplo, antes de que los ordenadores facilitaran el proceso de localización de quienes no se presentaban en los tribunales en respuesta a citaciones por infracciones de tránsito, el promedio de incomparecencia era del 60%, aun cuando el “mandato” jurídico en tales casos estaba dirigido a una persona particular para que realizara el acto, también particular, de presentarse frente al tribunal²⁴⁸. Lo mismo puede decirse a grandes rasgos sobre las personas que son individualmente llamadas a cumplir deberes de jurados, donde los promedios de cumplimiento en ausencia de estrictas sanciones han sido encontrados hasta tan bajo como el 20% y a menudo están en un rango de entre el 30% y el 50%²⁴⁹. De ma-

²⁴⁷ Gran parte de la investigación ha sido realizada en el contexto del uso de evidencia epistémicamente relevante pero jurídicamente inadmisibles. Un útil repaso es el de Nancy STEBLAY, Harmon N. HOSCH, Scott E. CULHANE, & Adam McWETHY, “The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence”, *Law & Human Behavior*, 30 (2006), 469-492.

²⁴⁸ *Associated Press Story*, december 5, 1967. Dato publicado en numerosos periódicos, incluido el *Kentucky New Era*.

²⁴⁹ *Associated Press Story* (por Joann Loviglio), august 11, 2001. Dato publicado en numerosos periódicos, incluido el *Topeka Capital-Journal*.

nera similar, el promedio de incumplimiento con los medidores de estacionamiento en San Francisco era del 40% en 2007²⁵⁰ y los informes oficiales indican que los porcentajes de cumplimiento con las licencias obligatorias para tener mascotas en New York, New Jersey y Pennsylvania están por debajo del 20% en licencias para perros y, al menos en New York, alrededor del 3% en licencias para gatos²⁵¹. En Australia, el incumplimiento de leyes respecto del Carril de Alta Ocupación para Vehículos era de un 90% sin la aplicación de sanciones y fue estimado por sobre el 50% en los Estados Unidos²⁵². De forma parecida, la evasión del pago de tarifas en ciudades y países con el así llamado sistema honorífico de cobro de tarifas del transporte público, ha sido reportada con niveles igualmente elevados²⁵³. El cumplimiento de las normas que obligan al uso de casco al conducir motocicletas en Jamaica ha sido estimado en un 6%²⁵⁴, y un estudio ha descubierto que en circunstancias de baja aplicación de sanciones, el grado de cumplimiento de una ley que prohíbe la venta de tabaco a menores de edad en

²⁵⁰ *San Francisco Chronicle*, may 9, 2007.

²⁵¹ Véase la Audiencia del Comité de Salud del Concejo de la Ciudad de New York sobre una ordenanza acerca del incremento de la tasa de recargo para las licencias para perros, [*New York City Council Health Committee on a Bill to Increase the Dog Licensing Surcharge Fee*], december 17, 2010, en www.shelterreform.org/2010DecHealthMetting.html; reporte del presidente del distrito de Manhattan, www.mbpo.org/re;ease_details.asp?id=2029 (2006).

²⁵² Lior Jacob STAHELEVITZ, "How Changes in Property Regimes Influence Social Norms: Commodifying California's Carpool Lanes", *Indiana Law Journal*, 75 (2000), 1231-1294, en 1242, n. 52.

²⁵³ Cuando el municipio de Los Angeles, por ejemplo, intentó operar su sistema de metro sin el refuerzo activo de la normativa que requiere el pago de una tarifa, la mayoría de gente dejó de pagar, ocasionando que la autoridad de tránsito abandonara el "experimento" e instalara molinetes. Véase "La Subway Installs First Turnstiles", *Boston Globe*, may 4, 2013, A2. Véase también Ronald V. CLARKE, Stephane CONTRE, & Gohar PETROSSIAN, "Deterrence and Fare Evasion: Results of a Natural Experiment", *Security Journal*, 23 (2010), 5-17.

²⁵⁴ www.pulitzercenter.org/reporting/roads-kill-worldwide-quick-facts-fatality-driver-automobile-accident-intoxicant-enforcement.

Hong Kong estaba debajo del 19%²⁵⁵. Más recientemente, la ley de California que restringe la venta de marihuana y su uso sólo para casos de prescripción médica es ampliamente ignorada, y el *New York Times*, describe contundentemente la despreocupación por esa ley como algo que crea “pocos problemas”, presumiblemente por la asunción de que la falta de cumplimiento del derecho no es problemática en sí misma²⁵⁶.

Una gran cantidad de información interesante proviene de estudios sobre el cumplimiento de leyes tributarias. En la literatura sobre el cumplimiento tributario hay una tendencia desafortunada a referirse a las declaraciones y pagos impositivos que hace el contribuyente como “voluntarios” para distinguirlos de los pagos simultáneos a la percepción del ingreso [*point-of-income payments*], tales como la práctica común (y exigida) de la retención de impuestos en el pago de salarios²⁵⁷. Pero no declarar un ingreso es delito, del mismo modo en que es delito no pagar, intencionalmente, un impuesto debido. Inclusive, cuando el nivel de culpabilidad no alcanza para la comisión del delito, el pago incompleto de impuestos a menudo acarrea sustanciosas sanciones administrativas o civiles. Como resultado de esto, el así llamado cumplimiento tributario voluntario es sólo voluntario en el mismo sentido en el que alguien conduce voluntariamente un automóvil por debajo del límite de velocidad porque prefiere no ser detenido por la policía y tener que pagar una multa, o en el mismo sentido en que puede decirse que ha actuado voluntariamente quien queriendo robar finalmente

²⁵⁵ Ming-yue KAN & Maggie LAU, “Tobacco Compliance in Hong Kong”, *Nicotine and Tobacco Research*, 10 (2008), 337-340; Ming-yue KAN & Maggie LAU, “Minor Access Control in Hong Kong under the Framework Convention on Tobacco Control”, *Health Policy*, 95 (2010), 204-210.

²⁵⁶ Adam NAGOURNEY & Rick LYMAN, “Few Problems with Cannabis for California”, *New York Times*, october 27, 2013, 1.

²⁵⁷ La engañosa naturaleza de la palabra “voluntario” en el contexto tributario es notada por Leandra Lederman, “Tax Compliance and the Reformed IRS”, *Kansas Law Review*, 51 (2003), 971-1011.

se abstiene de hacerlo para evitar ser encarcelado. Puede ser cierto que alguien que elige cumplir en lugar de ser castigado ha realizado una elección voluntaria en algún sentido, pero describir un acto de cumplimiento bajo la amenaza de castigo como voluntario es inconsistente con nuestra comprensión ordinaria de la voluntariedad e incompatible con el esfuerzo que aquí estamos haciendo por enfocarnos en las dimensiones coercitivas del derecho.

Cuando dejamos de lado las connotaciones de la palabra “voluntario” que llevan a confusión, descubrimos que el cumplimiento de las normas tributarias genuinamente ajeno a la coerción dista de ser algo común²⁵⁸. En los Estados Unidos, muchas formas de ingresos son declaradas directamente a las autoridades fiscales federales por un tercero encargado del pago (como sucede con los empleadores), lo que disminuye las oportunidades de evasión. Pero para los ingresos que no son ni retenidos ni directamente declarados de esta manera —ingresos, como se dice, no sujetos a declaración— y con ello, ingresos cuya existencia es conocida primariamente sólo por el contribuyente, las estimaciones del rango de incumplimiento van desde el 50% hacia arriba (el Servicio de Recaudación de Impuestos Internos [*Internal Revenue Service*] estimó un 54% en 2007), y esto bajo circunstancias en las que los contribuyentes saben que no declarar es un delito severamente castigado. Sin perjuicio de que los promedios de cumplimiento tri-

²⁵⁸ Mucho de lo que sigue proviene del Servicio de Impuestos Internos: Internal Revenue Service Release IR-2012-4 (January 6, 2012) (“IRS Releases New Tax Gap Estimates”); Internal Revenue Service Report GAO/T-66D-97-35 (1997) (“Taxpayer Compliance: Analyzing the Nature of the Income Tax Gap”); Maurice ALLINGHAM & Agnar SANDMO, “Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis”, *Journal of Public Economics*, 1 (1972), 323-338; Internal Revenue Service, “Reducing the Federal Tax Gap: A Report on Improving Voluntary Compliance” (2007); James ANDREONI, Brian ERARD, & Jonathan FEINSTEIN, “Tax Compliance”, *Journal of Economic Literature*, 36 (1998), 818-860; Charles CLOTFELTER, “Tax Evasion and Tax Rates: An Analysis of Individual Returns”, *Review of Economics and Statistics*, 65 (1983), 363-373; Lederman, “Tax Compliance...”.

butario varían en gran manera de un país a otro, estas cifras tienen poco de atípico a nivel internacional²⁵⁹. De hecho, la información de los Estados Unidos, donde el grado de cumplimiento se tiene por más alto que en muchos otros países, sugiere que la obediencia a las leyes tributarias verdaderamente no generada por la coerción y las amenazas es mucho más excepcional que lo que pretendería mostrar la imagen de la persona desconcertada.

Este conjunto de estudios y reportes ofrece un apoyo considerable a la conclusión de que cuando las sanciones son eliminadas de la ecuación, y cuando las normas en cuestión no se condicionan con el sentido predominante e independiente del derecho que la gente tiene sobre qué debe hacer, el cumplimiento del derecho sólo porque de éste se trata es algo mucho menos extendido que lo que asumen Hart, con su referencia a la persona desconcertada, y Tyler, con su presuposición de que la gente *efectivamente* obedece el derecho. En efecto, resulta particularmente instructivo observar cuidadosamente la referencia de Tyler al “comportamiento acorde a derecho”. El comportamiento puede ser acorde a derecho si se correlaciona con el derecho aun si no está causado por éste, y puede ser acorde a derecho si es causado por las sanciones que acompañan a las órdenes jurídicas (o por una percepción de dichas sanciones) y no por la internalización, con independencia de las sanciones, de las normas jurídicas como normas de comportamiento. Pero cuando dejamos de lado las instancias en las que vemos la correlación pero probablemente no la causación, y cuando dejamos de lado las sanciones, lo que nos queda es una tesis empírica sobre la prevalencia de la obediencia al derecho *qua* derecho que parece bastante carente de apoyo en la evidencia disponible.

²⁵⁹ Véase James ALM, “Tax Compliance and Administration”, en *Handbook on Taxation* (New York: Marcel Dekker, 1999); John L. MIKESSELL & Liucija BIRKSYTE, “The Tax Compliance Puzzle: Evidence from Theory and Practice”, *International Journal of Public Administration*, 30 (2007), 1045-1081.

5.3. SOBRE LA OBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

¿Pero qué pasa con Milgram? Entre 1963 y 1974 el psicólogo de Yale, Stanley Milgram, llevó a cabo una serie de ahora notorios experimentos en los cuales se instruía a los sujetos a infligir crecientes cantidades de dolor (a través de choques eléctricos) a varias víctimas, supuestamente como parte de una experimentación acerca del efecto del castigo sobre el aprendizaje²⁶⁰. De hecho, las víctimas no recibían choques eléctricos y el experimento no era sobre el efecto del castigo en el aprendizaje sino sobre la obediencia a la autoridad. Los sujetos, la mayoría de los cuales siguieron las instrucciones de infligir dolor, no sabían esto, sin embargo, al momento de las pruebas. Los experimentos de Milgram han sido así ampliamente citados en apoyo de la conclusión de que las personas obedecerán la autoridad incluso al punto de hacer cosas que no harían de otro modo, que encontrarían inaceptables por razones morales o de otro tipo. Y de manera que no sorprende, mucha gente cree que los experimentos Milgram explican por qué hubieron tantos que ciegamente obedecieron las órdenes de la autoridad para realizar los abominables actos a los que ahora nos referimos como el Holocausto²⁶¹.

²⁶⁰ Stanley MILGRAM, *Obedience to Authority: An Experimental View* (New York: Harper & Row, 1974); Stanley MILGRAM, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", *Human Relations*, 18 (1965), 57-76; Stanley MILGRAM, "Behavioral Study of Obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67 (1963), 371-378. La notoriedad está basada parcialmente en la sustancia de los estudios, parcialmente en las implicaciones de los estudios para la comprensión del Holocausto, y parcialmente en el trauma que se impuso a sus sujetos; este último factor explica por qué es difícil imaginar que tales experimentos puedan ser aprobados hoy en día por una junta revisora institucional. Por cierto, los experimentos Milgram fueron al menos parte de la razón por la que se creó una junta revisora institucionalizada.

²⁶¹ Véase, por ejemplo, Neil LUTSKY, "When Is 'Obedience' Obedience? Conceptual and Historical Commentary", *Journal of Social Issues*, 51 (1995), 55-65; David R. MANDEL, "The Obedience Alibi: Milgram's Account of the Holocaust Reconsidered", *Analyse & Kritik*, 20 (1998), 74-94. Véase también Herbert C. Kelman & V.

Para nuestros presentes propósitos, parece que la lección que podemos extraer de los experimentos Milgram es que la gente hará cosas que una figura de autoridad le diga incluso cuando el juicio propio, con independencia de la autoridad, vaya en contra. Y como el derecho es una práctica autoritativa en la cual éste vindica su facultad de ordenar a quienes le están sujetos que dejen de lado sus propios juicios en favor de los que él mismo formula²⁶², ¿no sugieren entonces los experimentos Milgram que la gente puede ser ciegamente, o al menos presuntivamente, deferente con el derecho en el mismo modo en que lo era con la figura de autoridad en el laboratorio? Dado que nuestra investigación en este punto es empírica, los experimentos Milgram parecen abonar la conclusión de que las personas pueden obedecer una autoridad en el sentido estricto de “obedecer”, y así lo harán. Justo como los sujetos de la prueba parecieron dejar de lado sus propios juicios y sus brújulas morales en favor del seguimiento de las instrucciones del investigador, parecería que lo mismo podría aplicarse a la disposición de la gente a dejar de lado su propio juicio en favor de los mandatos del derecho.

Sin embargo, como han sugerido décadas de comentarios acerca de los experimentos Milgram²⁶³, es muy poco claro que los

Lee Hamilton, *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility* (New Haven, CT: Yale University Press, 1989).

²⁶² Cuando se la entiende como una pretensión de autoridad y no como la existencia efectiva de autoridad justificada, la descripción del texto captura algo del altamente influyente trabajo de Joseph RAZ. Véase, por ejemplo, Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 325-338; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1988); Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 233-249.

²⁶³ Los comentarios al respecto son voluminosos. Véase Arthur G. MILLER, *The Obedience Experiments: A Case Study of Controversy in Social Science* (New York: Praeger, 1986); Thomas BLASS, *The Man Who Shocked the World: The Life and Legacy of Stanley Milgram* (New York: Basic Books, 2004); Thomas BLASS, “Understanding Behavior in the Milgram Obedience Experiment”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 60 (1991), 398-413; Jerry BURGER, “Replicating Milgram: Would People Still Obey

sujetos se entendieran a sí mismos como seguidores de la autoridad, como algo opuesto a estar complaciendo a alguien con quien tenían un contacto cercano o estar participando en un emprendimiento colectivo de pequeña escala. Por cierto, cuando experimentos subsiguientes intentaron aislar la obediencia como tal y con ello excluir varias formas de cooperación interpersonal, se volvió menos nítida la posibilidad de identificar el fenómeno del seguimiento de una figura de autoridad por el sólo hecho de exhibir los adornos de la autoridad o de serlo formalmente²⁶⁴. Cuando menos, la investigación subsiguiente nos previene de extraer demasiado de los experimentos Milgram y de tomarlos como que establecen claramente la disposición de la gente a obedecer a la autoridad simplemente porque es la autoridad.

Así como no debíamos llevar demasiado lejos la lección de los experimentos Milgram, no deberíamos tampoco poner demasiado énfasis en el escepticismo posterior acerca de estos experimentos. Las personas frecuentemente siguen a las autoridades y a menudo consideran las instrucciones y órdenes de éstas como razones válidas para la acción. A veces, por supuesto, esta obediencia se desarrolla a partir del miedo a las sanciones y no es nada inusual que la gente deje de lado su propio juicio en favor de los de sargentos, padres, profesores, sacerdotes, oficiales de policía y otros, simplemente por lo que tales autoridades podrían hacerles de no obedecerlas. Y a veces la obediencia es ciertamente independiente de las sanciones.

Today?”, *American Psychologist*, 64 (2009), 1-11; Steven J. GILBERT, “Another Look at the Milgram Obedience Studies: The Role of the Graded Series of Shocks”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 7 (1981), 690-695; Moti NASSANI, “A Cognitive Reinterpretation of Stanley Milgram’s Observations on Obedience to Authority”, *American Psychologist*, 45 (1990), 1384-1385; Stephen D. REICHER, S. Alexander HASLAM, & Joanne R. SMITH, “Working toward the Experimenter: Reconceptualizing Obedience within the Milgram Paradigm as Identification-Based Followership”, *Perspectives on Psychological Science*, 7 (2012), 315-324; Philip G. ZIMBARDO, “On ‘Obedience to Authority’”, *American Psychologist*, 239 (1974), 566-567.

²⁶⁴ Véase especialmente REICHER *et al.*, “Working toward the Experimenter...”.

Es implausible afirmar que las directivas de padres, profesores y líderes religiosos y políticos, aun si no están respaldadas por amenazas, nunca o rara vez tienen efecto sobre el comportamiento²⁶⁵.

La premisa de que las personas a menudo obedecen a las autoridades, sin embargo, no implica la conclusión de que obedezcan a las autoridades *jurídicas* con la misma frecuencia. Puede que yo confíe en el juicio del sargento pero dude que el derecho tenga sistemáticamente el mismo grado de experiencia o pericia. Puedo obedecer a mis padres por respeto pero no tener el mismo respeto por el derecho. Y puedo comprender que numerosas tareas sociales requieren que alguien esté a cargo sin por ello creer que el derecho sea muy a menudo el mejor candidato para dicho rol. En verdad, la distancia que mantiene el derecho de quienes le están sujetos podría hacer que la obediencia a sus mandatos sea algo menos probable que en algunos de estos otros ejemplos, y la distancia del derecho respecto de quienes le están sujetos podría también hacer más necesario que cuente con sanciones a su disposición que lo que es necesario para sargentos, padres, profesores y capitanes de botes salvavidas. Deslizar esta hipótesis es adelantarse un poco a las cosas, pero al menos a esta altura del argumento es sensato no hacer demasiadas inferencias sobre la obediencia al derecho libre de sanciones a partir de instancias de obediencia en contextos muy diferentes.

²⁶⁵ Gran parte de la investigación se resume en Robert B. CIALDINI & Noah J. GOLDSTEIN, "Social Influence: Compliance and Conformity", *Annual Review of Psychology*, 55 (2004), 591-621. Tal como ejemplifica este artículo, sin embargo, la tendencia de buena parte de la investigación, tal vez todavía influenciada por los experimentos Milgram y la creencia de que el Holocausto fue más el producto de un exceso de obediencia que el de la conformidad voluntaria, ha sido hacia el exceso más que a la insuficiencia de obediencia. Esto es curioso, porque es poco claro que los daños producto del exceso de obediencia, en la sumatoria, sean mayores que los que resultan de la obediencia insuficiente. Claramente, esta conclusión variará con el contexto, pero, de todos modos, parece haber una asunción de fondo, ampliamente acontextual, en gran parte de la investigación, de que el exceso de obediencia es un problema mayor que el de la obediencia insuficiente.

5.4. ¿ES EL DERECHO CAUSA DE LA MORAL?

Una potencial objeción al análisis empírico de las anteriores secciones es que asume una dicotomía falsa entre el derecho y la moral, o entre el derecho y el mejor juicio de alguien, consideradas todas las cosas excepto el derecho mismo. Si la propia idea de “derecho” incluyera un amplio espectro de consideraciones políticas, morales, empíricas y de administración pública, cualquier intento de aislar los efectos de una concepción más estrecha del derecho positivo sería una empresa fundamentalmente desencaminada. Si la categoría de derecho abarcara los factores que he estado suponiendo que componen una decisión independiente del derecho, entonces la distinción entre lo jurídico y lo no jurídico resultaría incoherente.

Esta objeción tiene insinuaciones de la perspectiva de Ronald Dworkin sobre el derecho y su comprensión espaciosa de la categoría de derecho²⁶⁶. Para Dworkin, el derecho en sí mismo es la mejor comprensión interpretativa de un amplio espectro de elementos jurídicos, morales y políticos, y por ende rechaza lo que describe como la inclinación “positivista” de separar un espacio diferenciado para lo jurídico de este más amplio abanico de consideraciones normativas. Consecuentemente, Dworkin incluso encontraría difícil comprender una investigación que parta de la premisa del aislamiento del efecto de una concepción del derecho más estrecha.

Sin embargo, 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

²⁶⁶ Ronald DWORKIN, *Justice in Robes* (Cambridge, MA: Belknap/Harvard University Press, 2008); Ronald DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986); Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977).

los jueces, diseñadores de políticas públicas y el público en general lo que la persona ordinaria y el funcionario ordinario consideran que es derecho: la categoría de materiales ampliamente dominada por leyes, regulaciones, decisiones judiciales, constituciones escritas y dispositivos convencionales de análisis jurídico. Siguiendo a Ruth Gavison, podemos denominar a esta esquemática categoría de materiales “derecho de primer nivel” [*first-stage law*]²⁶⁷. La cuestión de si el derecho de primer nivel es todo el derecho o sólo una parte es interesante e importante, pero no la única interesante e importante. Después de todo, practicantes tan famosos de la desobediencia civil como Henry David Thoreau, Mahatma Gandhi, Bertrand Russell, las Sufragistas y Martin Luther King, embarcados en lo que creyeron eran actos de contravención del derecho existente, comprendieron sus propios actos como violaciones del derecho entendido en una forma más estrecha y concreta. Su pregunta era la de si, y cuándo, el derecho de primer nivel debiera ser infringido al servicio de lo que percibían como una exigencia moral más elevada. Pero sólo captando una categoría tal como la de derecho de primer nivel tiene siquiera sentido su comprensión (y la nuestra) de sus propios actos, porque el conflicto mismo que ellos percibían y articulaban se disuelve si el derecho incluye las cuestiones morales que creían que colisionaban con él²⁶⁸. De este modo, sólo con algo como la categoría de derecho de primer nivel a mano podemos comprender la perspectiva acerca del derecho no sólo de la gente de a pie sino del sistema jurídico mismo. Cuando

²⁶⁷ Ruth GAVISON, “Legal Theory and the Role of Rules”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14 (1991), 727-770, en 740-741. Se encuentra un lenguaje similar en Ruth GAVISON, “Comment”, en Id., ed., *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1987), 21-32, en 29-32.

²⁶⁸ N. W. BARBER, “Legal Realism, Pluralism and Their Challengers”, en Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, eds., *European Legal Method— Towards a New European Legal Realism* (Copenhagen: DJOEF Publishing, 2013).

estamos interesados en si la gente obedece el derecho, requerimos de una comprensión estrecha de éste para darle sentido a la cuestión. Si “derecho” es simplemente la etiqueta que le adjuntamos a un juicio hecho en función de un mucho más grande conjunto de elementos —si obedecer al derecho colapsa con hacer lo correcto— entonces la pregunta por el efecto del derecho sobre las decisiones se vuelve inútil, queda excluida por definición una cuestión que ha persistido al menos desde la muerte de Sócrates²⁶⁹. De modo que, llamemos a esta categoría derecho de primer nivel, derecho positivo, derecho creado por el hombre o de la forma que sea, un problema persistente es el de si la gente debiera actuar, y actúa, de acuerdo con los mandatos de los componentes de dicha categoría. Al menos aquí nos estamos preguntando si esta categoría, en tanto categoría, tiene algún efecto en el comportamiento de las personas y, si es así, cuándo, cómo y por qué.

La objeción más seria relativa a la falsa dicotomía, sin embargo, acepta que hay diferencias importantes entre el derecho y el conjunto de normas morales y sociales no-jurídicas pero afirma que el derecho, incluso en el sentido del estrecho “primer nivel”, tiene un efecto causal sobre lo que la gente cree que requiere la moralidad. Aun apartándonos claramente de la cuestión metaética de qué es en realidad la moral, queda todavía la pregunta por la procedencia de las creencias morales de la gente. Y si el derecho tiene un efecto causal sobre lo que la gente cree que requiere la moral, entonces está potencialmente haciendo un trabajo mayor que el que admitiría una conclusión escéptica acerca del efecto persuasivo del derecho.

La investigación sobre los efectos del derecho en las percepciones acerca de la moral es, nuevamente, variada; lo que no es sorprendente. En las décadas de 1930 y 1940, un grupo de

²⁶⁹ Frederick SCHAUER, “Official Obedience and the Politics of Defining ‘Law’”, *Southern California Law Review*, 86 (2013).

teóricos del derecho, el de los realistas escandinavos, comenzó con el presupuesto, derivado del positivismo lógico a la moda en aquellos tiempos, de que la moral en sí misma era un fenómeno inherentemente subjetivo y enteramente psicológico²⁷⁰. Los positivistas lógicos creían que el propio concepto de moral carecía de significado excepto como brote de las contingentes creencias que era el caso que la gente tenía, y los realistas escandinavos creían que el derecho contribuía significativamente a estas creencias. En resumen, los realistas escandinavos pensaban que los pronunciamientos de los funcionarios públicos bajo formas jurídicas tenían un efecto causal sobre lo que la gente creía correcto e incorrecto.

Los realistas escandinavos no eran científicos sociales sofisticados, y sus conclusiones acerca del efecto causal del derecho sobre las creencias morales eran en gran medida especulaciones, hipótesis, asunciones y tal vez simplemente suposiciones esperanzadas. En los años posteriores, sin embargo, los científicos sociales se han interesado en la cuestión, pero la investigación acerca del efecto del derecho sobre la formación de opiniones permanece inconcluyente²⁷¹. A pesar de que algunos estudios han descubierto que el establecimiento de la ilegalidad de una actividad (por ejemplo, de intentar suicidarse o de arrojar basura en la vía pública) no parece tener efecto sobre el porcentaje de personas que encuentran esa actividad inmoral²⁷², otros han descubierto algún efecto del derecho sobre las creencias morales en el contexto de actos tales como la embriaguez pública y la evitación de suicidios, aunque

²⁷⁰ Para referencias, véase más arriba, capítulo 4, n. 182.

²⁷¹ Kenworthy BILZ & Janice NADLER, "Law, Psychology, and Morality", en Daniel Bartels *et al.*, eds., *Moral Judgment and Decision Making (Psychology of Learning and Motivation*, Vol. 50) (San Diego, CA: Academic Press, 2009), 101-131.

²⁷² Nigel WALKER & Michael ARGYLE, "Does the Law Affect Moral Judgements?", *British Journal of Criminology*, 4 (1964), 570-581.

estos últimos estudios no distinguieron entre el efecto del derecho y el de la opinión de los pares²⁷³.

Un ejemplo contemporáneo ilustra la cuestión. Poca duda hay de que muchos países han experimentado un rápido cambio en la opinión sobre la homosexualidad en general y sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en particular. Y mucho de ese cambio ha tenido lugar en paralelo con o tras el cambio en la normativa jurídica, incluyendo la proliferación de leyes y decisiones judiciales que prohíben la discriminación en base a la orientación sexual, y un número de jurisdicciones que han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero estos cambios también han tenido lugar en paralelo con, y después de, un incremento dramático de la presentación favorable de gays y lesbianas en los medios masivos de comunicación, en particular en películas y en la televisión. Y también ha habido un incremento igualmente dramático en el número de gays y lesbianas que están dispuestos a ser abiertos y explícitos respecto de su orientación sexual, y así un incremento en el número de heterosexuales que tienen contacto regular en la escuela, el trabajo y otras interacciones sociales, con personas que, ellos saben, son gays o lesbianas. Como resultado, no es de sorprender que la tarea investigativa de establecer la dirección de causación entre estos múltiples factores es abrumadora y que los resultados han sido en gran parte inconcluyentes respecto de la precisa cuestión que aquí nos interesa. La creencia de que el derecho es el factor predominante en el cambio de actitudes parece atribuirle al derecho más importancia en la formación de las actitudes que lo que las conclusiones de las investigaciones justifican, pero atribuirle al derecho sólo un pequeño efecto, o

²⁷³ Leonard BERKOWITZ & Nigel WALKER, "Laws and Moral Judgments", *Sociometry*, 30 (1967), 410-422. Para una crítica, véase BILZ & NADLER, "Law, Psychology and Morality".

ninguno, parece igualmente injustificado²⁷⁴. Por el momento simplemente no sabemos la respuesta, pero eso no hace que la pregunta sea menos importante.

Básicamente lo mismo puede decirse acerca de algunos otros temas que combinan tanto un público amplio como importancia jurídica. Los constitucionalistas norteamericanos, en particular, son afectos a atribuirle a la decisión de la Corte Suprema en *Brown vs. Board of Education*²⁷⁵, de 1954, un efecto causal sustancial en el cambio de las actitudes raciales, pero el jurista y cientista político Gerald Rosenberg ha ofrecido pruebas de que el efecto de la decisión de *Brown* sobre las creencias de la gente puede ser inferior al de otros cambios en la cultura popular, los informes de los medios masivos de comunicación sobre importantes eventos públicos y varios actos oficiales y otros pronunciamientos asociados de manera menos obvia con el sistema jurídico como tal²⁷⁶. Y sin embargo hay alguna evidencia de que las decisiones de la Corte Suprema pueden haber producido un cambio actitudinal con respecto a los rezos en las escuelas públicas²⁷⁷. Podríamos hipotetizar lo mismo acerca de las leyes relacionadas con el medioambiente. Mucha más gente cree hoy día que la preservación medioambiental es de una importancia moral fundamental, mayor que lo que se creía hace cincuenta años, pero establecer las correspondientes conexiones causales es extraordinariamente difícil, y tal vez imposible.

²⁷⁴ Véase Michael KLARMAN, *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage* (New York: Oxford University Press, 2012); Marieka M. KLAWITTER & Victor FLATT, “The Effects of State and Local Antidiscrimination Policies on Earnings by Gays and Lesbians”, *Journal of Policy Analysis and Management*, 17 (1998), 658-686.

²⁷⁵ 347 U.S. 483 (1954).

²⁷⁶ Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: The Courts and Social Change* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991).

²⁷⁷ William K. MUIR JR., *Law and Attitude Change: Prayer in the Public Schools* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1973).

Para nuestros actuales propósitos el problema es todavía más complejo. Aun si el derecho es en sí mismo un elemento que contribuye a lo que parecen ser juicios morales y políticos independientes del derecho mismo, no sabemos todavía cuánto del efecto del derecho en las actitudes morales y políticas está en función de su contenido, con independencia de sus sanciones, y cuánto está en función del énfasis que aporta la sanción. ¿Podría el derecho tener la participación o influencia que tiene en la formación de opiniones, cuanto sea que realmente tenga, sin la manera en que la sanción subraya, podríamos decir, la importancia de la norma jurídica misma? Simplemente no lo sabemos y no es claro cómo podríamos averiguarlo, dada la gran complejidad del terreno causal. Pero a pesar de que sería un error equiparar la consistencia conductual con el cumplimiento, tal como se ha argüido en gran parte de este capítulo, es también un error asumir que los factores que producen la motivación del comportamiento con aparente independencia del derecho están enteramente divorciados del poder simbólico y persuasivo de éste. Los abogados y juristas académicos son proclives, de manera poco sorprendente, a la exageración de este poder, pero parece difícil afirmar que no tiene ningún tipo de consecuencia.

5.5. LA CONTINGENCIA CULTURAL DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO

Los europeos que viajan a los Estados Unidos —especialmente los alemanes, austríacos, suizos, finlandeses y los escandinavos— se ven a menudo sorprendidos por la medida en que los conductores y peatones ignoran muchos de los letreros con indicaciones sobre cómo conducir y dónde y cómo cruzar la calle. Y los estadounidenses que viajan a Alemania, Austria, Suiza, Finlandia, Noruega, Suecia y Dinamarca, frecuentemente se ven igual de sorprendidos de ver, por ejemplo, a un finlandés que de forma obediente se detiene en una esquina cuando ve el letrero de “No cruzar”, a pesar de que no haya ni coches ni policías cerca.

No hay razón para creer que los finlandeses están en lo correcto y los estadounidenses equivocados, o viceversa. Pero la variabilidad cultural acerca de una cuestión tan trivial ilustra la manera en que la cuestión empírica de la obediencia al derecho es en sí misma culturalmente variable de un modo más amplio. Sabemos, por ejemplo, que sucesivas reproducciones de los experimentos Milgram muestran que la gente de Rusia y Japón es más deferente a las figuras de autoridad en estructuras jerárquicas que los estadounidenses²⁷⁸. Sabemos que el cumplimiento de la obligación de poseer licencias para tener perros es mucho más elevado en Calgary (Alberta) que en New York²⁷⁹. Y sabemos que los promedios de cumplimiento de las leyes tributarias y de tránsito varían ampliamente a través de los países, aunque, una vez más, muchas variables transculturales tanto jurídicas como no jurídicas hacen difícil sacar conclusiones fuertes a partir de este hecho. Aun así, el hecho de que los diplomáticos para Naciones Unidas de algunos países sean mucho más propensos a estacionar sus coches de manera ilegal en New York que los de otros países, confirma el disparate que representa el intento de asumir que la obediencia al derecho es similar a lo largo de diferentes tiempos y diferentes culturas²⁸⁰.

Si la persona desconcertada es meramente un constructo analítico útil, nada de esto hace diferencia alguna. Si estamos interesados en cómo el derecho *podría* hacer una, entonces el hecho de que, *qua* derecho haga más una diferencia en algunos países que en otros es algo casi por entero irrelevante. Pero si la

²⁷⁸ V. Lee HAMILTON & Joseph SANDERS, “Crimes of Obedience and Conformity in the Workplace: Surveys of Americans, Russians, and Japanese”, *Journal of Social Issues*, 51 (1995), 67-88.

²⁷⁹ Véase la citada Audiencia del Comité de Salud del Concejo de la Ciudad de New York.

²⁸⁰ Véase Raymond FISMAN & Edward MIGUEL, “Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Evidence from Diplomatic Parking Tickets”, *Journal of Political Economy*, 115 (2007), 1020-1048.

persona desconcertada no es sólo un constructo analítico sino el apuntalamiento empírico de la tesis de que tenemos buenas razones prácticas para tomarnos el derecho no coercitivo seriamente, entonces la presencia real de tales personas se vuelve importante, así como el grado en el que las haya. Y lo que podemos concluir de la existencia de la variación cultural es que claramente hay más personas desconcertadas en algunos países que en otros, y la prevalencia de los cumplidores no preocupados por las sanciones de que habla Tyler, aunque probablemente sean muchos menos que los que él supone, variará no obstante según tiempo y lugar, tal como sucederá con un conjunto de más finas variables culturales.

Esta variación puede condenar el proceso mismo de intentar encontrar demasiado del derecho que no sea relativo a una cierta cultura. Si cortamos todas las líneas de investigación que varían de manera interesante a través de distintos sistemas jurídicos, podremos encontrar que no hay mucho que los sistemas jurídicos de Estados Unidos, Alemania, Zimbabue, Corea del Norte, Fiyi y Arabia Saudita tengan en común. Y llegar a esta conclusión puede no ser algo malo. No hay razón por la que el derecho deba tener una esencia transcultural, y “derecho” puede simplemente ser la etiqueta que se adjunta a una diversa colección de fenómenos sociogubernamentales que ni están unidos por propiedades compartidas, ni se conectan de manera interesante a través de diversos sistemas. Pero la fuerza coercitiva del derecho, aun si no es necesaria para su propia existencia, puede ser más persistente a través de las culturas que el poder normativo, independiente de toda sanción, del derecho. Y si esto es así, podemos aprender acerca de éste en igual medida, si no más, cuando sea y donde sea que de hecho exista, al enfocarnos en la coerción, que observando exclusivamente un fenómeno que no sólo varía ampliamente a través de las culturas sino que bien puede ser empíricamente irrelevante, en términos comparativos, aun cuando y donde es más prevaeciente.

6

¿ESTÁN LOS FUNCIONARIOS POR ENCIMA DEL DERECHO?

6.1. TORTUGAS, HASTA EL FINAL

En una historia ampliamente conocida, aunque apócrifa, un científico o filósofo eminente (en algunas versiones William James, en otras Bertrand Russell, y todavía en otras varios occidentales anónimos viajando al, como se dice, inescrutable Oriente) se embarca en un viaje al extranjero para impartir una serie de conferencias sobre los orígenes del planeta Tierra y su lugar en el universo. En una de las conferencias un miembro de la audiencia (la siempre presente pequeña ancianita en algunas versiones, y una persona misteriosa del lejano Oriente en otras) se pone de pie para decir que el conferenciante está equivocado. El objetor anuncia que todos saben que la Tierra está apoyada sobre una tortuga gigante. “¿Pero qué sostiene a la tortuga?”, pregunta el científico. El miembro de la audiencia responde que desde luego la tortuga está sentada encima de otra tortuga. Y cuando el científico, creyéndose listo, pregunta qué sostiene a esa otra tortuga, su interlocutor, azorado por la ignorancia del

científico, dice triunfante: “Son tortugas, tortugas, tortugas, hasta el final”²⁸¹.

La leyenda de la tortuga es sorprendentemente relevante en cuestiones acerca del derecho. En el capítulo 5 vimos la importancia que tiene la distinción entre la obediencia al derecho y la consistencia con el derecho. Y habiendo trazado esta distinción, podemos ver que la genuina obediencia al derecho con independencia de toda sanción es algo mucho menos común de lo que suele asumirse. No obstante, como a menudo es necesario asegurar esa genuina obediencia con el fin de proteger a las normas sociales o morales de las desviaciones y para reafirmar el derecho socialmente valioso contra el juicio individual equivocado o el exceso de autointerés, las sanciones entran en escena. Y así, en un ambiente en el que la obediencia genuina e independiente de sanciones es excepcional, la coerción a través de la amenaza de sanciones emerge como el principal mecanismo para asegurar la obediencia que resulta tantas veces necesaria²⁸². Incluso si, *contra* Austin, las sanciones no son un componente esencial de la idea misma de obligación jurídica, parecen sin embargo cruciales a la hora de promover la motivación para obedecer y con ello promover el cumplimiento de lo jurídicamente prescrito. Habiendo situado la idea misma de obediencia al derecho *qua* derecho, podemos ahora ver la importancia de las

²⁸¹ La más conocida versión moderna de esta historia se encuentra en Stephen W. HAWKING, *A Brief History of Time: From the Big Bang to Black Holes* (New York: Bantam Books, 1988), el juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de Estados Unidos hace uso de una versión diferente en *Rapanos v. United States*, 547 U.S., 715, 754 (2006).

²⁸² Por cierto, esto es concedido hasta por aquellos para quienes la sanción no es parte ni del concepto de derecho ni de la obligación jurídica. Véase Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 158-159; Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2d. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980), 150-151, 185-186.

sanciones para motivar a las personas a hacer algo distinto de lo que habrían hecho de no estar presente el derecho.

De todas formas, las sanciones que motivan la obediencia al derecho no surgen simplemente del éter. Deben ser impuestas por alguien. Pero luego nos vemos llevados a indagar acerca de por qué quienes imponen las sanciones de hecho las aplican y qué es lo que lleva a los funcionarios que imponen las sanciones o amenazan con ellas a utilizar esas sanciones y amenazas y no otras. ¿Por qué la policía y los tribunales imponen las sanciones que imponen, especialmente cuando podrían preferir imponer sanciones mayores, menores o diferentes, o simplemente imponer cualesquiera sanciones que resulten más consistentes con sus propios juicios individuales, sin consideración por el derecho?

La respuesta rápida a esta pregunta sería que los aplicadores del derecho son a su vez exigidos por otras normas para aplicar el derecho, y para aplicarlo de cierto modo en particular. Pero esto sería ir demasiado rápido. Después de todo, podríamos llevar la misma pregunta a un nivel superior e indagar por qué aquellos que formulan y aplican las reglas que constriñen a la policía y los tribunales formulan *esas* reglas y no otras. Y así hacia arriba. Podríamos decir que en cualquier nivel de la jerarquía oficial, y así ciertamente lo habría dicho Austin, incluso aquellos que crean y aplican las reglas están sujetos a la fuerza coercitiva de aquellos que tienen encima en la jerarquía de la creación y aplicación del derecho. Consecuentemente, una motivación importante tanto para los funcionarios como para los ciudadanos podría estar dada por las recompensas (un tema sobre el que volveremos en el capítulo 8) y castigos, o los incentivos en el más amplio sentido, que se aplican a dichos funcionarios en el desarrollo de sus roles oficiales.

Una vez que comprendemos que los aplicadores del derecho están al mismo tiempo sujetos a otras normas, podemos hacer uso de los recursos que han ofrecido Bentham, Austin y otros para entender a buena parte del cumplimiento por parte de los

funcionarios en términos de sanciones e incentivos. Sin embargo, tal como H.L.A. Hart y otros han señalado²⁸³, en algún punto ese tipo de explicación se nos agota y nos encontramos en falta al tratar de explicar, en términos centrados en las sanciones, el comportamiento restringido por el derecho en el pináculo de la jerarquía jurídica. La imagen delineada por Hobbes, Bentham y Austin era esencialmente vertical. Para ellos, en la cima de la jerarquía aguardaba un soberano irrestricto²⁸⁴, pero sus planteamientos parecen incapaces de dar cuenta del hecho de que, ciertamente en la actualidad, pero incluso también en alguna medida en los tiempos en que ellos escribieron, también los funcionarios en el pináculo de la jerarquía estaban constreñidos por el derecho. Hobbes niega esto²⁸⁵, pero el comportamiento real de los funcionarios de hoy en día parece contradecir su idea. En nuestros días, incluso los más altos funcionarios hablan y actúan como si estuvieran limitados por el derecho. Pero si la limitación por el derecho es solamente una cuestión de obedecer órdenes de superiores, el hecho de la obediencia al derecho cuando no hay nadie por encima para imponer sanciones parece un acertijo que ni Hobbes, ni Bentham ni Austin pudieron resolver.

En efecto, un acertijo muy similar se aplica a los jueces, especialmente cuando han de identificar y aplicar el derecho y resolver

²⁸³ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 26-44. Anteriores son James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 1901), 538; Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 1915) (1885), 26-27.

²⁸⁴ Y así, Austin creó la figura de un soberano a quienes los sujetos obedecían habitualmente pero que por su parte no obedecía habitualmente a nadie más. John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfred E. Rumble, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1986), Lecture VI.

²⁸⁵ “En la teoría política de Hobbes, el poder del soberano no tiene limitaciones jurídicas”. Perez Zagorin, “Hobbes as a Theorist of Natural Law”, *Intellectual History Review*, 17 (2007), 239-255, en 253.

controversias, más que cuando simplemente son parte del aparato de aplicación del derecho al pronunciarse y emitir sentencia. ¿Por qué los jueces acatan el derecho? ¿Por qué los jueces toman decisiones de acuerdo al derecho, asumiendo que así lo hacen, cuando tales decisiones pueden ser distintas del resultado que el propio juez hubiese preferido con independencia de lo que diga el derecho? De nuevo, un planteamiento basado en el incentivo podría explicar para algunos sistemas por qué los jueces hacen lo que hacen, pues incluso los jueces podrían decidir de un modo en lugar de en otro por el miedo a las sanciones de quienes tienen poder sobre ellos²⁸⁶. Pero en este punto, en lo que nuevamente empieza a parecerse a un regreso al infinito, nos vemos llevados a preguntar por qué aquellos que aplican los incentivos lo hacen basados en el derecho en lugar de en otros factores o en *su* propio juicio, consideradas todas las cosas excepto el derecho. La metáfora espacial de la cima de la jerarquía puede chocar con la de lo que hay debajo de la tortuga, pero la idea es la misma: si intentamos explicar las limitaciones impuestas por el derecho en términos de incentivos que vienen desde arriba, en algún punto deja de ser posible explicar el hecho de que aun quienes no tienen a nadie encima parecen no obstante constreñidos por el derecho.

²⁸⁶ Por ejemplo, los jueces podrían ser ascendidos a tribunales más altos con base, en parte, en la frecuencia con que sus resoluciones son acatadas o apeladas. O pueden descubrir que sus tareas y otras condiciones de trabajo dependen de que complazcan a sus superiores. Estos últimos pueden basar sus juicios evaluativos en la medida en que se acata el derecho, o en cambio en otros criterios no jurídicos, pero para nuestros actuales propósitos, la cuestión es solamente que los jueces a menudo operan en un ambiente jerárquico en el que las recompensas y los castigos no son irrelevantes. Para un ejemplo de este fenómeno en el contexto de Japón, véase J. Mark RAMSEYER & Eric B. RASMUSSEN, "Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases", *American Political Science Review*, 95 (2001), 331-344.

6.2. LOS FUNDAMENTOS NO JURÍDICOS DEL DERECHO

El punto de la historia de la tortuga está en demostrar que la explicación del tipo “tortugas hasta el final”, en última instancia, da cuenta de la naturaleza del universo de manera insatisfactoria²⁸⁷. Pero también da cuenta de manera insatisfactoria de la naturaleza del derecho²⁸⁸. Los que sancionan pueden hacerlo bajo la amenaza de ser sancionados por quienes están por encima suyo, que a su turno pueden estar respondiendo a las amenazas de sanciones de quienes *ellos* tienen como superiores y así sucesivamente, ¿pero quién puede amenazar al sancionador supremo? ¿Necesitamos preocuparnos no sólo por *Quis custodiet ipsos custodes* —quién guarda a los guardianes— sino también por *Quis coercibit ipsos coercentes* —quién ejerce la coerción sobre el que ejerce la coerción-? Aun si, como parece plausible, un énfasis en las sanciones y la coerción puede explicar mucho de por qué la gente e incluso los funcionarios en la mayoría de los niveles de la jerarquía oficial cumplen con el derecho *qua* derecho, sigue siendo el caso que en algún punto la explicación inherentemente jerárquica basada en las sanciones se nos agota, y nos encontramos desprovistos para

²⁸⁷ Ciertamente, el problema del regreso al infinito —el problema de la tortuga— trasunta todas las cuestiones acerca de los fundamentos de la matemática y del lenguaje, entre otros; Gödel y Wittgenstein son dos de los pensadores que han suscitado muchos de los debates al respecto. Véase Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, tr. G. E. M. ANSCOMBE, 3ª ed. (New York: Macmillan, 1958); Ludwig WITTGENSTEIN, *Remarks on the Foundations of Mathematics*, G. H. von Wright, R. Rhees, & G. E. M. Anscombe, eds., rev. ed. (Cambridge, MA: MIT Press, 1978); Jean van Heijenoort, ed., *From Frege to Gödel: A Source Book on Mathematical Logic, 1879-1931* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1967) (que contiene una traducción y un comentario del artículo de Gödel). Véase también G. P. BAKER & P. M. S. HACKER, *Skepticism, Rules, and Language* (Oxford: Blackwell, 1986); Saul KRIPKE, *Wittgenstein on Rules and Private Language* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982); Colin MCGINN, *Wittgenstein on Meaning: An Interpretation and Evaluation* (Oxford: Blackwell, 1984).

²⁸⁸ Peter SUBER, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Law, Logic, Omnipotence, and Change* (New York: Pater Lang Publishing, 1990).

explicar en términos dependientes de las sanciones por qué el soberano, por usar el término de Austin, internaliza el derecho. Como resultado, nos encontramos además desprovistos para localizar los fundamentos últimos de un sistema jurídico.

Ciertamente, el problema de los fundamentos últimos del derecho no necesita ser entendido solamente en términos de una jerarquía de la coerción. Aun si dejamos (temporalmente) de lado la fuerza, la coerción y las sanciones, y las variadas motivaciones externas para el cumplimiento del derecho, el mismo regreso al infinito aparece si consideramos la cuestión de la *validez* jurídica. Sabemos que las reglas jurídicas adquieren su validez en virtud de otras reglas, esas reglas de otras, y así sucesivamente, hasta que se nos agotan las reglas. ¿Pero qué determina la validez del derecho jerárquicamente más elevado? ¿Qué previene el colapso de toda la estructura? ¿En qué descansa la validez de un sistema jurídico completo?

Cuando nuestra investigación sobre los fundamentos de un sistema jurídico es enmarcada de esta manera, como una serie de preguntas acerca de la validez jurídica, nos encontramos con todavía un aspecto más de los argumentos de Hart contra Austin y contra una explicación de la naturaleza del derecho basada en las sanciones. Una vez que Hart hubo dejado al margen (quizás equivocadamente, según hemos visto) la importancia de las sanciones y la coerción en la explicación del fenómeno cotidiano del derecho, procedió a introducir la idea de una regla de reconocimiento, la regla secundaria, en su terminología, que permitía a los ciudadanos y funcionarios determinar si una regla primaria que regula la conducta era o no válida²⁸⁹. La prohibición de arrojar basura en la vía pública viene de una regla *jurídica*, pero la prohibición de ser rudo con tu madre no, y esto se debe a otra regla jurídica, la

²⁸⁹ HART, *The Concept of Law*, 94-110.

regla secundaria de reconocimiento²⁹⁰. La regla de reconocimiento *reconoce* la regla primaria en contra de que se arroje basura en la vía pública como una regla jurídica y no reconoce del mismo modo la regla en contra de ser rudo con la propia madre, aun si ésta es una regla social establecida. Además, la regla de reconocimiento que distingue a las reglas jurídicas de las que no lo son, es en sí misma una regla jurídica. Y lo que hace de la regla secundaria de reconocimiento una regla *jurídica* de reconocimiento es todavía otra regla jurídica de reconocimiento; normalmente, una constitución. Por dar un ejemplo: las fábricas estadounidenses deben otorgarles a sus trabajadores elementos de protección auditiva si el nivel de ruido en la fábrica es superior a cierta cantidad especificada de decibeles²⁹¹. Este requerimiento es impuesto por una agencia de la administración federal llamada Administración de la Seguridad y Salud Ocupacionales [*Occupational Safety and Health Administration*] y es un requerimiento válido porque la regla que lo contiene fue promulgada de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo [*Administrative Procedure Act*]²⁹², una ley del Congreso, y porque la Administración de la Seguridad y Salud Ocupacionales fue creada por otra ley del Congreso²⁹³. Y estas otras leyes son válidas porque fueron todas promulgadas de acuerdo con las disposiciones del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos, que confiere al Congreso el poder de crear leyes y establece el procedimiento para hacerlo.

²⁹⁰ Uno infringe una norma jurídica al conducir a más de 65 millas por hora en la mayoría de las autopistas, en tanto que infringe una norma de etiqueta al hablar con la boca llena en la mesa. Brian LEITER, "Positivism, Formalism, Realism", *Columbia Law Review*, 99 (1999), 1138-1164, en 1141.

²⁹¹ 29 C.F.R. 1910.96 (2012).

²⁹² 5 U.S.C. §§701-706 (2010).

²⁹³ *Occupational Safety and Health Act of 1970*, Pub. L. No. 91-596, 84 Stat. 1590 (1970), *codified as amended*, 29 U.S.C. §§651-678 (2010).

Pero las tortugas todavía están entre nosotros. La Constitución de los Estados Unidos confiere al Congreso el poder de crear leyes que tienen la pretensión de obligar a ciudadanos y funcionarios, ¿pero qué hace que la Constitución sea válida? En una palabra, nada. O, para ser más precisos, la Constitución es la fuente última de validez *jurídica*, pero *su* validez, tal como Hart explicó, es simplemente una cuestión de hechos sociales²⁹⁴. La Constitución deriva *su* validez de lo que Hart llamó la regla de reconocimiento última, pero la validez de la regla de reconocimiento última no es una cuestión jurídica. *Esta* es válida, asumiendo que sea una palabra correctamente aplicable, simplemente en virtud de que es aceptada, y es el hecho de la aceptación lo que hace que la Constitución sea la fuente última de validez jurídica²⁹⁵. Es la tortuga del fondo, y descansa en el hecho bruto de que simplemente es aceptada como tal. Yo podría redactar una constitución hoy, designarla como la Constitución de los Estados Unidos y escribir en ella de modo tal que su validez dependiera sólo de mi firma. Cuando luego la firme, se volvería válida de acuerdo a sus propios términos, justo como es válida según *sus propios* términos la Constitución alojada bajo tres pulgadas de vidrio en el Archivo Nacional. Tanto ésta como mi propia constitución pretenden ser la Constitución de los Estados Unidos y ambas son válidas de acuerdo a sus propios términos. Más importante aun, no hay una ulterior regla jurídica que especifique que la que está en el Archivo Nacional es la verdadera, mientras

²⁹⁴ Varios aspectos de este fenómeno son explorados en Matthew Adler & Kenneth Einar Himma, eds., *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution* (New York: Oxford University Press, 2009).

²⁹⁵ Nótese que es un error, aunque común, el entender a la Constitución, que podría ser la regla operativa maestra dentro de un sistema jurídico, como la regla de reconocimiento última. La regla de reconocimiento última no es la Constitución sino, más bien, la que hace que la Constitución sea la regla operativa maestra.

que la mía es una farsa. Ambas, después de todo, son internamente válidas por igual²⁹⁶.

No obstante, aunque la Constitución verdadera y la diseñada y ratificada por mí son igualmente válidas de acuerdo a los propios términos de cada una, la que está en el Archivo Nacional es claramente la Constitución real y la mía, igual de claramente, no lo es. Todo esto es obvio, pero el punto básico y profundamente importante de Hart es que esta conclusión no es de tipo jurídico. El derecho descansa en última instancia en fundamentos no jurídicos y son el hecho no jurídico de la aceptación de la Constitución del Archivo Nacional y el hecho igualmente no jurídico de la no aceptación de mi constitución lo que sostiene a la tortuga del fondo del sistema jurídico²⁹⁷. El *quid* del argumento de Hart es que la regla última de reconocimiento no es jurídicamente válida ni inválida. Simplemente es, como cuestión de hechos sociales²⁹⁸.

²⁹⁶ Este ejemplo se desarrolla *in extenso* (tal vez excesivamente) en Frederick SCHAUER, "Amending the Presuppositions of a Constitution", en Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995), 145-161.

²⁹⁷ Hart sostuvo que la aceptación de los funcionarios y en especial de los jueces (véase Hanoch SHEINMAN, "The Priority of Courts in the General Theory of Law", *American Journal of Jurisprudence*, 52 (2007), 229-258, en 237-238) era la clave para la existencia de un sistema jurídico. HART, *The Concept of Law*, 112-117. Se ha criticado a Hart sobre este punto, sin embargo, en especial por quienes sostienen que la aceptación por parte de algún segmento de la población en general es condición o bien necesaria o bien suficiente para que exista un sistema jurídico. Véase por ejemplo F. Patrick HUBBARD, "Power to the People: The Takings Clause, Hart's Rule of Recognition, and Populist Law-Making", *University of Louisville Law Review*, 50 (2011), 87-130, en 92-95; Jeremy Waldron, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", *Emory Law Journal*, 58 (2009), 675-712, en 694-697. Pero podríamos también preguntarnos (y lo haremos luego) si tiene el ejército un papel que cumplir, ya que la existencia última de un sistema jurídico puede depender de la aceptación de la fuente última de poder en una sociedad.

²⁹⁸ Hay conexiones importantes entre el planteamiento de Hart y la famosa imagen de la jerarquía de las normas ofrecida por Hans Kelsen. Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trs. Bonnie Litschewski PAULSON & Stanley L. PAULSON

Las preguntas acerca de los fundamentos últimos y no jurídicos de un sistema jurídico son de interés más allá de lo puramente teórico. Considérese, por ejemplo, la situación en lo que era llamado Rhodesia del Sur hasta 1964 y Rhodesia desde 1965 y por unos años a partir de entonces. En 1965 Rhodesia era una colonia británica autogobernada en la que los derechos de voto y el poder político estaban exclusivamente en manos de la minoría blanca. Cuando los británicos se negaron a otorgar la independencia completa a Rhodesia hasta que concediera el derecho de voto a la población negra e hicieron algunos movimientos en favor del establecimiento de un gobierno mayoritario, el gobierno de Rhodesia, liderado por el Primer Ministro Ian Smith, promulgó la que fue denominada “Declaración Unilateral de Independencia” (DUI), declarando la independencia de Rhodesia respecto de Gran Bretaña, con el fin de preservar el dominio blanco. Gran Bretaña y la mayoría de las demás naciones se rehusaron a reconocer el nuevo gobierno, creando un *impasse* tanto jurisprudencial como político²⁹⁹. A partir del 11 de noviembre de 1965, la fecha de la

(Oxford: Clarendon Press, 1992); Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, tr. Max Knight (Berkeley, CA: University of California Press, 1967); Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, tr. Anders Wedberg (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945). Pero mientras que para Kelsen la amplitud de la estructura jurídica descansaba en la presuposición (o comprensión trascendental, en sentido kantiano) que él denominaba *Grundnorm* (“norma básica”), la regla última de reconocimiento de Hart no era un constructo mental hecho por el teórico sino un hecho fundacional relativo a la existencia concreta de los sistemas jurídicos.

²⁹⁹ Hecho que fue puesto de manifiesto por la manera en que los tribunales enfrentados con la cuestión usaban de hecho el término kelseniano *Grundnorm*. La controversia generó comentarios importantes y bien informados. Véase F. M. BROOKFIELD, “The Courts, Kelsen, and the Rhodesian Revolution”, *University of Toronto Law Journal*, 19 (1969), 326-352; J. M. EEKELAAR, “Rhodesia: The Abdication of Constitutionalism”, *Modern Law Review*, 32 (1969), 115-118; J. M. EEKELAAR, “Principles of Revolutionary Legality”, en A. W. B. SIMPSON, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)* (Oxford: Oxford University Press, 1973), 22-43; J. M. EEKELAAR, “Splitting the Grundnorm”, *Modern Law Review*, 30 (1967), 156-175; J. M. FINNIS, “Revolutions and Continuity of Law”, en Simpson, ed., *Oxford Essays*

DUI, tanto el gobierno de Smith como el británico reclamaron la soberanía sobre el mismo espacio geográfico y por ende existieron dos pretendidos sistemas jurídicos en la misma porción del planeta. La cuestión, entonces, era cuál de los dos sistemas era realmente el sistema jurídico de Rhodesia.

La DUI era, por supuesto, ilegal de acuerdo con el derecho británico, pero eso es irrelevante en este contexto. Después de todo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, sobre la base de la cual se moldeó la DUI, era también ilegal de acuerdo con el derecho británico. La juridicidad última de la DUI no podía concluyentemente ser una cuestión del derecho británico, porque la pregunta en juego era exactamente la de si el derecho relevante era el británico o el derecho de Rhodesia posterior a la DUI. Como resultado de ello, la situación en Rhodesia era análoga al conflicto entre la Constitución de los Estados Unidos y mi constitución auto-ratificada, ambas intentando ejercer el gobierno sobre el mismo territorio. Es precisamente en este punto en que nos encontramos de frente con los fundamentos no jurídicos de un sistema jurídico. Cuando dos sistemas jurídicos en competencia reclaman ser el derecho propio de un mismo espacio físico territorial, las preguntas sobre cuál es el sistema jurídico real tienen verdadera y apremiante importancia, pero las respuestas a esas preguntas no pueden estar dadas sólo por el derecho mismo.

Muchas de las cuestiones sobre la identidad del sistema jurídico de Rhodesia tras la DUI se habían presentado unos años antes en el contexto de lo que hoy es Pakistán. De 1956 a 1958, una serie de golpes de Estado había producido en múltiples ocasiones la situación en la cual fuerzas políticas en competencia afirmaban,

in Jurisprudence, 44-76; J. W. HARRIS, "When and Why Does the Grundnorm Change?", *Cambridge Law Journal*, 29 (1971), 103-133; A. M. HONORÉ, "Reflections on Revolution", *Irish Jurist*, vol. 2 (1967), 268-278; T. C. HOPTON, "Grundnorm and Constitution: The Legitimacy of Politics", *McGill Law Journal*, 24 (1978), 72-91.

ambas, ser el gobierno de Pakistán, y cada uno de los gobiernos en competencia reclamaba tener establecido su propio sistema jurídico. De este modo, tanto en Rhodesia como en Pakistán, el problema era básicamente acerca de qué es lo que constituye un sistema jurídico. ¿Cuál era *realmente* el sistema jurídico?

Lo que nos han enseñado tanto Hart como Hans Kelsen³⁰⁰, cada uno de ellos a su modo, es que la determinación de las condiciones de existencia de un sistema jurídico no puede ser considerada en sí misma una determinación jurídica. Algo fuera del sistema jurídico es lo que determina la identidad de un sistema y por ello algo fuera tanto del sistema jurídico británico colonialista como del de la Rhodesia post-DUI determinaba cuál era el sistema propio de Rhodesia. ¿Pero qué es ese algo? ¿Qué sostiene al orden jurídico? ¿Y por qué es la Constitución del Archivo Nacional la propia de los Estados Unidos y no la que yo mismo diseñé?

Resulta que una respuesta importante a tales preguntas yace no en el terreno del derecho o de la teoría jurídica sino en los de la economía, la economía política, la sociología y todos los otros campos de investigación que exploran la naturaleza y los orígenes del comportamiento cooperativo. Sabemos que la gente se involucra en comportamientos cooperativos y que lo hace en formas que parecen estar al margen del derecho o antecederlo. Cuando los grupos desarrollan normas de comportamiento cooperativo, dichas normas pueden ser, una vez desarrolladas, respaldadas por sanciones como el ostracismo o el ataque a la reputación, pero el desarrollo de las normas en sí mismas es lógica y temporalmente anterior al efecto que éstas tengan. De manera que si preguntamos qué lleva a las personas a desarrollar tales normas en primer lugar y a que a menudo continúen después adhiriendo a ellas, no podemos responder basados en las sanciones sino en las más complejas dinámicas de interacción humana que llevan al comportamiento

³⁰⁰ Sobre Kelsen, véase la nota 298.

cooperativo y coordinado. El economista Thomas Schelling³⁰¹ y la politóloga Elinor Ostrom³⁰² han ganado premios Nobel por teorizar sobre estas dinámicas, y otros en el campo del derecho (de manera notable Robert Ellickson³⁰³), de la ciencia política (especialmente Robert Axelrod³⁰⁴) y de la filosofía (por ejemplo David Lewis en el contexto del lenguaje³⁰⁵ y Edna Ullman-Margalit, en referencia a las normas prescriptivas de comportamiento³⁰⁶) han contribuido de manera influyente. Por cierto, uno puede encontrar mucho de los orígenes de esta perspectiva respecto del derecho en los escritos de Thomas Hobbes, que comprendió por qué la gente en un estado de naturaleza buscaría lograr acuerdos cooperativos en pro del bien común, pero que también reconoció que el castigo de quienes se aparten de ellos sería necesario para que los acuerdos funcionen. “Los contratos sin la espada no son sino palabras”, escribió Hobbes, pero también reconoció que el acto original de conformar el contrato, incluyendo la parte de éste que sancionaba a quienes lo transgredan, era un acto generado por personas en el estado de naturaleza, en lugar de ser impuesto por alguna autoridad superior³⁰⁷. Pero la idea básica es que las personas a menudo adoptan un comportamiento cooperativo por el bien común, y lo hacen aun en circunstancias en las que puede parecer irracional

³⁰¹ Thomas C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1960).

³⁰² Elinor OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990).

³⁰³ Robert C. ELICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994).

³⁰⁴ Robert AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, rev. ed. (New York: Basic Books, 2006).

³⁰⁵ David LEWIS, *Convention: A Philosophical Study* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1969).

³⁰⁶ Edna ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1977).

³⁰⁷ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Richard Tuck, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991) (1651).

participar para un cooperador individual. Cuando así lo hacen, pueden crear un sistema jurídico, apoyándose no en la fuerza sino en el compromiso compartido de promover la empresa jurídica común y los bienes colectivos que ésta pueda producir³⁰⁸.

La identidad de un sistema jurídico puede, en consonancia con esto, ser rastreada hasta un acuerdo cooperativo de este tipo, un contrato implícito de tratar a cierto sistema como derecho. Y así, al menos parte de la respuesta al problema de las constituciones en competición y sistemas jurídicos enfrentados yace en esta noción de aceptación y en el hecho de que una comunidad puede elegir aceptar un sistema en lugar del otro por razones que tienen más que ver con la cooperación y la coordinación que con la fuerza. Esa comunidad puede hacer uso de la fuerza para mantener el sistema en su sitio, pero la elección inicial del sistema no necesita estar determinada por la coerción en ninguna forma directa, y a menudo no lo está.

6.3. LA FUERZA Y LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO

No obstante, aunque los sistemas jurídicos pueden generarse en virtud de la cooperación y la coordinación en lugar de la compulsión, no es estrictamente necesario que los fundamentos del derecho descansen en algún arreglo cooperativo. Un déspota individual lo suficientemente poderoso bien podría crear un sistema jurídico por causa de su propio poder coercitivo solamente. Ronald Dworkin observó, por ejemplo, que “muchos funcionarios de la Alemania nazi obedecieron las órdenes de Hitler en tanto que

³⁰⁸ Véase Gillian K. HADFIELD & Barry R. WEINGAST, “What Is Law? A Coordination Model of the Characteristics of Legal Order”, *Journal of Legal Analysis* (2012), 471-514. Para un estudio de casos de la operación del proceso, véase Avner GREIF, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade* (New York: Cambridge University Press, 2006); Avner GREIF, Paul MILGROM, & Barry R. WEINGAST, “Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild”, *Journal of Political Economy*, 102 (1994), 745-776.

derecho, pero sólo por miedo”³⁰⁹. De este modo, como sucedía con los capitanes de barcos en la época fuerte de la navegación —líderes que poseían las únicas armas de fuego a bordo— el déspota podría poseer los recursos compulsivos suficientes³¹⁰ para asegurar la cooperación de los subordinados y la obediencia de los sujetos solamente por la amenaza de sanciones desagradables. El déspota además puede, al servicio de la eficiencia, respaldar el orden público y los objetivos comunes no a través de órdenes individuales sino de un sistema de reglas primarias de comportamiento y reglas secundarias acerca de esas reglas primarias. Habría entonces un sistema de reglas generales, tanto primarias de conducta, como secundarias referidas a las primarias, que se vería en aspectos importantes, tal vez en todos los aspectos, como un sistema jurídico. Pero al final toda la estructura descansaría en el poder crudo de un

³⁰⁹ Ronald DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), 35. Para saber si Dworkin estaba en lo correcto respecto de los hechos habría que involucrarse en el agrio debate acerca de la existencia y la medida de las proclividades y simpatías de quienes están por debajo del pináculo de la jerarquía nazi. Compárese con Daniel Jonah GOLDHAGEN, *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust* (New York: Vintage Books, 1996), y con Norman G. FINKELSTEIN & Ruth Bettina BIRN, *A Nation on Trial: The Goldhagen Thesis and Historical Truth* (New York: Henry Holt & Co., 1998). En otras palabras, la cuestión es si, tal como DWORKIN afirma, la mayoría de los funcionarios nazis se comportaban como lo hacían en razón del miedo a quienes estaban por encima de ellos en la jerarquía nazi o si, como sostienen Goldhagen y otros, se aprecia más precisamente a estos funcionarios como participantes voluntariosos que como temerosos subordinados. Pero tanto si el ejemplo es bueno como si no, nos resalta al menos la posibilidad de que un sistema jurídico descansa en la producción de temor y por ende en la capacidad coercitiva de una persona o un número muy pequeño de personas en la cúspide del sistema.

³¹⁰ Esto puede incluir el hecho de que la gente tenga una creencia en que el déspota tuviera un llamado especial de una deidad para ejercer los poderes punitivos de ésta. Si tú crees que el rey es el rey por derecho divino, y si también crees que Dios tiene el poder de condenarte a los fuegos del infierno por toda la eternidad en caso de que desobedezcas al representante de Dios en la tierra, queda entonces allanado el camino para conceptualizar el fundamento del sistema jurídico del rey como algo que descansa en la amenaza de sanciones.

único individuo o, de manera más plausible, de un pequeño grupo que llegó al poder, y que se aferra a dicho poder sólo por medio de la fuerza. En tales casos, asumiendo otra vez la conjunción de reglas primarias y secundarias que Hart consideró central para “la idea” de derecho³¹¹ y para el “corazón de un sistema jurídico”³¹², tendríamos lo que parece un sistema jurídico en el que la nuda fuerza explica el comportamiento de todos excepto el del déspota y en el que, quizás, el regocijo del poder, la acumulación de riqueza u otros motivos egoístas, proveen la única explicación de las propias decisiones del déspota. Visto de este modo, parece un error asumir que un sistema jurídico que se sostiene sólo en la fuerza es una imposibilidad conceptual.

Si observamos a la fuerza de una manera más amplia no limitada al poder bruto de las armas y los ejércitos, su papel en el afianzamiento de un sistema jurídico parece incluso más extendido. Considérese nuevamente la cuestión de las pretensiones en conflicto respecto de ser el auténtico sistema jurídico en un espacio, como los ejemplos de Rhodesia y de Pakistán. En ocasiones, en tales casos los determinantes últimos son las realidades y dinámicas de la aceptación popular. Cuando una población acepta un sistema jurídico como auténtico, o legítimo en el muy estrecho sentido de que se le reconoce el derecho o simplemente el poder de crear y aplicar normas, el sistema jurídico así aceptado sencillamente *será* el sistema jurídico. Pero la de aceptación es una noción resbaladiza. Austin describía un “hábito de obediencia”, pero el hábito debe ser contrastado con un entorno de desobediencia muy extendida o, llegados al extremo, de rebelión. Quizás en ciertos momentos una población acepta un sistema jurídico por una creencia normativa en su legitimidad, en otros simplemente por la fuerza del hábito y aun en otros por las ventajas de la coordinación implícita con otros

³¹¹ HART, *The Concept of Law*, 95.

³¹² *Ibid.*, 98.

que tienen el mismo hábito. Pero el hábito, no obstante, descansa en la falta de voluntad de la población para involucrarse en la desobediencia concertada. Cuando tal desobediencia concertada tiene lugar, un sistema jurídico comúnmente colapsará, y en este sentido posiblemente atenuado podemos incluso ver la aceptación bien extendida de un sistema jurídico como el ejercicio del nudo poder, por parte de una población y en virtud de su número, para rechazar por la fuerza un sistema jurídico al que desaprueba.

Aunque la aceptación interna por parte de una población es a menudo necesaria y a menudo suficiente para la existencia de un sistema jurídico, a veces, especialmente en casos de sistemas en competencia como se dieron en Rhodesia y en Pakistán, la existencia de un sistema jurídico será determinada por la dinámica del reconocimiento internacional. En la medida en que los regímenes, especialmente en el mundo moderno, necesitan realizar varias transacciones y arreglos con otras naciones, la determinación de la comunidad internacional acerca de cuál régimen es el real será frecuentemente decisiva, tal como de hecho fue en el caso de Rhodesia, para establecer qué régimen prevalecerá y, por ende, qué sistema jurídico prevalecerá con él.

Muchas veces sucederá, sin embargo, que un sistema jurídico descansará simplemente en el ejercicio, la amenaza o la concentración de la fuerza bruta. Considérese por ejemplo las situaciones de Egipto en 2011 y 2013. Como en Pakistán en 1958 y Rhodesia del Sur en 1965, durante los primeros meses de la revolución en Egipto tanto el movimiento revolucionario como el gobierno existente del presidente Mubarak afirmaban ser el gobierno legítimo de Egipto, y ambos reclamaban para sí la definitiva autoridad jurídica y política. La cuestión fue resuelta temporalmente, asumiendo que sea la forma correcta de decirlo, no por jueces, ni siquiera por la gente, sino por el ejército, porque una vez que el ejército hizo su movida con respecto a la revolución, quedó claro cuál de los gobiernos y sistemas jurídicos en competencia era el primario. Pero el hecho de que fuera el ejército y no la oficina de correos, los maestros de

escuela o los cobradores de impuestos es lo más importante. En el análisis final, fue la decisión del último depositario de la fuerza bruta lo que determinó cuál era el sistema jurídico de Egipto y cuál no. De este modo, cuando en 2013 hubo otra transformación, una que algunos llamaron revolución y otros golpe de Estado, la determinación definitiva, todavía fluctuante mientras escribo estas líneas, quedó en manos del ejército.

Egipto no es excepcional en esto. En ocasiones se ha afirmado, por ejemplo, que la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta enmiendas a la constitución de los Estados Unidos son inconstitucionales, por cuanto la ratificación de éstas —alcanzada por medio de la ratificación de tres cuartas partes de los Estados— no fue dada por un número suficiente de legislaturas libremente elegidas, sino por un número total de legislaturas estatales que incluía, en los Estados de lo que había sido la Confederación, legislaturas que habían sido establecidas por la Unión³¹³. Pero si pensamos en la Constitución como que fue vuelta a hacer al concluir la Guerra Civil³¹⁴, podemos entonces reconocer también que la determinación última de cuál era el sistema jurídico real de los Estados Unidos, y de los Estados que lo componían en 1865 y de allí en más, no estuvo dada por un documento escrito en 1787 sino más bien por lo que sucedió en el campo de batalla. Había dos sistemas jurídicos en competencia en los Estados Confederados entre 1861 y 1865, y fue la rendición de Lee frente a Grant en Appomattox en 1865 lo que resolvió la cuestión³¹⁵, justo como la rendición de Cornwallis

³¹³ Joel PARKER, *Lectures Delivered in the Law School of Harvard College* (New York: Hurd & Houghton, 1869), 66-71; Joseph E. FALLON. “Power, Legitimacy, and the Fourteenth Amendment”, *Chronicles Magazine*, March (2002), 42-43.

³¹⁴ Véase Bruce ACKERMAN, *We the People. Volume 2: Transformations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000).

³¹⁵ Así, la Corte Suprema observó que “la guerra resolvió cuestiones fundamentales acerca de la medida de la supremacía federal [según la Constitución]”. *Testa v. Katt*, 330 U.S. 386, 390 (1947).

frente a George Washington de 1781 en Yorktown resolvió la cuestión de qué sistema jurídico gobernaría lo que habían sido las trece colonias británicas en Norteamérica, y tal como la decisión del ejército egipcio resolvió la cuestión de qué gobierno, y con ello qué sistema jurídico, era el legítimo de Egipto en 2011 y tal vez de nuevo en 2013. Es un error asumir que el estatus jurídico de un sistema jurídico necesariamente descansa en definitiva en el uso de la fuerza, pero es igual de erróneo asumir que nunca o rara vez lo haga.

Pero por supuesto que no queremos caer en la misma trampa sobre la que nos precavimos en el capítulo 3. No queremos equiparar lo posible con lo probable o lo concebible con lo concreto. Cuando así lo hacemos, podemos ignorar qué es lo importante en aquello que es típico pero no universal y con ello qué puede ser lo más relevante en el fenómeno en estudio. Por lo tanto, necesitamos reconocer que, en realidad, los emprendimientos cooperativos complejos, sean botes salvavidas en el mar, familias dedicadas al crimen organizado o sistemas jurídicos nacionales, descansan comúnmente en decisiones de múltiples individuos relativas a la creación del emprendimiento común por lo que ellos perciben como su propio bien colectivo, o incluso también el bien común de más amplio alcance. Quienes están en la cima de tales empresas cooperativas pueden entonces apoyarse mucho, o aun exclusivamente, en la fuerza, para hacer que la iniciativa funcione y para asegurar su continuidad y efectividad, pero en última instancia lo más probable es que encontremos que un grupo se embarca en una empresa cooperativa por razones distintas de la fuerza o el miedo. Es concebible que la tortuga del fondo se apoye sobre un arma, pero en realidad se apoya típicamente en algo que no puede ser explicado sólo por la coerción.

Pero a pesar de que es cierto que muchos sistemas jurídicos se erigen sobre un convenio cooperativo original, no coercitivo, entre un grupo de fundadores o élites, es tan errado subestimar el

papel de la coerción como sobreestimarlos. Incluso si los cimientos últimos son explicados mejor por el acuerdo que por la coerción, tales acuerdos, una vez que llegan a un tamaño no demasiado grande, hacen casi siempre empleo de sanciones de algún tipo para prevenir potenciales vulneraciones de lo acordado³¹⁶. Quien más famosamente ha teorizado sobre esto ha sido, nuevamente, Hobbes, quien señaló que “debe haber algún poder coercitivo para compeler a los hombres por igual al cumplimiento de sus pactos por la aversión a algún castigo mayor que el beneficio que esperan obtener al infringir el pacto del que forman parte”³¹⁷. Tres personas, o tal vez treinta, pueden sostener su arreglo mutuamente beneficioso sin coerción, pero esperar que treientos o tres mil puedan hacer lo mismo, al menos cuando hay un beneficio posible por apartarse de lo acordado para un transgresor individual, es pura fantasía. Con ello, como Hobbes predecía, la fuerza es necesaria para mantener el contrato social una vez que alcanza cierto tamaño. Algunos podrían describir la fuerza coercitiva organizada que se necesita para mantener el contrato como “gobierno”³¹⁸, pero otros podrían simplemente llamarlo “derecho”. Asimismo, la coerción no es sólo típicamente necesaria para mantener el acuerdo esencialmente horizontal de los cimientos (o el pináculo, dependiendo de cómo conciba uno la metáfora espacial apropiada para el derecho y el gobierno) de cualquier sistema jurídico, sino que la coerción es un rasgo bien extendido de los arreglos verticales y jerárquicos que caracterizan las estructuras jurídicas y gubernamentales más complejas. Una vez que descendemos del pináculo de la jerarquía gubernamental, encontramos funcionarios cuyas responsabilidades jurídicas están respaldadas no por su acuerdo general de obedecer

³¹⁶ Véase Arthur RIPSTEIN, “Self-Certification and the Moral Aims of the Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 25 (2012), 201-217.

³¹⁷ HOBBS, *Leviathan*, cap. 15.

³¹⁸ Véase Jason BRIGGEMAN, “Governance as a Strategy in State-of-Nature Games”, *Public Choice*, vol. 141 (2009), 481-491.

al derecho *qua* derecho, sino por los poderes coercitivos diseñados para asegurar que, tal como a menudo se dice, ninguna persona esté por encima de la ley.

6.4. LA CUESTIÓN DE LA OBEDIENCIA DE LOS FUNCIONARIOS

Aunque una de las críticas persistentes a la teoría centrada en la sanción que ofrecieron Bentham y Austin era la relativa a su fracaso en reconocer que la gente, teóricamente, puede internalizar, aplicar y acatar reglas jurídicas incluso de no haber sanciones activadas por la desobediencia, otra crítica ha sido que el modelo de arriba hacia abajo implícito en los planteamientos de Bentham y Austin no podía explicar el hecho de que en los sistemas jurídicos modernos se espera que los funcionarios mismos obedezcan el derecho y que, de manera todavía más importante, normalmente así lo hacen³¹⁹.

Hemos visto que es posible, aunque difícilmente universal, que los sistemas jurídicos descansen, en última instancia, en acuerdos cooperativos independientes de la fuerza. Pero cuando nos referimos a los funcionarios, y en especial a los niveles más bajos de la jerarquía oficial, parece un error asumir que las recompensas y los castigos no cumplen ningún papel, o cumplen uno muy pequeño, en el aseguramiento de la obediencia del derecho por parte de dichos funcionarios. Los oficiales de policía en la mayoría de las democracias constitucionales están sujetos a incontables normas y regulaciones, algunas de ellas, aunque de ninguna manera todas, de origen constitucional. Y la mayoría de estas reglas y regulaciones están respaldadas por sanciones³²⁰. Los oficiales de policía que

³¹⁹ Véase HART, *The Concept of Law*, 50-78.

³²⁰ Un valioso repaso analítico del régimen estadounidense, que puede sujetar a a menudo sujeta a los oficiales de policía y a otros funcionarios de un relativo bajo nivel al sistema de la responsabilidad civil por actos a sabiendas inconstitucionales es el de John C. JEFFRIES JR., “The Liability Rule for Constitutional Torts”, *Virginia Law Review*, 99 (2013), 207-270.

transgreden las reglas jurídicas que constriñen sus acciones pueden ser, y son, castigados, y lo mismo sucede con los recaudadores de impuestos, agentes aduaneros, inspectores de seguridad laboral y la mayoría de los otros funcionarios administrativos. Una vez que vemos la medida en la cual los funcionarios operan en un entorno limitado por el derecho y sostenido mediante amenazas, podemos apreciar que puede haber poco para distinguir entre las preguntas sobre el cumplimiento por parte de los ciudadanos y el cumplimiento por parte de los funcionarios, al menos respecto de los niveles comparativamente bajos de la jerarquía oficial. Se espera que los ciudadanos obedezcan el derecho, y aunque en teoría podrían hacerlo por razones distintas del miedo a las sanciones o la esperanza de ser recompensados, hemos visto que el acatamiento ciudadano típicamente depende de las sanciones coercitivas, o cuando menos se ve reforzado por éstas. Lo mismo sucede con los oficiales de policía e incontables otros burócratas. De manera que la objeción contra la imagen austineana no es que no pueda dar cuenta de las normas que constriñen a los oficiales de policía y otros funcionarios sino que no puede dar cuenta de las restricciones jurídicas sobre las personas que crean las leyes que constriñen a los funcionarios o, en definitiva, de aquellas que constriñen a quienes redactan las leyes que constriñen a quienes redactan las leyes que constriñen a la policía.

La aceptación y obediencia del derecho incluso en ausencia de sanciones en la cima de la jerarquía jurídica es ciertamente un acertijo para el que la explicación austineana no tiene respuesta, pero también quedan cuestiones importantes sobre la obediencia de los funcionarios incluso en los niveles más bajos de la jerarquía oficial. Los jueces que desobedecen las normas que supuestamente constriñen su comportamiento, por ejemplo, a menudo permanecen libres de toda sanción. El juez que ignora una ley aplicable puede ver su decisión revertida por un tribunal de mayor rango³²¹,

³²¹ Eso puede o no operar como una sanción, tal como se vio en el capítulo 3.

pero cuando el más alto tribunal ignora, por decisión mayoritaria, una ley aplicable, los jueces de la mayoría resultan normalmente exentos de todo tipo de sanción³²². Y aunque se espera que las legislaturas obedezcan la constitución, frecuentemente es el caso que resulta ausente todo tipo de refuerzo formal de tal obligación. A menudo, y ciertamente en los Estados Unidos, por ejemplo, un oficial de policía que lleva a cabo un allanamiento o arresto inconstitucional o ilegal resulta sujeto al castigo administrativo y es posible que incluso tenga responsabilidad civil por el hecho³²³, pero un miembro de la legislatura que vota a favor de una ley que autoriza a los oficiales de policía a realizar allanamientos inconstitucionales no queda sujeto a ningún tipo de sanción formal. Consecuentemente, las preguntas difíciles sobre el rol de la coerción de dar respaldo a un orden jurídico se presentan mayormente en el contexto de los tribunales y las legislaturas cuya responsabilidad es sólo frente a la constitución, y cuyas obligaciones constitucionales no parecen estar normalmente reforzadas por sanciones en el sentido ordinario.

Podemos por lo tanto formular la pregunta directamente: ¿Obedecen los funcionarios el derecho? Hemos examinado el cumplimiento por parte de los ciudadanos en el capítulo 5, concluyendo que el acatamiento ciudadano del derecho, si es entendido como obediencia genuina a éste sólo porque se trata del derecho,

³²² El que los jueces de los así llamados tribunales supremos no estén sujetos a sanciones por decisiones erróneas no implica que sus conclusiones no estén influenciadas por incentivos. Los buenos jueces pueden ciertamente desear hacer sólo lo que el derecho les requiere, pero los jueces reales operan en un mundo en el que sus decisiones delinean sus reputaciones externas y la estima que les tienen sus colegas judiciales, los abogados, la prensa, el público y la historia. El grado de influencia de tales factores variará claramente de un juez a otro, pero parece una tontería asumir que para todos o incluso la mayoría de los jueces tales consideraciones son irrelevantes. véase Richard A. POSNER, "What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, 3 (1993), 1-41; Frederick SCHAUER, "Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior", *University of Cincinnati Law Review*, 68 (2000), 615-636.

³²³ Ibid.

bien puede ser, en toda su obvia variación temporal y geográfica, menor que lo que generalmente se supone. ¿Pero qué sucede con los funcionarios? ¿Acatan el derecho en razón de su aceptación y no por causa de la fuerza? ¿Son las sanciones menos importantes para los funcionarios que para los ciudadanos comunes? ¿Puede el porcentaje de funcionarios desconcertados, precisamente en el sentido que hemos estado analizando, ser mayor que el porcentaje de ciudadanos desconcertados?

Estas preguntas son interesantes e importantes no sólo por derecho propio sino también como un indicador relevante del acatamiento en general. Tal como se acaba de señalar, en muchos sistemas jurídicos desarrollados, los funcionarios de bajo o mediano nivel que violan las normas legales y constitucionales diseñadas para constreñir sus acciones oficiales están sujetos a sanciones relativamente ordinarias. Pueden ser castigados internamente por sus superiores, pueden ser demandados y requerírseles el pago de daños monetarios si se encuentra que han violado el derecho y pueden ser susceptibles de sanciones penales incluyendo la prisión y las multas. Pero a menudo ninguna de estas sanciones está disponible cuando se trata de funcionarios de alto nivel, sean del poder ejecutivo, el legislativo o el judicial. En los Estados Unidos, por ejemplo, los miembros del Congreso no están sujetos a sanciones (excepto en la urna de votos, lo que ahora examinaremos con mayor detenimiento) por votar en favor de leyes abiertamente inconstitucionales, y jueces, fiscales y muchos otros funcionarios ejecutivos de nivel más elevado tienen inmunidad del tipo de responsabilidad civil que típicamente está disponible en contra de los oficiales de policía, los funcionarios municipales y otros de rango similar que podrían violar la constitución o varias leyes estatales y federales que limitan sus acciones oficiales³²⁴. Como resultado, estos funcionarios operan

³²⁴ Véase JEFFRIES, "The Liability Rule...". Véase también Sheldon H. NAHMOD, *Civil Rights and Civil Liberties Litigation: The Law of Section 1983*, 4ª ed. (St. Paul, MN: West Group, 2008).

en un mundo en el que están ausentes las sanciones formales por acciones ilegales, dándonos un marco interesante para evaluar la medida en la que los sujetos de derecho, sin importar su estatus o posición oficial, obedecerán al derecho simplemente porque es el derecho cuando no hay sanciones sobre la mesa. Y la medida en que las sanciones disponibles para semejante ilegalidad oficial son impuestas por el proceso político —en el tribunal de la opinión pública, por así decirlo³²⁵—, la imposición o no imposición de tales sanciones políticas puede también decirnos algo sobre la medida en que el público mismo valora el cumplimiento del derecho cuando lo que éste exige difiere de las que serían las preferencias morales y políticas, independientes del derecho, del propio público.

El hecho de que la cuestión de la obediencia de los funcionarios en el ambiente común de la no imposición de sanciones es una ventana útil a la obediencia al derecho en general, no debiera cegarnos a la importancia de la cuestión de la obediencia de los funcionarios en sí misma. Considérese, por ejemplo, el “Estado de derecho”. Desde luego hay casi tantas ideas sobre el Estado de derecho como hay quienes piensan sobre éste³²⁶, pero existe un amplio acuerdo en que al menos uno de sus múltiples componentes es el requerimiento de que los funcionarios obedezcan el derecho³²⁷. Si los funcionarios no están ellos mismos sujetos a limitaciones jurídicas y si no están en general obligados por las mismas reglas que se aplican a los ciudadanos comunes, entonces el gobierno

³²⁵ Véase Frederick SCHAUER, “The Political Risks (If Any) of Breaking the Law”, *Journal of Legal Analysis*, 4 (2012), 83-101.

³²⁶ Un buen repaso de varias teorías y componentes del Estado de derecho es el de Richard H. FALLON JR., “‘The Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, 97 (197), 1-56.

³²⁷ Ronald A. CASS, *The Rule of Law in America* (Baltimore, MD: John HOPKINS University Press, 2003), 34-45; Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 212; Geoffrey de Q. WALKER, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy* (Melbourne, Australia: Melbourne University Press, 1988), 31-32.

último no es del derecho, sino de las personas que controlan los recursos del puro poder.

Pero aunque la idea del Estado de derecho parece requerir la obediencia de los funcionarios como cuestión normativa, la cuestión descriptiva es la de si en efecto ellos obedecen. De maneras importantes, la respuesta a esto es claramente “sí”, al menos en la mayoría de las sociedades democráticas. Los funcionarios ocupan sus cargos —es decir, se vuelven funcionarios en lugar de ciudadanos comunes— en virtud del derecho y el derecho en su rol constitutivo juega un papel destacado en el establecimiento mismo de un gobierno. Con seguridad, hay países en los que las restricciones implícitas de las normas constitutivas son dejadas de lado con demasiada facilidad, al servicio de la ventaja política y el nudo poder. Pero la mayor parte del tiempo en la mayoría de las democracias —o todo el tiempo en todas las democracias, dependiendo de la definición que uno tenga de “democracia”— los funcionarios electos que dejan sus cargos luego de perder elecciones, lo hacen por el poder constitutivo del derecho, y así sucede también con la disposición de los funcionarios a no implementar legislación que no ha sido promulgada de acuerdo al procedimiento establecido. De estas y muchas otras formas, el derecho es importante para establecer la estructura misma del gobierno. Como vimos en el capítulo 3 cuando exploramos la distinción entre reglas constitutivas y regulativas, y con ello entre derecho constitutivo y regulativo, el derecho cumple un importante papel, tanto en teoría como en práctica, en la limitación y constreñimiento del comportamiento, incluido el de los funcionarios públicos al establecer la naturaleza misma de sus poderes.

Pero el derecho tiene su lado regulativo a la par del constitutivo, y la respuesta a la pregunta de si la faz regulativa del derecho en efecto constriñe el comportamiento oficial jurídicamente constituido es un tanto más difícil. A menudo, como se ha señalado más arriba, los funcionarios obedecerán las reglas que los

restringen, pero precisamente por causa de la fuerza coercitiva de las sanciones que se ligan a la desobediencia. Ahora bien, cuando las restricciones sobre los funcionarios públicos no son respaldadas por sanciones, tal como recién hemos mencionado, ¿dejan los funcionarios realmente de lado sus juicios morales, políticos y de estrategia, en favor del derecho? Esta es la pregunta a cuya respuesta ahora nos dirigiremos.

6.6. ¿CUÁNDO Y CÓMO CONSTRIÑE EL DERECHO (SI ES QUE LO HACE) AL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

Considérese la ampliamente discutida cuestión de los ataques aéreos, tripulados y con drones, de Estados Unidos a Libia en 2012. Cuando las fuerzas revolucionarias de Libia intentaron destituir al gobierno del presidente Muamar el Gadafi, el gobierno estadounidense, por causa de un complejo abanico de razones humanitarias, estratégicas y políticas, acudió en apoyo de las fuerzas revolucionarias, y lo hizo a través de ataques aéreos y bombardeos con drones, en contra de las fuerzas gubernamentales. Lo que hizo de estos ataques una cuestión jurídica disputada en Estados Unidos fue la existencia de una ley de 1973 llamada Resolución sobre los Poderes de Guerra [*War Powers Resolution*]³²⁸ que requería que el presidente, en tanto comandante en jefe de las fuerzas armadas, se asegurara de la aprobación del Congreso para el involucramiento en “hostilidades” en el extranjero que duraran más de sesenta días. Estaba fuera de disputa que los ataques duraron más de sesenta días y que el Congreso no había dado su aprobación. Enfrentada con lo que parecía un caso claro de ilegalidad, la administración Obama inicialmente intentó sostener que el uso de los drones,

³²⁸ Pub. L. No. 93-148, 87 Stat. 55 (1973), codified at 50 U.S.C. §§1541-1548 (2010). La ley fue promulgada primeramente como una respuesta a la incursión en Camboya no autorizada por el Congreso, durante la presidencia de Richard Nixon. Para un punto de vista sobre esta historia, véase Thomas F. EAGLETON, *War and Presidential Power: A Chronicle of Congressional Surrender* (New York: Liveright, 1974).

que suponía leve riesgo para ciudadanos estadounidenses, ni siquiera constituía “hostilidades” para los propósitos de la ley³²⁹. Este argumento fue ampliamente ridiculizado, incluso por los aliados políticos del presidente³³⁰, y se aceptó de forma extendida entonces que las acciones del presidente eran contrarias a la ley. Pero no se perdieron vidas estadounidenses, y el resultado de la intervención innegablemente incluyó la remoción del poder de un hombre generalizadamente considerado un sádico déspota. Frente a lo que pareció una política y un resultado político favorables, el hecho de la ilegalidad, que atrajo algunos días de atención y crítica mediática y política, fue pronto olvidado. En ausencia de algún mecanismo plausible de ejecución de una sanción jurídica y con la presencia de un resultado político positivo, el hecho de la ilegalidad resultó en definitiva irrelevante.

Al menos en Estados Unidos, este resultado tuvo poco de inusual. Muy a menudo, los funcionarios que son inmunes por una u otra razón a las sanciones jurídicas infringen el derecho con alguna frecuencia y sufren pocas o ninguna repercusión política o personal por así hacerlo. Para ser más precisos, cuando los funcionarios realizan acciones que resultan exitosas en términos políticos y de administración, el hecho de que sean ilegales parece marcar poca o ninguna diferencia. Cuando, anticipando correctamente el cambio de mareas en la opinión pública, los alcaldes de San Francisco, en

³²⁹ Harold Hongju KOH (Asesor jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos), “Statement Regarding the Use of Force in Libya,” Marzo 26, 2011, disponible en <http://www.state.gov/s/releases/remarks/159201.html>.

³³⁰ Trevor W. MORRISON, “‘Hostilities’”, *Journal of Law*, 1 (*Public Law Miscellaneous*) (2011), 233-236; Trevor W. MORRISON, “Libya, ‘Hostilities,’ the Office of Legal Counsel, and the Process of Executive Branch Interpretation”, *Harvard Law Review Forum*, 124 (2011), 62-74. Véase también Louis FISHER, “Military Operations in Libya— No War? No Hostilities?”, *Presidential Studies Quarterly*, 42 (2012), 176-189; Robert J. SPITZER, “Comparing the Constitutional Presidencies of George W. Bush and Barack Obama: War Powers, Signing Statements, Vetoes”, *White House Studies*, 12 (2013), 125-146.

California y New Paltz, en New York, realizaron ceremonias civiles de casamiento entre parejas del mismo sexo en plena contradicción del derecho existente en ese momento, no sufrieron penalidades formales o políticas³³¹. De manera análoga, los miembros del Congreso, en años recientes, han propuesto suspensiones salariales para el Congreso mismo, como una forma de crear una motivación real y simbólica para lidiar responsablemente con los déficits presupuestarios. No obstante, aunque dichas suspensiones de salario en aparente auto-sacrificio, al no mediar una elección, claramente violarían las claras palabras de la vigesimoséptima enmienda de la constitución, las objeciones constitucionales a las propuestas han sido rechazadas como fundamentalmente irrelevantes. Cuando una ley federal llamada *Posse Comitatus* [*Posse Comitatus Act*]³³² prohibió el uso de tropas federales para el auxilio tras el desastre del huracán Katrina sin una petición formal del gobernador, petición que no se formulaba, el alcalde de New Orleans, Ray Nagin, con pocas objeciones, anunció explícitamente que no le preocupaba la ley y exigió que se enviaran tropas inmediatamente³³³. Así, en estas y otras muchas ocasiones, la ilegalidad de ciertas políticas y decisiones oficiales que resultaron bien fue ampliamente ignorada³³⁴. Cuando las acciones no resultan exitosas en tanto que políticas públicas, la ilegalidad sí parece incrementar el castigo político y por ende es un error pensar que el derecho regulador marca una diferencia apenas importante³³⁵. Pero cuando se da un conflicto claro entre lo

³³¹ Jennifer MEDINA, “Charges Dropped against Mayor Who Performed Gay Weddings”, *New York Times*, July 13, 2005, B5; Dean E. MURPHY, “California Supreme Court Considers Gay Marriage Licenses”, *New York Times*, May 26, 2004, A14.

³³² 18 U.S.C. §1385 (2010).

³³³ Véase la entrevista con Ray Nagin, alcalde de New Orleans, en *When the Levees Broke: A Requiem in Four Acts* (HBO Documentary Films, 2006).

³³⁴ Para otros ejemplos véase Frederick SCHAUER, “When and How (If at All) Does Law Constrain Official Action?”, *Georgia Law Review*, 44 (2010), 769-801; Frederick SCHAUER, “Ambivalence about the Law”, *Arizona Law Review*, 49 (2007), 11-28.

³³⁵ Véase SCHAUER, “The Political Risks...”.

que exige el derecho y lo que un funcionario político cree que es la mejor decisión política, consideradas todas las cosas excepto el derecho mismo, hay numerosos ejemplos que sugieren que el poder de una restricción jurídica no ejecutable por la fuerza es mínimo. Ciertamente, David Hume identificó el fenómeno hace siglos:

En 1662, [el Rey] Carlos, invocando tanto los derechos de su supremacía como su poder de suspensión, había otorgado una indulgencia o tolerancia y en 1672 renovó el mismo edicto; pensó que las protestas de su parlamento lo obligaban, en ambas ocasiones, a retractarse y, en última instancia, el triunfo del derecho sobre esas prerrogativas fue considerado muy grande y memorable. En general, podemos remarcar que, allí donde el ejercicio del poder de suspensión era encomiable y útil, el poder en sí mismo recibía poco cuestionamiento; donde el ejercicio era tenido por susceptible de excepciones, los hombres no sólo se oponían a él, sino que procedían a negar por completo la legalidad de la prerrogativa sobre la que se lo fundaba.³³⁶

De este modo, la tesis aquí, en consonancia con la idea de Hume en 1778, no es que no pueda haber sanciones políticas o de la opinión pública contra la ilegalidad. Puede haberlas, pero la cuestión es si las sanciones políticas tienden a relacionarse con la sustancia de primer orden de las decisiones, con la legalidad o ilegalidad marcando, por sí mismas, poca diferencia. Una conclusión plausible es que esta última imagen es a menudo la correcta, donde los procesos políticos y de formación de la opinión pública rara vez toman al derecho en sí mismo como un determinante importante de las recompensas o los castigos políticos³³⁷.

³³⁶ David HUME, *The History of England, from the Invasion of Julius Caesar to the Revolution of 1688*, vol. 6 (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 1983) (1778), 482. Le agradezco la referencia a Jon Elster.

³³⁷ Eric A. POSNER & Adrian VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (New York: Oxford University Press, 2010), 15; Frederick SCHAUER, "The Political Risks...".

Aunque Hume estaba hablando sobre Inglaterra, la mayor parte de las observaciones que se han hecho hasta aquí están restringidas a los Estados Unidos, y por ende pueden resultar menos plausibles para otros lugares. Esto es, puede ser que los votantes, la prensa y otros elementos constitutivos de la opinión pública y el poder político tengan un peso mayor sobre la legalidad *per se* en otros países que el que tienen en Estados Unidos³³⁸. Y dada esta posibilidad, el ejemplo estadounidense aquí puesto no pretende constituir una tesis global, o siquiera una tesis definitiva sobre los Estados Unidos. Más bien se lo presenta para sugerir que, tal como es con los ciudadanos, la obediencia al derecho por parte de los funcionarios, ausente la amenaza de sanciones jurídicas formales, bien puede ser menor de lo que comúnmente se asume.

Por cierto, la cuestión bien puede ser incluso más importante respecto de los funcionarios que de los ciudadanos. Incontables dinámicas personales y políticas llevarán a los funcionarios, aun a los bienintencionados, a tener gran confianza en la sensatez y hasta en la moralidad de sus conclusiones en materia de políticas públicas. Pero el derecho existe, en parte, porque ni la buena fe ni la confianza son indicadores particularmente confiables de la sensatez de los funcionarios. Las políticas implementadas con los mejores motivos y con pocas dudas por parte de sus diseñadores pueden ser, y frecuentemente son, equivocadas. Y si también aquellos funcionarios que actúan de buena fe y con mucha confianza en la sensatez de sus acciones están sin embargo errados a menudo, entonces un papel importante del derecho es el de constreñir no sólo a aquellos de motivos sospechosos, sino también a las bienintencionadas inclinaciones de los funcionarios.

³³⁸ Véase P. S. ATIYAH & R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1987), quienes sostienen que la cultura jurídica estadounidense es menos formal que la del Reino Unido, y que por ello supone un menor interés en el derecho *qua* derecho cuando éste entra en conflicto con consideraciones sustanciales.

Este papel del derecho es especialmente evidente en el contexto de las constituciones. Comúnmente se cree que el principal propósito de una constitución es el de prevenir que funcionarios malvados o interesados en sí mismos operen en detrimento del bien común. Y aunque ese es ciertamente un propósito de la constitución, uno presumiblemente más importante es el de evitar que los bienintencionados funcionarios tomen las decisiones equivocadas. Por decirlo de otro modo, una constitución existe en parte para evitar que los malos funcionarios hagan cosas malas, pero también existe, y de forma más importante, para evitar que los funcionarios buenos hagan lo que creen que son buenas cosas, o que aun pueden ser buenas cosas en el corto plazo, en detrimento del interés público a largo plazo. Si estos tipos de limitaciones de segundo orden o incluso aparentemente plausibles decisiones políticas de primer orden son a menudo importantes, podemos entonces empezar a entrever por qué las sanciones pueden ser incluso más importantes en el contexto del derecho público que en el del derecho privado.

LA OBEDIENCIA FORZADA

7.1. EL ARGUMENTO HASTA AQUÍ

Si estuviésemos buscando las propiedades esenciales del derecho, el examen de la parte descriptiva de la obligación de obedecer el derecho sería una divagación. Después de todo, algo muy parecido a un sistema jurídico podría existir sin la coerción o ninguna otra forma de incentivos para la obediencia impuestos externamente³³⁹. Y en tanto sea posible un sistema jurídico libre de coerción, ésta ya no sería una propiedad conceptualmente necesaria del derecho. Por ello, si nuestra investigación fuese sobre las propiedades necesarias o esenciales del derecho, la mera posibilidad de un derecho sin coerción o sanciones haría que no tuviese sentido indagar en

³³⁹ Véase especialmente Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 169-170 y el cautivador análisis que SHAPIRO hace de un club de cocina ficticio que luego se transforma, de manera todavía más ficticia, en una Isla de los Cocineros. Véase también Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999), 159-160; Hans OBERDIEK, “The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems”, *American Journal of Jurisprudence*, 21 (1976), 71-94, en 73.

qué medida la gente obedece realmente el derecho simplemente por ser el derecho.

Sin embargo, aunque sabemos que en teoría podría existir un derecho sin sanciones y sin coerción, sabemos también que, con quizás alguna excepción, no existen de hecho tales sistemas jurídicos³⁴⁰. Hasta H.L.A. Hart, cuyo argumento contra Austin es comúnmente tomado como que estableció definitivamente que la coerción no es una propiedad esencial del concepto de derecho, admitió que la coerción es una “necesidad natural” en todos los sistemas jurídicos reales y que todo sistema jurídico existente parece reconocer la necesidad de alguna forma de forzar el cumplimiento del derecho³⁴¹.

De manera que todo depende de la naturaleza de la investigación que se quiera llevar a cabo. Si nuestra tarea fuera la búsqueda de las propiedades esenciales del derecho en todos los sistemas jurídicos en todos los mundos posibles, tendría poco sentido en interesarse demasiado por la fuerza, las sanciones, la coerción y los varios incentivos de autointerés. En una comunidad de ángeles³⁴², una sociedad de individuos universalmente comprometidos con la

³⁴⁰ De este modo, incluso Shapiro, que está entre los más destacados de quienes proponen que la coerción no es esencial para el derecho y que sostiene que la no esencialidad de la coerción es importante para la teoría del derecho, admite, en lenguaje hobbesiano, que “[p]or cierto, es probable que la vida fuese pobre, desagradable, brutal y corta sin sistemas jurídicos que mantengan el orden mediante la amenaza de coerción”. SHAPIRO, *Legality*, 175. Lo mismo es para Joseph Raz. Véase Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 158-159; Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980), 150-151, 185-186.

³⁴¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 199. Véase también Kenneth Einar HIMMA, “Law’s Claim of Legitimate Authority”, en Jules Coleman, ed., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to “The Concept of Law”* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 271-309, en 307-309.

³⁴² RAZ, *Practical Reason and Norms*, 159-160.

cooperación en pro del bien común, el derecho sería necesario para gestionar la coordinación y la cooperación, pero la obediencia al derecho *qua* derecho sería lo suficientemente aceptada como para que la coerción resulte innecesaria. Y en la medida en que podemos imaginar una comunidad de ángeles semejante, universalmente comprometida con el uso de un derecho libre de coerción con el fin de promover un objetivo o plan común, la coerción aparece como no ya *necesaria*, o como no-contingente, para que haya derecho. El hecho mismo de que la comunidad de ángeles, hipotética pero concebible, no habría de necesitar de la coerción, haría que ésta pierda su sitio en una explicación de las propiedades conceptualmente necesarias del derecho³⁴³.

Sin embargo, ¿qué sucede si nuestra investigación es acerca de qué es típico del derecho en lugar de qué es necesario en él? ¿O qué tal si es acerca de lo que es universal sobre el derecho, pero que lo es sólo de manera empírica y contingente? En este caso, como concluimos en el capítulo 3, lo que Hart llamó una necesidad natural vuelve a entrar en escena. No obstante, incluso para Hart y reconociendo la ambigüedad de su propio compromiso con el esencialismo metodológico³⁴⁴, la natural necesidad de coerción no era verdaderamente parte de la escena. Y esto es en gran medida porque Hart consideraba que la persona desconcertada —la persona inclinada a obedecer el derecho sólo porque es el derecho y que quiere saber qué es lo que éste le exige— era un rasgo importante del panorama jurídico en la mayoría de las modernas sociedades

³⁴³ A menos que haya alguna duda acerca de la naturaleza de las tesis de Austin sobre el estatus de la coerción, tesis en contra de las cuales argumentan Hart y sus predecesores, vale la pena enfatizar que la teoría del derecho centrada en las sanciones que Austin ofrece procuraba dar con “la esencia o naturaleza común a todas las leyes propiamente dichas” John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfrid E. Rumble, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995) (1832), 12.

³⁴⁴ Véase Frederick SCHAUER, “Hart’s Anti-Essentialism”, en Andrea Dolcetti, Luis Duarte d’Almeida, & James Edwards, eds., *Reading H.L.A. Hart’s “The Concept of Law”* (Oxford: Hart Publishing, 2013).

avanzadas³⁴⁵. Si tales sociedades están generalmente pobladas de gente que está inclinada a obedecer el derecho sin necesidad de la coerción, un énfasis en ella, incluso cuando sea necesaria para constreñir a los transgresores, es empíricamente distorsivo. La renuencia de Hart y algunos otros a poner el foco sobre la coerción a la hora de explicar el fenómeno del derecho aparece entonces como basada no sólo en la preocupación por las propiedades conceptualmente necesarias del derecho, sino también en la existencia presupuesta de cantidades sustanciales de personas desconcertadas³⁴⁶. La resistencia a ver la coerción como algo central para la juridicidad tal como es experimentada puede entonces ser un signo, tal como lo fue para Hart, de la creencia en la proposición de que la existencia misma del derecho es a menudo una razón para la acción, para la mayoría de los ciudadanos y la mayoría de los funcionarios.

Tal como vimos en los capítulos 5 y 6, sin embargo, la creencia en que la internalización del derecho *qua* derecho es ampliamente extendida, con independencia de las sanciones, está probablemente equivocada. La cuestión es seguramente empírica y varía según tiempo y lugar, pero parece haber demasiada aserción de la proposición general de que la así llamada gente desconcertada existe en números significativos en los sistemas jurídicos modernos, y en cambio poco apoyo empírico para ella.

³⁴⁵ El “hombre desconcertado” es introducido en HART, *The Concept of Law*, 40. Posteriormente, Hart hace comentarios acerca del “número y la fuerza” de quienes realizan “abstenciones mutuas” de sus propios intereses en favor del cumplimiento del derecho (197-198).

³⁴⁶ Ciertamente, incluso algunos teóricos que creen que la coerción es importante para la teoría del derecho suponen que la obediencia al derecho que no es producto de la coerción, sino sólo porque se trata del derecho, es algo ampliamente extendido. Nóteselo en lo siguiente: “La mayoría de nosotros, en algún momento u otro, hemos cumplido con algún precepto jurídico debido al riesgo de ser descubiertos en el incumplimiento y penados por ello. Y sospechamos que algunas personas más recalcitrantes ignorarían persistentemente sus deberes jurídicos si no fuera por la eventual activación de la coacción”. Grant LAMOND, “The Coerciveness of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000), 39-62.

Más allá de su probable falta de exactitud empírica, aceptar la proposición de que muchos ciudadanos han internalizado el valor de acatar el derecho simplemente porque es el derecho es también problemático porque puede llevarnos a ignorar rasgos empíricos importantes, aunque contingentes, del fenómeno de la juridicidad. Uno de ellos se relaciona con el alcance de los fenómenos que nos proponemos explicar. En muchas sociedades —llámeselas no democráticas, totalitarias o despóticas— el derecho parece existir también en un extendido clima de temor. Los déspotas establecen reglas, sus subordinados las aplican y la gente cumple con las reglas por razones relacionadas casi en su totalidad con el miedo. En la mayoría de las tiranías la proporción entre la cantidad de personas con temor y el grado de lo que es impuesto a través del temor es comúnmente muy amplia. Por cierto, este dominio a través del miedo puede ser definitorio de lo que constituye una tiranía. Pero aunque las tiranías claramente no son buenas sociedades, sí parecen tener algo como un derecho. Sus normas pueden estar sustancialmente manchadas y ser procedimentalmente defectuosas, pero quienes están sujetos a ellas las entienden, no obstante, como derecho. Y dista de ser claro que estén equivocados al tomárselas así. Los sistemas jurídicos tiránicos están, después de todo, conectados internacionalmente con Estados políticos reconocidos. Asimismo, sus líderes y tal vez un pequeño grupo de aliados normalmente han internalizado una regla de reconocimiento última. Y en tales sistemas hay de ordinario no sólo reglas primarias de aplicación general sino también reglas secundarias que permiten a los ciudadanos y los funcionarios identificar las reglas primarias y resolver controversias a las que se apliquen esas reglas primarias así identificadas³⁴⁷. A pesar de que en las tiranías típicas casi todas las reglas primarias y la mayoría de las reglas secundarias son efectivas a través de la amenaza del uso de la fuerza, todavía vemos en ellas la unión de

³⁴⁷ Véase HART, *The Concept of Law*, 79-99.

reglas primarias y secundarias que para Hart, al menos, era la clave para comprender la naturaleza de un sistema jurídico y la transformación de una sociedad pre-jurídica en una jurídica³⁴⁸. De modo que si buscamos entender el derecho en sociedades tiránicas y no democráticas tanto como en países atrayentes como Nueva Zelanda y Noruega, parece un error ignorar el papel de la fuerza en el apoyo que brinda y la manera en que permea al buen número de sistemas jurídicos cuyo régimen de reglas generales primarias y secundarias es hecho efectivo en gran medida a punta de pistola.

Seguramente hay algunos teóricos del derecho que disputarían la conclusión de que un régimen que se sostiene en (o demanda) nada más que la obediencia basada en la fuerza cuente siquiera como un sistema jurídico. De manera más destacada, Joseph Raz sostiene que es una característica esencial del derecho el que reclama (pero no necesariamente posee) autoridad legítima³⁴⁹. De forma relacionada, Scott Shapiro sostiene que para que un pretendido sistema jurídico cuente como genuinamente jurídico, debe tener aspiraciones morales³⁵⁰. Pero la adopción de cualquiera de estas restricciones sobre la definición de lo jurídico parece excluir demasiado. Después de todo, muchos pretendidos sistemas jurídicos de muchos pretendidos países reclaman poco o nada más que el poder para hacerles cosas malas a sus súbditos en caso de desobediencia. Considérese por ejemplo esos Estados-Nación enfocados sólo en la acumulación de riqueza y poder para sus

³⁴⁸ Ibid., 79, 96-97.

³⁴⁹ Esta es la caracterización que, sin adhesión, se ofrece en Mark GREENBERG, "The Standard Picture and Its Discontents", *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1, Leslie Green & Brian Leiter, eds. (2011), 39-106, en 91. Entre los textos de Raz que Greenberg sintetiza con precisión se incluyen Joseph RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986); Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999); Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979).

³⁵⁰ Scott SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 391-392.

líderes, tales como las Filipinas de Marcos, el Zaire de Mobutu, la Indonesia de Suharto, la Serbia de Milošević y el Haití de “Papa Doc” Duvalier. Estas naciones, a las que a veces se las refiere algo en broma como “cleptocracias”, pocas veces afirman tener metas morales³⁵¹, de modo que no son lo mismo que países que afirman ser moralmente íntegros pero que decididamente no lo son, como la Alemania nazi o la Rusia estalinista. Y rara vez las cleptocracias reclaman siquiera legitimidad, distinta de la que viene del crudo poder, la mayor cantidad de armas y la imposición del miedo. Pero tales regímenes sí afirman tener un derecho, y el derecho que afirman tener no es, por lo común, una mera colección asistemática de órdenes particulares del déspota³⁵². Tienen reglas primarias de conducta escritas, que dan lugar a castigos para los sujetos que las infringen, y tienen reglas secundarias internalizadas, incluso si la sistematicidad jurídica resultante está solamente al servicio de la eficiencia y a pesar de que la eficiencia esté solamente para el beneficio de los déspotas o la élite gobernante. Ciertamente, en muchos de estos Estados no hay siquiera la pretensión o el fingimiento de legitimidad. Pero si nuestra meta es la explicación y comprensión del fenómeno del derecho, es poco claro que vayamos a querer concluir que un gran número de sistemas de control social basados en la estructura estatal y en la reglamentación organizada no son derecho en absoluto³⁵³ y es poco claro que muchos actua-

³⁵¹ Aunque sus líderes en ocasiones justifican su poder en la finalidad moral del anticolonialismo.

³⁵² Un buen análisis del planteamiento de que el derecho necesariamente reclama (aunque no necesariamente posee) autoridad legítima es el de Brian Bix, “Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory”, *Rechtstheorie*, 37 (2006), 139-149, en 146-148.

³⁵³ GREENBERG (“The Standard Picture...”, 103) sostendría que tales sistemas representan un derecho defectuoso, y no se opondría a que su posición sea distinguida de la de Bentham, Austin y algunas ramas de la subsiguiente tradición positivista. Pero luego queda la cuestión de para lograr qué cosas es que se diseña una explicación del derecho. Si, siguiendo a Bentham y Austin, una explicación teórica del derecho

les y anteriores miembros de Naciones Unidas, por ejemplo, no tengan derecho en absoluto. Si, consiguientemente y dados nuestros propósitos de explicación y comprensión, deseamos incluir a los sistemas jurídicos de las tiranías y las cleptocracias dentro del ámbito de lo que buscamos explicar, nos vemos duramente presionados si negamos el papel central de la coerción en el sostén de tales sistemas. Con la expansión del ámbito del fenómeno que queremos explicar obtenemos una nueva ventana a través de la cual observar la importancia jurídica de la coerción, porque es la coerción en su sentido más básico lo que nos permite comprender al derecho tal como existe tanto en sociedades malas como buenas.

Al margen de las cuestiones sobre qué sistemas jurídicos deseamos comprender, asumir equivocadamente la existencia generalizada de personas desconcertadas nos conducirá a conclusiones erróneas acerca de la naturaleza y la experiencia de la juridicidad aun en sistemas jurídicos modernos no tiránicos. Una vez que clarificamos cuidadosamente qué es exactamente obedecer el derecho simplemente porque es el derecho, y una vez que comprendemos el error en presuponer que todas las acciones motivadas moralmente y que no son autointeresadas que resultan ser consistentes con el derecho, están en efecto basadas en el derecho, podemos apreciar que la existencia —o no— de personas desconcertadas, inclusive en avanzadas democracias liberales, se presenta como un tema importante. Puede resultar valioso para ciertos propósitos desarrollar una teoría que intente entender las obligaciones jurídicas desde la perspectiva de la persona desconcertada, pero si la mayoría de los sistemas jurídicos reales están poblados por muchos “malos”³⁵⁴ y

se diseña para ser descriptiva con tan pocos trazos de evaluación moral como sea posible, es entonces necesario que pueda ser capaz de describir y explicar *en tanto que derecho* a los sistemas apuntados en el texto, algo que una explicación que requiera que todo derecho reclame autoridad legítima parece incapaz de lograr.

³⁵⁴ Repitamos que la palabra “malo”, usada primeramente por Holmes en este contexto y luego empleada por Hart en su contrapunto con él, debiera ser entendida de un

pocas personas desconcertadas, una teoría basada en estas últimas fracasará en la tarea de dar cuenta satisfactoriamente del fenómeno del derecho tal como es efectivamente experimentado tanto por los jueces como por los ciudadanos comunes. Si, como hemos visto, dista de ser claro que haya personas desconcertadas en la cantidad que suponen Hart, Tyler³⁵⁵ y otros, sea entre la ciudadanía o entre los funcionarios, entonces hemos dado un gran paso en dirección a la comprensión de la necesidad natural de la coerción para todos o virtualmente todos los sistemas jurídicos que conocemos. Si la gente en general no está inclinada a obedecer el derecho *qua* derecho, la coerción reaparece como la manera obvia en que incluso los sistemas jurídicos avanzados de las democracias maduras pueden asegurar el acatamiento. Tal como famosamente observó James Madison, “Si los hombre fuesen ángeles, no sería necesario gobierno alguno”³⁵⁶, pero con idéntica facilidad podría haberse estado refiriendo al derecho.

La escasez de personas desconcertadas, sea entre los ciudadanos o entre los funcionarios, no debería resultar sorprendente. Una vez que comprendemos que la gente a menudo se comporta por razones morales y de manera altruista³⁵⁷, el derecho se nos

modo técnico y no peyorativo. La persona “mala” es alguien cuyas decisiones iniciales acerca de qué hacer no están influenciadas por el derecho pero que bien pueden estar influenciadas por la moralidad. La mala persona, entonces, procede a obedecer el derecho sólo por la amenaza de sanciones, aun si basó su decisión inicial en valores y motivaciones morales, con independencia de toda sanción.

³⁵⁵ Tom R. TYLER, *Why People Obey the Law*, 2ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006), tratado *supra*, capítulo 5.

³⁵⁶ *The Federalist*, N° 10 (1787-1788).

³⁵⁷ Véase el capítulo 4. Véase también Elliot SOBER & David Sloan WILSON, *Unto Others: The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998); Karl AQUINO & Americus I. REED, “The Self-Importance of Moral Identity”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 83 (2002), 1423-1440; Daniel M. BARTELS, “Principled Moral Sentiment and the Flexibility of Moral Judgment and Decision Making”, *Cognition*, 108 (2008), 381-417; Daniel M. BARTELS & Douglas L. MEDIN, “Are Morally Motivated Decision Makers

presenta alejado del autointerés no ya un paso, sino dos. Está el autointerés, en sí mismo, y está luego la probada disposición de la gente y de los funcionarios a hacer lo que consideran correcto (incluido el involucramiento en comportamientos cooperativos y el cumplimiento con normas sociales distintivas) y hasta a realizar algo de sacrificio personal. Pero luego está el derecho, que logra su efecto y mucha de su importancia precisamente cuando le dice a las personas que aquello que piensan que es lo correcto hacer, e incluso cuando lo que es correcto hacer no va necesariamente en el mejor interés de ellas, no es lo que debieran hacer. Cuando se lo ve de esta forma —cuando comprendemos que el valor del derecho a menudo descansa en su capacidad para conseguir que la gente deje de lado no sólo su interés propio sino también su no necesariamente autointeresado juicio personal— el desafío de asegurar la obediencia al derecho sólo porque es el derecho se vuelve mucho más comprensible. Como lo expresó Christian Morris, “la coerción y la fuerza son necesarias cuando la pretendida autoridad [jurídica] del Estado no es apreciada, es defectuosa o está ausente”³⁵⁸, y bien puede ser que los teóricos, en particular, sean a menudo quienes justamente no aprecian cuán seguido es depreciada la autoridad del Estado.

Habiéndonos así liberado de los grilletes intelectuales de la creencia en que la teoría del derecho consiste necesaria y exclu-

Insensitive to the Consequences of Their Choices?”, *Psychological Science*, 18 (2007), 24-28; Ernest Q. CAMPBELL, “The Internalization of Moral Norms”, *Sociometry*, 27 (1964), 391-412; John DARLEY, “Research on Morality: Possible Approaches, Actual Approaches”, *Psychological Science*, 4 (1993), 353-357; Ernst FEHR & Urs FISCHBACHER, “Social Norms and Human Cooperation”, *Trends in Cognitive Sciences*, 8 (2004), 185-190; Jonathan HAIDT, “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”, *Psychological Review*, 108 (2001), 814-834; Dennis L. KREBS, “Morality: An Evolutionary Account”, *Perspectives on Psychological Science*, 3 (2008), 149-172.

³⁵⁸ Christopher W. MORRIS, “State Coercion and Force”, *Social Philosophy and Policy*, 29 (2012), 28-49.

sivamente en la búsqueda de los criterios esenciales del derecho o, todavía peor, la búsqueda de propiedades individualmente necesarias y conjuntamente suficientes, somos libres de buscar las características universalmente ordinarias, típicas o contingentes del derecho³⁵⁹. Difícilmente sea la coerción la única de característica de este tipo, pero parece estar entre las más importantes. Y la no necesaria importancia de la coerción está en función de la relativa escasez de las así llamadas personas desconcertadas y funcionarios desconcertados, por razones que ahora estamos bien situados para comprender. Dado que los mandatos jurídicos, cuando marcan una diferencia, están por lo común a dos pasos alejados del autointerés individual y aun a un paso del mejor juicio individual, la coerción parece necesaria para motivar tanto a los ciudadanos como a los funcionarios a emprender acciones del mismo modo alejadas de los juicios por ellos mismos ponderados. Esta es la razón por la que la coerción es tan ubicua en el derecho y es la razón por la que la coerción puede ser el rasgo que probablemente, si no lógicamente, distingue al derecho de otros sistemas normativos y de otros numerosos mecanismos de organización social.

7.2. LOS INCENTIVOS PARA EL CUMPLIMIENTO

La idea empírica básica que aquí se ofrece es que aunque la gente puede estar dispuesta a sacrificar su propio interés al servicio de la moral o en la búsqueda de políticas públicas que contribuyan al bien común, hay escaso apoyo empírico para la opinión de que las personas están dispuestas a supeditar voluntariamente sus pro-

³⁵⁹ Nótese que 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.

pios juicios sobre lo que exigen la moral y el trazado de políticas públicas al juicio moral o político dado por el derecho y que ellas consideren equivocado. En consonancia con esto, si el derecho ha de hacer lo que necesita hacer —lo que a menudo consiste en imponer un sentido colectivo de buena política o acciones sensatas sobre el juicio individual al respecto, frecuentemente equivocado, de las personas— debe encontrar una manera de motivar a la gente a hacer juicios o emprender comportamientos que no sólo no van en favor de sus propios intereses, sino que también con frecuencia considera que implica errores morales o políticos.

Obviamente una forma de hacer que las personas hagan cosas que consideran un sacrificio personal, o poco sensatas, es forzarlas a que las hagan. Bentham pensaba que la amenaza de la fuerza era la manera más efectiva de motivar a la gente a que acate el derecho y Austin puede haber creído que era la única manera, pero semejante visión es demasiado cruda. La gente desea evitar al verdugo y otras formas menos definitivas de castigo y de consecuencias desagradables, pero la motivación humana es algo más complejo que esto. Bentham y Austin pueden haber excluido a las recompensas y otros incentivos no punitivos de sus definiciones de derecho, pero hasta ellos comprendieron que los incentivos para el acatamiento y la acción en general eran complejos y no se trataban simplemente de evitar lo desagradable, una cuestión sobre la que volveremos en el capítulo octavo. Ellos y nosotros comprendemos que la gente responde a recompensas tanto como a castigos, y tal como las personas están a menudo dispuestas a supeditar sus propios intereses y juicios con el fin de evitar sanciones negativas, están también a menudo dispuestas a hacer básicamente lo mismo por la esperanza de una recompensa o alguna otra ganancia. Ciertamente, la complejidad de los factores externos que pueden motivar el cumplimiento es tanto más rica que el basto modelo ofrecido por Bentham y Austin, que dedicaremos todo el capítulo octavo y buena parte del noveno a explorarla.

A modo de anticipo, entonces, podemos apuntar ahora que hasta la equiparación de las sanciones negativas con lo particularmente desagradable de la mayoría de las formas de castigo es algo demasiado estrecho. El castigo penal, las multas civiles y penales, varias formas de inhabilitación (la pérdida de la licencia para conducir o de una licencia de negocios, por ejemplo) y el daño a la reputación, entre otros, son problemas que la mayoría de la gente busca evitar y cada uno de éstos tiene su análogo positivo. Por ejemplo, las personas desean evitar tener malas reputaciones, pero también buscan tener reputaciones buenas, quizás hasta mejores de las que merecen.

Lo dicho hasta aquí puede tal vez ser encapsulado por el énfasis que los economistas ponen en los *incentivos*, un concepto que busca capturar un espectro de estímulos positivos y negativos mucho más amplio que la mera conjunción de recompensas monetarias y castigos físicos (y dolorosos). Algunas economistas cometen el error de pensar que los incentivos del autointerés agotan el abanico de incentivos y agotan el terreno de la motivación humana, pero los incentivos pueden, por las razones estudiadas en la sección anterior, tener un papel particularmente amplio que cumplir a la hora de inducir el cumplimiento del derecho. Exploraremos aun más esta cuestión en los capítulos siguientes, pero vale la pena apuntar aquí que es mejor comprender las ideas mutuamente relacionadas de coerción, fuerza y sanciones más bien de manera metafórica que literalmente y que todos estos términos abarcan un espectro de incentivos externos más amplio que el que Bentham y Austin tenían en mente. Hemos llegado a un punto de la discusión en el que deberíamos aceptar que alguna forma de asistencia motivacional por lo común será necesaria para producir un grado socialmente deseable de cumplimiento del derecho, pero deberíamos tener el cuidado de no entender el abanico de las posibles formas de esa asistencia motivacional muy estrecha o restringidamente.

7.3. LAS OCASIONES PARA EL DERECHO

En un pasado no muy lejano, había letreros en el Peaje Massachusetts [*Massachusetts Turnpike*], una autopista de alta velocidad y de acceso limitado, que advertían a los conductores que no debían dar marcha atrás en la ruta si se pasaban de su salida asignada. En la Universidad de Oxford, hay anuncios pegados por los supervisores en tiempos de exámenes, recordándoles a los estudiantes que tienen prohibido tirar harina, huevos y crema batida en la sala de exámenes³⁶⁰. En la terminal de despegues del aeropuerto Heathrow de Londres hay placas visiblemente desplegadas recordándoles a los pasajeros que asaltar a los empleados de las aerolíneas va en contra de la ley.

Estos signos comparten la característica de producir un elemento de sorpresa. La mayoría de nosotros, o eso espero, nunca consideraríamos la posibilidad de dar marcha atrás en una autopista de alta velocidad, arrojar alimentos durante un examen o asaltar a un controlador de billetes de vuelo. Pero obviamente algunas personas lo harían, porque de otro modo los letreros no estarían en esos lugares. Ciertamente, estos signos nos dicen mucho sobre los tipos de comportamiento que pueden darse cuando no hay advertencias o prohibiciones jurídicas³⁶¹. El hecho mismo de que existan esos signos nos provee de información útil sobre las proclividades conductuales, independientes del derecho, de los conductores de Massachusetts, los estudiantes de Oxford y los aeropasajeros británicos; información que, como en estos ejemplos, a menudo resulta tan sorprendente como iluminadora.

³⁶⁰ La regla en efecto prohíbe que se porten tales elementos en la sala de exámenes, pero el ímpetu que subyace a la regla es el deseo, antecedente aun si desconcertante, que pueden tener los estudiantes de Oxford de arrojar alimentos entre sí al concluir sus exámenes.

³⁶¹ En el mismo sentido, un artículo en el número de abril de 2010 de la revista *Sport Diver* se titulaba “Don’t Pet the Sharks” [*No toque a los tiburones*]. Francamente, y siendo que suelo practicar el buceo, jamás se me ha ocurrido hacerlo. Pero el título del libro me informa que quizás soy inusual a este respecto.

Todos estos ejemplos involucran signos que le dicen a la gente qué es requerido por el derecho, sin que los signos mismos lo constituyan, pero lo mismo sucede respecto del derecho subyacente. La tercera enmienda a la constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, prohíbe al gobierno que fuerce a los ciudadanos a acuartelar tropas en sus hogares privados, una prohibición constitucional que no existe en ninguna otra parte del mundo³⁶². La prohibición existe, sin embargo, porque intenta proteger a los ciudadanos de lo que, en 1791, era percibido como una genuina posibilidad, una posibilidad que estaba abonada por la concreta práctica británica pre-revolucionaria de apenas unos pocos años antes. El hecho de que en ciertas jurisdicciones haya prohibiciones específicas contra el canibalismo³⁶³ sugiere que alguna gente podría verse inclinada a dedicarse a esta práctica que tanto yo como la mayoría de las personas encontramos impensable.

Refiriéndose al lenguaje y no al derecho, el filósofo John Searle sostuvo hace algunos años que no hay nada destacable sin hechos que destacar³⁶⁴. El punto es profundo. El hecho mismo de decir algo presupone la genuina posibilidad empírica de su negación. Si no existiera esa posibilidad, no habría en primer lugar una causa para la aserción. La implicatura conversacional de una aserción, por usar el término técnico correcto³⁶⁵, es un contexto en el que

³⁶² “En tiempos de paz ningún soldado será alojado en casa alguna, sin el consentimiento del propietario, ni tampoco lo será en tiempos de guerra sino de la manera prescrita por ley”.

³⁶³ Dichas reglas rara vez mencionan al canibalismo como tal sino que normalmente formulan sus prohibiciones en términos de profanación de cadáveres.

³⁶⁴ John SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1969). Véase también Herman TENNESSEN, “What Is Remarkable in Psychology”, en Joseph R. Royce & Leendert Mos, eds., *Annals of Theoretical Psychology*, vol. 2 (1984), 273-278.

³⁶⁵ Quien acuñó el término es el filósofo Paul Grice, una figura central para la teoría de los actos de habla. H. P. GRICE, *Studies in the Way of Words* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989), 269-282.

lo opuesto a lo que es aseverado es lo suficientemente plausible para algunas personas como para que se siga que hay una buena razón para la aserción. De este modo, si yo comento, de manera enteramente correcta, que un colega mío está sobrio hoy, ese mismo comentario implica que no está sobrio otros días, o al menos que algunas personas creen que él no está sobrio en otros días, una posibilidad que podría no habérseles ocurrido a quienes me estén escuchando, si yo no hubiese hecho el comentario preciso acerca de su sobriedad.

Lo mismo sucede con el derecho. Como ilustran los ejemplos del comienzo de esta sección, las prohibiciones jurídicas presuponen comúnmente una inclinación de parte de al menos algunas personas a involucrarse en las actividades prohibidas. Si no hubiera semejante inclinación, no habría necesidad de reglas jurídicas. Esa es la razón por la que la constitución francesa no prohíbe el acuartelamiento de tropas en hogares privados, por la que las regulaciones de las universidades suecas no prohíben arrojar comida y por la que en los jets ejecutivos de contratación privada no se advierte a los pasajeros que no han de asaltar al piloto. Justo como no hay nada destacable sin hechos que destacar, rara vez hay derecho establecido acerca de algo sin la posibilidad real y antecedente del comportamiento que el derecho encuentra necesario prohibir.

No obstante, aunque las prohibiciones jurídicas presuponen la posibilidad genuina y no trivial de la conducta que el derecho busca controlar, hay importantes diferencias empíricas y conceptuales entre los tipos de inclinaciones conductuales que inspiran las restricciones jurídicas. De acuerdo a las leyes de los Estados Unidos y el *commonwealth* de Virginia, yo debo pagar impuestos, abstenerme de consumir marihuana y evitar practicar el canibalismo. Pero estas leyes son diferentes la una de la otra en la manera en que se cruzan con mi propio juicio y mi autointerés, y es equivocado asumir que todas las leyes operan del mismo modo con respecto a la

motivación individual o colectiva. Hasta que podamos comprender las diferentes maneras en que el derecho se cruza con las preferencias, independientes del derecho, de aquellos a quienes sujeta, no podemos comenzar a comprender el rol que juegan los incentivos y la coerción en la motivación del acatamiento del derecho.

Considérese primero las reglas jurídicas en contra del canibalismo. Tal como fue recién señalado (quizás innecesariamente), la mayoría de la gente no practica el canibalismo. Asimismo, la mayoría de la gente ni siquiera consideraría la posibilidad de hacerlo, aun si al respecto no hubiera prohibiciones jurídicas en absoluto. Podemos decir lo mismo, tal vez con mayor optimismo, acerca de las prohibiciones jurídicas del homicidio, la violación y el abuso de menores. En una sociedad sin derecho, estos comportamientos todavía serían, pensamos y esperamos, bastante infrecuentes.

Mas no serían inexistentes. De manera que podemos identificar una de las ocasiones para el derecho —una de las razones para tener prohibiciones jurídicas— como el esfuerzo por hacer cumplir normas sociales y morales muy difundidas y normalmente aplicadas de manera ajena al derecho mismo, en contra de las desviaciones. Respecto de un amplio espectro de temas la mayoría de la gente hará lo correcto la mayor parte del tiempo. Pero hay una diferencia entre la “mayoría” y “todos”. Es precisamente por esta diferencia que vemos como una de las modalidades primarias del derecho la del resguardo de normas sociales y morales prevalecientes en contra de un relativamente pequeño número de personas dispuestas a apartarse de ellas. En tales circunstancias, podemos captar fácilmente la necesidad de la coerción, porque hay pocas razones para creer que alguien que rechace el requerimiento social o moral subyacente fuese a aceptar una obligación, independiente de la coerción, de obedecer el derecho. Desde luego, no es lógicamente imposible que así suceda. En teoría la gente podría rechazar la obligación de evitar el homicidio, la violación y el hurto a la vez que aceptar la obligación de obedecer al derecho. Pero dado que

en la realidad esos son casos aislados o inexistentes, la coerción se vuelve necesaria cuando el derecho busca resguardar normas sociales o morales independientes del derecho mismo, en contra del apartamiento ocasional.

En otras instancias, sin embargo, el rostro del derecho se ve muy diferente. Muchas de las personas que no tienen ninguna inclinación a cometer violaciones o practicar el canibalismo tienen deseos, con independencia del derecho, de conducir a altas velocidades o de evitar el pago de impuestos, y tienen con ello poca aversión a dejar que otros carguen con los costos del gobierno colectivo y los riesgos de la existencia en comunidad. De manera similar, muchas personas de negocios que incluso sin mediar prohibiciones jurídicas no se involucrarían en prácticas como el fraude o la representación infiel, a menudo parecen dispuestas a recortar los gastos en las medidas de seguridad para sus trabajadores o a hacer afirmaciones exageradas, sino falsas, sobre la calidad de sus productos. En tales casos, la simple observación de que la gente y los comerciantes a menudo hacen lo correcto por razones independientes del derecho parece insuficiente, y aquí el derecho está interesado no ya en el mero apartamiento ocasional, como en el caso del canibalismo, sino en un agregado de cuestiones en que el autointerés parece sobrepasar la virtud de la cooperación en pro del bien común. En semejantes casos la coerción parece de nuevo necesaria, pero de un modo más generalizado. Las creencias morales varían en fuerza, y las personas que no considerarían seriamente el beneficiarse del robo o el asalto, aun de no haber posibilidad de aprehensiones y castigos, a menudo se sienten diferente respecto de la evasión impositiva o de la peligrosa (para otros, así como para ellos mismos) conducción en estado de intoxicación. No es que dichas personas no reconozcan o internalicen los negativos morales de esas prácticas. Se trata de que tanto la moralidad altruista como el autointerés varían en fuerza. Y así, cuando se espera que las exigencias de la moral sean percibidas (aun si incorrectamente)

como débiles y el peso del autointerés sea percibido (de nuevo, incluso si incorrectamente) como fuerte, la coerción, tal como nos recordó Bentham, es a menudo necesaria para sumar un elemento de peso en el lado correcto de la balanza.

Sin embargo, la coerción puede ser de lo más necesario cuando un número significativo de quienes están sujetos al derecho simplemente desacuerdan con los objetivos de éste. No se trata de un fenómeno inusual. No sólo tenemos instancias en las que amplios segmentos de una población simplemente tienen ideas equivocadas, como sucedió con el respaldo de la segregación escolar en el sur estadounidense en las décadas de 1950 y 1960, sino que el derecho también cumple un papel sustancial al imponer lo que comienza como un conjunto de normas minoritarias, que luego se convierte en algo ampliamente aceptado. Las leyes de protección del ambiente y de las especies en peligro, por ejemplo, fueron inicialmente apoyadas por una pequeña pero comprometida minoría de la población, y sería estúpido (y carente de soporte probatorio) suponer que la simple modificación del derecho inducirá un grado sustancial de cumplimiento sin la asistencia de la coerción y de las sanciones de varios tipos. Pero las dinámicas sociológicas y psicológicas son complejas. Una posibilidad es que la mera promulgación de una prohibición, sólo porque es una pieza de legislación jurídica, inducirá cambios tanto actitudinales como conductuales. Esto es ciertamente posible, aunque parece más probable respecto de materias sobre las que la gente no tenga opiniones anteriores al cambio legislativo, que respecto de aquellas sobre las cuales había ya opiniones en contra de lo que el derecho terminó estableciendo. Parece altamente improbable que el hecho simple de la modificación jurídica, sin uso de la coerción, causara que un significativo número de personas que previamente eran hostiles a la integración racial se volviera más simpático para con ésta. Pero cuando el derecho prohibió ciertas acciones que iban en detrimento de especies en peligro, una materia sobre la que la

mayoría de la gente podría no haber tenido previamente ninguna opinión, el poder de una reforma legislativa no respaldado por sanciones bien podría haber sido considerablemente mayor.

El asunto es aun más complejo que esto. En tanto la coerción está unida al derecho en toda la extensión de éste, incluso si esa unión no es necesaria, puede percibírsela como un indicador necesario de la seriedad del derecho. Cuando una prohibición jurídica es simplemente exhortatoria, frente a un trasfondo en el que el derecho es (y está generalmente percibido como) respaldado por sanciones, los destinatarios de la prohibición exhortatoria pueden creer que el derecho no es serio respecto de esas prescripciones suyas y por ende que no hay necesidad de tomarse esas prescripciones seriamente. La constitución de la República de Irlanda, por ejemplo, contiene algunos derechos a varios aspectos del bienestar social cuya observación se prevé explícitamente que no puede coaccionarse; pero dista de ser obvio que la existencia de esas disposiciones que no habilitan ejecución haya producido un accionar gubernamental diferente del que se hubiese dado si esas disposiciones constitucionales no existieran en absoluto. La coerción puede entonces operar indirectamente estimulando el acatamiento del derecho al reforzar la seriedad de las propias prescripciones. Y la coerción puede también estimular el cumplimiento por parte de algunas personas, lo cual modificará el terreno sociológico de manera que el cumplimiento no forzado por parte de otros se vuelva más probable. En la medida en que la reforma del derecho produjera un cambio en las actitudes respecto de la segregación racial, por ejemplo, puede ser porque la reforma del derecho acompañada por la apelación a la coerción pusiera a la gente más en contacto con aquellos de razas distintas de la suya, lo cual a su turno cambiara las actitudes de un modo más extendido. De forma parecida, la prohibición de fumar en establecimientos públicos puede haber forzado al menos a algunas personas a reconocer la posibilidad de disfrutar en un restaurante o un bar sin un cigarrillo. Como

resultado, sus preferencias y actitudes pueden haber cambiado a consecuencia del derecho, pero sólo de una manera menos directa.

Algunos de estos senderos causales entre la coerción jurídica y el cambio de actitudes son explorados con más detalle en el capítulo 10, cuando abordamos la relación entre el derecho y las normas sociales. Pero al menos vale la pena mencionarlos aquí, aunque sea para señalar que la relación entre la coerción jurídica y la modificación del comportamiento es compleja. La coerción bien puede ser más necesaria para la efectividad del derecho que lo que sugiere la desorientadora imagen de la persona desconcertada, pero la conexión entre la coerción y la efectividad del derecho puede también ser algo más compleja de lo que Bentham, Austin y sus seguidores encontraron necesario considerar.

7.4. LA FUNCIÓN RESOLUTIVA DEL DERECHO

Aparte del papel del derecho en el control de potenciales desvíos respecto de normas sociales y morales ampliamente aceptadas, y aparte de la forma en que la coerción jurídica ajusta las motivaciones de las personas cuando el autointerés es fuerte y la sensibilidad moral débil, hay también, como se ha apuntado recién, instancias en las cuales el derecho es el instrumento del genuino cambio de actitudes y comportamientos. El derecho puede haber servido este rol, por ejemplo, con respecto a las cuestiones de discriminación racial y de género, y la protección del medio ambiente. En tales casos, el derecho puede haber ayudado a cambiar las opiniones de la mayoría y no sólo haberse limitado a proteger de ciertos apartamientos a las opiniones mayoritarias preexistentes. En la medida en que el derecho cumple este papel de alterar lo que podemos llamar el peso de la opinión pública moral o política, la coerción tiene un rol importante que jugar, precisamente porque el derecho, cuando cumple dicho papel, está intentando apartar las opiniones de lo que la gente que sostiene dichas opiniones cree que es lo correcto (equivocadamente, según el propio derecho). No

obstante, aunque el derecho ocasionalmente opera de este modo, es mucho más común que funcione menos como factor de cambio de las opiniones políticas o morales de la gente que como proveedor de soluciones de cuestiones prácticas en contextos de desacuerdos políticos y morales³⁶⁶. Podemos llamar a esto la “función resolutive” [*settlement function*] del derecho.

En su modo más obvio, la función resolutive del derecho opera cuando el acuerdo generalizado sobre la necesidad de resolución es combinado con el que la sustancia de la resolución tenga pocas consecuencias. El ejemplo claro es el requerimiento de que la gente conduzca sólo por la izquierda o por la derecha de la carretera. Casi todos están de acuerdo en que una regla que requiere una o la otra es necesaria y casi nadie se preocupa demasiado por si se elige conducir por la derecha o por la izquierda. En tales circunstancias el derecho puede cumplir una valiosa función resolutive al elegir entre una opción o la otra y es altamente improbable que la coerción vaya a ser necesaria para respaldar la elección realizada por el derecho. En la medida en que la gente esté de acuerdo en que debe elegirse lo uno o lo otro y en tanto pocos vayan a sentirse agraviados por una elección distinta de la que ellos mismos habrían tomado, es improbable que la gente vaya a necesitar de la amenaza de castigo para cumplir con la elección tomada por el derecho. El derecho sería necesario para ayudar a ubicar el punto

³⁶⁶ Larry ALEXANDER & Emily SHERWIN, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (Durham, NC: Duke University Press, 2001). En esta parte también abrevio en cierta medida de lo coescrito con Larry Alexander tiempo atrás, aunque él no tiene responsabilidad alguna por mi actual comprensión del asunto ni por la forma en que aquí se lo presenta. Véase Larry ALEXANDER & Frederick SCHAUER, “Law’s Limited Domain Meets Morality’s Unlimited Empire”, *William and Mary Law Review*, 48 (2007), 1579-1603; Larry ALEXANDER & Frederick SCHAUER, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary*, 17 (2001), 455-482; Larry ALEXANDER & Frederick SCHAUER, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, 110 (1997), 1359-1387.

focal —el núcleo de coordinación o acuerdo³⁶⁷— pero en cuanto haya acuerdo generalizado en que es necesario que haya algún punto focal, las sanciones pueden no ser necesarias para que el derecho cumpla con su cometido. Después de todo, la mayoría de las personas que conducen del lado equivocado de la carretera son borrachos o temerarios y así usualmente culpables de algo adicional. Hay muy pocos casos —tal vez ninguno— en que las personas sancionadas por conducir del lado equivocado de la carretera crean que es correcto o incluso que está en su propio interés conducir en el lado opuesto al que ha elegido el derecho. Y así, el derecho en tales casos puede cumplir su función de coordinación sin ninguna necesidad de la coerción.

En otros casos, sin embargo, el derecho puede resolver serios desacuerdos sustantivos en materia moral y política, aun si sólo de manera temporal y si sólo a efectos de emprender una acción necesaria. Por ejemplo, mucha gente en Francia cree que las manifestaciones religiosas públicas, incluyendo muchas formas de atuendos religiosos, deben ser prohibidas. Pero otros, incluyendo a muchos franceses, creen que tales prácticas deben ser permitidas. Algunas de las personas que creen que deben ser permitidas creen además que ellas mismas, personalmente, debieran vestir atuendos religiosos en todo momento, también en público. El derecho francés ha resuelto esta disputa, aunque temporalmente y con dificultad, a favor de la primera posición, pero hay pocas razones para creer que aquellos en la segunda, y especialmente en el grupo mencionado por último, cumplirán con el derecho si no es por la amenaza jurídica de castigo. Así el derecho aquí, y en un gran número de análogas cuestiones moralmente contenciosas,

³⁶⁷ La idea de un punto focal para la coordinación es tan a menudo (y adecuadamente) atribuida a Thomas Schelling (en especial, Thomas SCHELLING, *The Strategy of Conflict* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006)) que con frecuencia se los denomina “puntos Schelling”. Véase en general a Ken BINMORE & Larry SAMUELSON, “The Evolution of Focal Points”, *Games & Economic Behavior*, 55 (2006), 21-42.

ofrece una importante función de resolución. En un mundo de desacuerdos políticos y morales, el derecho a menudo puede proveer una resolución a esas disputas, resolución que no es ni final ni concluyente, pero que sin embargo está dotada de autoridad y que por ende da a quienes están en un desacuerdo de primer orden un elemento de segundo orden que hará posible que se tomen decisiones, se coordinen acciones y la vida siga su curso. Es precisamente por el profundo desacuerdo subyacente que la resolución de este modo es a menudo necesaria, pero al mismo tiempo, el desacuerdo subyacente es lo que hace que efectuar la resolución sin recurrir a la coerción sea virtualmente imposible. Aun si hubiese personas en los países en que se conduce por la derecha que creyeran que conducir por la izquierda es preferible, es poco probable que fueran a insistir en conducir por la izquierda sin que medie coerción. Pero ello no es tan así en muchos otros casos, sin embargo, y hay pocas razones para creer que quienes piensan que vestir atuendos religiosos en público es deseable u obligatorio (religiosamente) suprimirán sus creencias solamente porque el derecho francés ha resultado o establecido la cuestión en contra de ellos. En estos e incontables otros casos, el derecho cumple una función resolutoria, pero la resolución será efectiva sólo si aquellos cuyas opiniones están en contra de la resolución acordada son compelidos a acatarla. El derecho permite a las sociedades funcionar al resolver profundos desacuerdos morales y políticos a efectos de la acción, pero lo hace mandando mediante la amenaza de la fuerza que quienes estén en desacuerdo deberán no obstante actuar de conformidad con el arreglo impuesto.

7.5. ÁNGELES EQUIVOCADOS

Es famosa la observación de James Madison de acuerdo con la cual si los hombres fuesen ángeles, no habría necesidad de gobiernos. Pero la observación de Madison, por más perspicaz que haya sido y por más memorable que se haya vuelto, puede lamentablemente haber fallado al no poder dar cuenta de la distinción entre

quienes son malvados y quienes simplemente están equivocados. Desde luego que hay no-ángeles —llamarlos demonios parece un tanto rudo, pero “amorales” da más cerca del blanco— que constantemente persiguen su propia ventaja, aun a expensas de otros. Semejantes personas son pocas veces, si alguna, altruistas, casi nunca se ven moralmente motivadas y evitan consistentemente el trabajo por el bien común cuando se opone a su propio beneficio individual. Pero incluso quienes son altruistas, que sí reconocen los intereses de los demás y que están dispuestos a contribuir al bien común, no son necesariamente tan sabios y sensatos como bienintencionados. En efecto, la historia del mundo a menudo parece tanto o más una historia de errores bienintencionados que una de genuino mal o del más benigno fallo moral. Por ejemplo, sabemos que la vasta mayoría de conductores piensa que sus habilidades de manejo están por encima del promedio³⁶⁸, y este descubrimiento frecuentemente replicado no es sino un ejemplo de la generalizada tendencia de las personas normales no sólo a sobreestimar sus propias aptitudes para la toma de decisiones, sino también a asumir que el grado de confianza que tienen en sus propias decisiones es un indicador confiable de la plausibilidad de tales decisiones³⁶⁹. Sucede lo mismo con los funcionarios. Las sociedades pocas veces —tal vez nunca— eligen a sus funcionarios por su modestia y duda respecto de sí mismos y por ello debería ser poco sorprendente que quienes resultan encontrarse en cargos públicos elegidos o nombrados son tan proclives a la sobreestima-

³⁶⁸ Véase David M. DEJOY, “The Optimism Bias and Traffic Accident Risk Perception”, *Accident Analysis and Risk Prevention*, 21 (1989), 333-340; Ola SVENSON, Baruch FISCHHOFF, & Donald MACGREGOR, “Perceived Driving Safety and Seatbelt Usage”, *Accident Analysis and Risk Prevention*, 17 (1985), 119-133. Véase, más en general, Mark D. ALICKE & Olesya GOVORUN, “The Better-Than-Average Effect”, en Mark D. Alicke, David A. Dunning, & Joachim Krueger, eds., *The Self in Social Judgment* (New York: Psychology Press, 2005), 85-107.

³⁶⁹ Véase Robert BURTON, *On Being Certain: Believing You Are Right Even When You're Not* (New York: St. Martin's Press, 2008).

ción de sus habilidades para la toma de decisiones y con ello de sus aptitudes para tomar buenas decisiones para el beneficio de otros o de la sociedad como la gente común.

Considérese, por ejemplo, el caso del buen samaritano profano en materia médica. Sabemos que las personas a menudo se enferman o sufren lesiones cuando no hay un médico cerca. Sabemos además que con frecuencia otros transeúntes o los acompañantes ofrecerán auxilio en esas situaciones, a veces hasta a riesgo o costo personal. Pero sabemos también aunque muchas de esas bienintencionadas intervenciones son efectivas y salvan vidas, muchas otras ponen en riesgo vidas y producen peores resultados que los que se habrían dado de no haber habido intervención. Por ejemplo, los efectos de las mordidas de serpiente a menudo se empeoran por intervinientes bienintencionados que hacen cortes alrededor de las marcas de los dientes e intentan succionar el veneno. De forma similar, el bienintencionado transeúnte, profano en materia médica, que se presenta tras un accidente a veces empeorará una fractura o la lesión de un nervio espinal en su altruista intento por apartar a la víctima del peligro o quitarle a un motociclista herido su casco. La mayoría de nosotros sabemos que el vecino que generosa y genuinamente se ofrece a repararnos el coche o la cortadora de césped es al menos tan capaz de arreglarlo como de dejarlo peor.

Obviamente, las causas de dichas bienintencionadas pero erradas intervenciones son psicológica y sociológicamente complejas. Algunas son causadas por simple ignorancia o por una carencia de suficiente adiestramiento y pericia para tomar ciertos tipos de decisiones. Muchas son el producto de numerosas deficiencias en el razonamiento que la investigación contemporánea en psicología ha mostrado que plagan hasta a los más inteligentes y cuidadosos de nosotros³⁷⁰. Buena parte de esta investigación ha estado enfocada

³⁷⁰ La literatura es amplia, y muchos de los más importantes artículos están recopilados en Daniel KAHNEMAN & Amos TVERSKY, *Choices, Values, and Frames* (Cambridge,

en los errores de hecho y en falencias aparentemente irracionales en el razonamiento básico, pero muchas de esas mismas fuentes de errores cognitivos son asimismo, con frecuencia, fuente de errores morales³⁷¹. La simple arrogancia juega también un gran papel en algunas instancias, tal como lo hace la inclinación más general de muchas personas a desear ser héroes, a querer hacerse cargo de las situaciones, y a sobreestimar drásticamente sus propias habilidades de otras varias maneras. Pero cualesquiera sean las causas, el de la intervención errada es un fenómeno lo suficientemente extendido que debiera llevarnos a precavernos de asumir que aquellos con aparentemente bienintencionados motivos tendrán un grado de habilidad o buen juicio que esté siquiera cerca de ser comparable con sus buenas intenciones.

El fenómeno de la bienintencionada y admirablemente motivada persona torpe es todavía más notorio entre los funcionarios³⁷². A diario observamos un gran número de malas políticas públicas o de aplicaciones desafortunadas de políticas buenas que son menos el producto de la mala voluntad que del error de juicio, irracionalidades cognitivas predecibles, errores morales o conocimiento o experiencia insuficientes. En la medida en que esto es así, una de las funciones del derecho es la de crear la motivación para la

UK: Cambridge University Press, 2000); y también en Daniel Kahneman, Amos Tversky, & Paul Slovic, eds., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1979).

³⁷¹ Véase Mary C. KERN & Dolly CHUGH, “Bounded Ethicality: The Perils of Loss Framing”, *Psychological Science*, 20 (2009), 378-384. Y para otras posibles causas de error moral, véase Lynne C. VINCENT, Kyle J. EMICH, & Jack A. GONCALO, “Stretching the Moral Gray Zone: Positive Affect, Moral Disengagement, and Dishonesty”, *Psychological Science*, 24 (2012), 595-599.

³⁷² La simple referencia a los “funcionarios” hecha en el texto puede ser de hecho demasiado simple. Sería plausible hipotetizar, por ejemplo, que quienes aspiran a lograr un cargo electivo bien pueden ser especialmente deficientes en cuanto a su modestia a la hora de tomar decisiones, mientras que aquellos que operan en la relativa estabilidad laboral del trabajo civil pueden, a la inversa, ser particular y quizás hasta excesivamente modestos respecto de sus propias capacidades decisorias.

gente en general y para los funcionarios en particular de renunciar a su propio juicio a favor del otro que ellos (equivocadamente) creen errado. El funcionario que ciegamente sigue el derecho o que acata las reglas a expensas de los resultados desafortunados que ello produce es carne de cañón habitual para el desdén popular y periodístico³⁷³, pero aquellos que se burlan del derecho en tales circunstancias probablemente recularían frente al prospecto de dotar a los oficiales de policía, agentes aduaneros o recaudadores de impuestos del poder de simplemente recurrir a su mejor juicio a la hora de decidir a quién arrestar, a quién controlar y a quién cobrarle un impuesto. No es sólo que a menudo y adecuadamente nos preocupamos por los errores que tales funcionarios puedan cometer en el bienintencionado cumplimiento de sus deberes, sino que también puede preocuparnos que los incentivos que ofrecen varios roles oficiales puedan conducir a quienes los ostentan a ignorar otros fines socialmente valiosos. Los recaudadores de impuestos pueden a menudo, sin que sea sorprendente, entender sus propios roles en términos de maximización de los ingresos, y los oficiales de policía y los fiscales en términos de número de arrestos y promedios de condena. Pero el derecho, desde una perspectiva más amplia, muchas veces reconocerá otros objetivos, frecuentemente en conflicto con aquéllos.

Sin embargo, una vez que comprendemos que en dichos casos la sociedad está pidiéndole a los funcionarios que dejen de lado sus propios juicios acerca de la mejor forma de gestión política o que abandonen sus propias decisiones ponderadas sobre qué acciones emprender en alguna ocasión particular, podemos apreciar que las sanciones tienen un papel especialmente importante que cumplir. Por supuesto que en teoría los funcionarios podrían reconocer que el juicio que hace el derecho es con frecuencia mejor que el

³⁷³ Véase, por ejemplo, Philip K. HOWARD, *The Death of Common Sense* (New York: Random House, 1992).

de ellos mismos. Pero no obstante, de lo poco que sabemos sobre la manera en que la gente evalúa sus propias habilidades tenemos poco que nos alimente el optimismo acerca de la probabilidad de que los funcionarios vayan a dejar de lado sus propios juicios en tales casos. Después de todo, el exceso de confianza es un fenómeno muy expandido y bien documentado³⁷⁴. Asimismo, está lejos de ser una revelación que aquellos cuyo cargo oficial los pone en posición de ser tratados obsequiosamente por subordinados y suplicantes —funcionarios de altos cargos electivos, jueces, decanos y jefes militares parecen a menudo encajar en esta caracterización— son especialmente proclives con algo de frecuencia a caer presas del vicio de la sobreestimación de sus propias aptitudes para la toma de decisiones. En la medida en que semejantes patologías de las aptitudes para la toma de decisiones son sistemáticas y predecibles, alguna forma de coerción —algún sistema de recompensas positivas y sanciones negativas— será a menudo necesario como forma de motivar a los funcionarios a acatar el derecho y que no actúen de acuerdo con lo que, individualmente en la ocasión, piensan que es lo mejor.

En efecto, la importancia de la supresión del juicio individual aumenta en tanto el juicio de un funcionario puede realmente ser el mejor para un distrito o circunscripción particular pero no para la comunidad como un todo. Considérese las prohibiciones contra el proteccionismo económico, sea en países individualmente considerados como los Estados Unidos³⁷⁵ o en grupos de países como la Unión Europea. Cuando un funcionario italiano promueve el proteccionismo para la industria italiana de la pasta, no sólo está comportándose de forma responsable desde la perspectiva

³⁷⁴ Véase, por ejemplo, Albert E. MANNES & DON A. MOORE, “A Behavioral Demonstration of Overconfidence in Judgment”, *Psychological Science*, 20 (2013), 1-8, y sus referencias.

³⁷⁵ Donde la objeción al proteccionismo estatal tiende a ser tenida entre lo que cubre la así llamada cláusula comercial durmiente o negativa.

moral o política, sino que también está atendiendo a las genuinas necesidades de su electorado primario. Lo mismo sucede cuando los funcionarios de Hawai deciden asistir a la industria autóctona del vino de piña al concederle privilegios impositivos sobre los productores no hawaianos de otros tipos de vino³⁷⁶. Pero sabemos que cuando múltiples funcionarios en múltiples países, Estados o provincias se comportan de esa misma manera, la economía global sufre. Así es que el derecho a menudo prohíbe precisamente este tipo de proteccionismo, justamente porque el proteccionismo puede ser bueno para ciertas partes de una economía más amplia pero malo para la economía en su conjunto. Pero la probabilidad de que un funcionario acate el derecho por causa del bien más amplio aun al costo de sus electores directos es pequeña y no debiéramos sorprendernos de que los tribunales y los demás mecanismos de aplicación coercitiva del derecho asociados con ellos aparezcan como necesarios precisamente para permitirle al derecho servir al bien más amplio. Con seguridad, el derecho existe, en parte, para evitar que los malos líderes tomen malas decisiones. Pero el derecho existe también para evitar que los buenos líderes tomen buenas decisiones de primer orden que resultan ir en detrimento de varios intereses de segundo orden o del bienestar general a largo plazo³⁷⁷.

Es entonces un error pensar que los funcionarios que no obedecerán voluntariamente al derecho son necesariamente sobornables, egoístas o enfermos de poder. Puede que simplemente estén sirviendo a sus electores o teniendo de buena fe en cuenta sus propios y no autointeresados juicios. Pero en tanto esos juicios podrían estar equivocados o no atender a ciertos intereses más amplios, el derecho tiene un rol que cumplir, y un rol que

³⁷⁶ *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263 (1984).

³⁷⁷ Véase Cass R. SUNSTEIN & Edna ULLMAN-MARGALIT, "Second-Order Decisions", *Ethics*, 110 (1999), 5-31.

es difícil imaginar que pueda cumplir sin la asistencia de varias instituciones y técnicas de compulsión. Cuáles son y pueden ser esas instituciones y técnicas, para el contexto tanto de los ciudadanos como de los funcionarios, es la materia a que se refieren los capítulos 8 y 9.

8

SOBRE ZANAHORIAS Y PALOS

8.1. EL APARENTE ERROR DE AUSTIN

Assumir que la gente se comporta por entero de acuerdo a su propio interés es simplemente un error. Por repetir lo que ya fue tratado en el capítulo 5, hay evidencia más que amplia apuntando a que la conducta altruista y la motivación moral existen, del mismo modo que un grupo de comportamientos cooperativos (llamados “prosociales” por los psicólogos) que puede que ni siquiera lleguen al nivel del altruismo puro. Por cierto, se han hecho esfuerzos por explicar todo el comportamiento moral altruista, prosocial y preocupado por los demás en términos de una felicidad más profunda u otras formas de autointerés, pero la mayoría de esos esfuerzos parecen distorsivos y reduccionistas³⁷⁸. Hasta Jeremy

³⁷⁸ La mayoría de los esfuerzos por explicar el altruismo en términos de autointerés están o bien basados en teorías evolucionistas (por ejemplo, Richard DAWKINS, *The Selfish Gene*, anniv. ed. (New York: Oxford University Press, 2006)) o bien se ubican dentro de los tradicionales paradigmas económicos. Véase por ejemplo James ANDREONI, “Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm-Glow Giving”, *Economic Journal*, 100 (1990), 464-477; Georg KIRCHSTEIGER, Luca RIGOTTI, & Aldo RUSTICINE, “Your Morals Might Be Your Moods”, *Journal*

Bentham, frecuente y equivocadamente caricaturizado como que tenía una visión enteramente egoísta o de otro modo centrada en el autointerés acerca de la naturaleza humana, comprendía que la gente a menudo reconoce sus deberes hacia los demás³⁷⁹ y al menos a veces actúa por razones de empatía, benevolencia y amistad³⁸⁰. Aun así, aunque muchas anécdotas y también la investigación de carácter más serio nos revelan que es un error asumir que todo comportamiento humano es guiado por el autointerés³⁸¹, es igualmente un error asumir que ninguno lo es. En una gran medida, las personas en efecto intentan maximizar su propio bienestar o, en los términos de Bentham, maximizar su propio placer y mini-

of Economic Behavior and Organization, 59 (2006), 155-172. Véase también el tratamiento y análisis en Neera K. BADHWAR, "Altruism vs Self-Interest: Sometimes a False Dichotomy", *Social Philosophy & Policy*, 10 (1993), 90-117. No es el presente libro un espacio en el que examinar el debate completo acerca de la posibilidad del altruismo profundo, en gran parte debido a que las tesis básicas aquí defendidas acerca de la naturaleza y el efecto del derecho no se ven afectadas por la posibilidad de que un altruismo aparente sea en definitiva meramente superficial y un reflejo de un más profundo interés propio. En la medida en que la gente pueda emprender comportamientos aparentemente altruistas sin la intermediación de la compulsión jurídica, como buena parte de la literatura apuntada más arriba ha establecido, la posibilidad de que dichos comportamientos resulten derivados indirectamente del interés propio es irrelevante para la cuestión del efecto que produce el derecho.

³⁷⁹ Jeremy BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Philip Schofield, ed., (Oxford: Clarendon Press, 2010) (1789), 5-6. Como explica David Lyons, es un error, al menos en el caso de BENTHAM, hacer colapsar el egoísmo con el hedonismo. Una persona cuyas decisiones están basadas en la maximización del placer y la minimización del dolor *de otros*, como resaltaba Bentham, bien podría ser un hedonista en términos de su comprensión de los intereses de esos otros, pero no un egoísta en términos de que vaya a poner sus propios intereses por encima de los de ellos. David LYONS, *In the Interest of the Governed: A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, rev. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1991), 69-74. La insistencia de Bentham en que cada uno debería contar como uno y no más de uno implica, y ciertamente así era para Bentham, que el propio placer y dolor del agente no cuenta más que el placer y dolor de cualquier otra persona.

³⁸⁰ BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, 6, 14-15.

³⁸¹ Véase el capítulo 5 y las referencias allí hechas.

mizar su dolor³⁸². Para la mayoría de nosotros, nuestras decisiones son guiadas, tal como identificó Bentham, por una mezcla de motivaciones morales y centradas en los otros, por un lado, y por interés propio y prudencial, por el otro.

Incluso en tanto y en cuanto el comportamiento es determinado en gran parte o completamente por el interés propio, los individuos parecen sin embargo verse a menudo motivados no sólo por el miedo a sanciones desagradables sino también por la expectativa de recompensas. Aunque muchas personas preferirían evitar el servicio militar, por ejemplo, el paso en muchos países de la conscripción militar a la composición de fuerzas militares a través de voluntarios ha sido facilitado por la promesa de educación, entrenamiento especializado y relevante para los civiles, jubilación temprana y generosa y en muchos casos un salario más elevado y mejor alimento y cobijo que el que de otro modo podría haber estado al alcance de quienes se presenten como voluntarios³⁸³. Obviamente, hay implicancias distributivas y de equidad en un cambio semejante, dado que el valor marginal de las recompensas que acompañan al servicio militar es mucho mayor para aquellos que comienzan con mucho menos que para quienes inicialmente poseen más. Pero aunque estas cuestiones de equidad son dimensiones importantes de las políticas públicas, no son directamente relevantes para nuestra presente indagación. Para nuestros propósitos, el ejército voluntario tal como existe en buena parte del mundo desarrollado es un buen ejemplo del uso de recompensas, y no de medios coercitivos más directos y negativos, como una forma de conseguir que la gente haga lo que de otro modo preferiría evitar. Y tal como saben muchos padres y maestros, apoyados por legiones de psicólogos pero también

³⁸² BENTHAM, *Of the Limits...*, 59-62.

³⁸³ Véase William A. FISCHER, "The Political Economy of Just Compensation: Lessons from the Military Draft for the Takings Issue", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 20 (1996), 23-63.

por algo de investigación seria, los niños a menudo responden mejor a la promesa de recompensas que a la amenaza de castigo³⁸⁴. Por cierto, de una manera importante todo comenzó con las ratas. Los psicólogos conductistas, siguiendo el camino originalmente trazado por B. F. Skinner y su teoría del condicionamiento operante³⁸⁵, han estudiado el comportamiento de las ratas (y palomas, a veces hasta de personas) y han concluido, por decirlo de manera muy simplificada, que las ratas y otros sujetos experimentales a menudo responden tan bien como, o mejor, a la expectativa de una recompensa (o refuerzo) que a la amenaza de castigo³⁸⁶. Si quieres que una rata mueva una palanca, puedes conseguirlo recompensando a la rata con comida cada vez que la palanca sea movida, o puedes castigar a la rata con un choque eléctrico cada vez que *no* mueva la palanca. Ambas técnicas parecen funcionar, pero las recompensas frecuentemente parecen funcionar mejor³⁸⁷. El conductismo *à la* Skinner está menos de moda actualmente de lo que supo estarlo, pero todavía le debemos a él y sus seguidores el programa de investigación más sostenido acerca de las formas en que las sanciones tanto negativas como positivas pueden influenciar el comportamiento.

³⁸⁴ Una parte de la investigación relevante se sintetiza en Edward R. CHRISTOPHERSON & Susan L. MORTWEET, *Parenting that Works: Building Skills that Last a Lifetime* (Chicago: American Psychological Association, 2003), 31-45, 65-66.

³⁸⁵ B. F. SKINNER, *Science and Human Behavior* (New York: Macmillan, 1953).

³⁸⁶ Para un ejemplo de la literatura, véase Abram ANSEL, "The Role of Frustrative Nonreward in Noncontinuous Reward Structures", *Psychological Bulletin*, 55 (1958), 102-119; William M. BAUM, "Rethinking Reinforcement: Allocation, Induction, and Contingency", *Journal of Experimental Analysis of Behavior*, 97 (2012), 101-124.

³⁸⁷ Con respecto a los seres humanos y no las ratas, y donde las tareas son más complejas, con múltiples iteraciones, hay alguna evidencia experimental que indica que el castigo es más efectivo para inducir el movimiento inicial para apartarse del interés propio, pero que una posterior continuidad de la cooperación se ve más facilitada por las recompensas que por amenazas adicionales de castigo. James ANDREONI, William HARBAUGH, & Lise VESTERLUND, "The Carrot or the Stick: Rewards, Punishments, and Cooperation", *American Economic Review*, 93 (2003), 893-902.

Bentham, a quien damos el crédito por la creación inicial de una explicación de la naturaleza del derecho basada en la sanción, y que estaba más interesado en los seres humanos que en las ratas³⁸⁸, también reconoció que la motivación humana puede ser positiva o negativa. De esta forma, comprendió bien la manera en que tanto recompensas como castigos pueden influenciar el comportamiento. Y sin embargo, a pesar de que reconoció el poder de inducir a la acción que tiene lo positivo, se rehusó no obstante, muy a menudo (pero no siempre³⁸⁹), a incluir a los incentivos gubernamentales positivos dentro del campo del derecho y la legislación. Parte de esta renuencia era simplemente un curioso *fiat* definicional: “No digo nada aquí sobre las recompensas, porque es sólo en unos pocos casos excepcionales que puede aplicárselas y porque cuando son aplicadas, tal vez pueda dudarse si su implementación puede, estrictamente hablando, ser denominada un acto de legislación”³⁹⁰. Pero como sugiere la referencia a “sólo en unos pocos casos excepcionales”, Bentham restó importancia a lo que luego llamó “motivos de atracción” [*alluring motives*]³⁹¹, en parte porque creía que “cualquier hombre puede, en cualquier momento, estar mucho más seguro de la administración de dolor que de la de placer”³⁹², y aún más porque el papel del Estado en

³⁸⁸ La insistencia de Bentham en incluir a las criaturas sensibles no humanas dentro del cálculo utilitarista —“la pregunta no es ‘¿pueden razonar?’ ni ‘¿pueden hablar?’ sino ‘¿pueden experimentar sufrimiento?’” — (*An Introduction to the Principles...*, cap. XVII), sugiere sin embargo que no era que no estuviese en absoluto interesado en las ratas y su bienestar.

³⁸⁹ Aunque a regañadientes, Bentham reconocía que las leyes respaldadas sólo por recompensas podían todavía ser leyes, pero propuso para ellas una denominación separada —“una *ley de invitación o de premiación*; o puede denominársela *invitación legislativa* o *dádiva*” — de manera de no confundirlas con lo que consideraba el tipo de ley más básico, respaldado por el castigo u otras sanciones negativas. BENTHAM, *Of the Limits...*, 146. Véase también LYONS, *In the Interest...*, 134-137.

³⁹⁰ BENTHAM, *Of the Limits...*, 7, nota a.

³⁹¹ *Ibid.*, 142.

³⁹² *Ibid.*, 144, nota a.

tanto suministrador de beneficios era mucho menos importante a finales del siglo XVIII de lo que es ahora a inicios del siglo XXI. Así, dijo: “Tan grande, en efecto, es el uso que se hace [del castigo] y tan poco, en comparación, el que se hace de la recompensa, que los únicos nombres con que actualmente contamos para expresar diferentes aspectos a los que es susceptible la voluntad son tales que suponen que el castigo es el motivo. Orden, prohibición y permisión apuntan [todos] al castigo”³⁹³. Con la característica hipérbole benthamiana, continuaba: “Por medio sólo de recompensas, es muy cierto que ninguna parte material de la tarea de gobernar podría ser llevada adelante ni siquiera por media hora”³⁹⁴. Para Bentham estas conclusiones eran empíricamente plausibles. El Estado que conocía mejor era uno que poseía y utilizaba a menudo el poder de castigar, pero en contadas ocasiones ofrecía beneficios. Las prestaciones sociales, pensiones, seguridad social, educación y servicio de salud estatales, e incluso el empleo extensivo para la burocracia gubernamental, estaban entonces todavía muy lejos de desarrollarse y por ello es difícil reprochar demasiado a Bentham por resaltar el poder del Estado para castigar y por no creer que hubiera mucho de importante en el poder del Estado para ofrecer prestaciones³⁹⁵. La exclusión que Bentham hacía de las recompensas de entre los

³⁹³ Ibid., 143.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Bentham también parecía creer que las recompensas eran menos coercitivas que los castigos. Véase H.L.A. HART, “Legal Powers”, en Id., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 194-219. En el mundo de Bentham, uno en el que los castigos usualmente eran duros y las recompensas infrecuentes, esto era indudablemente cierto. Es más debatible que todavía hoy lo sea, al menos en un contexto en el que los castigos pueden ser menores más a menudo y las así llamadas recompensas más frecuentemente sustanciosas. De modo que cuando Bentham apuntaba (*Of the Limits...*, 144, nota a) que “la escala de placer... es muy corta y limitada: la escala de dolor es, en comparación, ilimitada”, probablemente no podría haberse imaginado un mundo en el que un ganador de la lotería podría obtener cerca de \$600.000.000 por jugar un boleto de \$1, y en el que haya cárceles que, aunque sin bares, tengan pistas de tenis y bibliotecas.

incentivos para el cumplimiento jurídico y consecuentemente de la propia explicación del derecho basada en incentivos, era entonces en parte definicional, pero la exclusión definicional parece haberse derivado sustancialmente de la infrecuencia empírica de los beneficios suministrados por el gobierno cuyo potencial para la modificación de los comportamientos excluyó Bentham de la idea de legislación y por ende (para él) de derecho.

Cuando luego John Austin desarrolló más el marco y los detalles de la teoría benthamiana del derecho como mandato, el papel de las recompensas fue empujado todavía más hacia los márgenes. Austin rechazó explícitamente el empleo del término *sanción* “para el bien condicionado tanto como el mal condicionado: para el premio tanto como para el castigo”³⁹⁶. Creía que semejante extensión del término sería un apartamiento demasiado grande del significado establecido de términos como *sanción*, *deber*, *obligación* y *obediencia*, y ciertamente de lo que él entendía que significaba el término *mandato*³⁹⁷. De este modo,

Si tú expresas el deseo por el que yo deba prestar un servicio, y si tú propones una recompensa como el móvil o motivo para prestarlo, difícilmente se podría decir que tú *ordenas* el servicio, ni que, al menos en el lenguaje común, que yo estoy *obligado* a prestarlo. En el lenguaje común tú me *prometerías* un premio a condición de que preste el servicio, mientras que *yo* podría ser incitado o *persuadido* a prestarlo en función de la esperanza de obtener una recompensa... Si incluimos [entonces] el término *premio* en el significado del término *sanción*, tendremos que librar una batalla penosa contra el uso corriente del lenguaje.³⁹⁸

Será mejor dejarle a quienes se dedican a la historia de la lengua la determinación de si el entendimiento que Austin tenía del

³⁹⁶ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (Wilfrid E. Rumble ed., Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995) (publicado originalmente en 1832), 23.

³⁹⁷ *Ibid.*, 23-24.

³⁹⁸ *Ibid.*

lenguaje ordinario de 1832, cuando estas palabras fueron escritas, era el correcto. Pero Austin, desafortunadamente, ofrece poco más como argumento para excluir a las recompensas del dominio de las sanciones ocupado por los castigos, y por ende para excluirlas del ámbito de una investigación sobre cómo puede el Estado motivar el acatamiento de sus directivas jurídicas. W. L. Morrison, el biógrafo moderno de Austin, atribuye la exclusión que éste hace de las recompensas fundamentalmente a su deseo de mantener la “pulcritud”³⁹⁹ y por ende como un paso en un ejercicio que era esencialmente definicional o nominativo. Pero incluso si tenemos (como debiéramos) simpatía por los ejercicios definicionales, al menos cuando se los realiza al servicio de la clarificación del pensamiento y la precisión analítica, esta maniobra definicional en particular parece extraña. Bien puede haber diferencias psicológicas, si no económicas, entre el hecho de que el Estado me diga que se me cobrará una multa de 10.000 dólares si yo no hago cierta cosa, y el de que me diga que me dará 10.000 dólares si la hago⁴⁰⁰, pero trasladar estas contingentes y variables cuestiones psicológicas a una definición de derecho o de la coerción jurídica debería parecernos un error. Después de todo, si lo que el Estado denomina recompensa es en realidad algo necesario para una vida exitosa, perder esa recompensa resultará algo muy parecido a ser castigado. Y si lo que el Estado denomina castigo es visto como el mero costo de hacer cierto negocio, como sucede a menudo en muchos contextos, entonces mucha gente considerará que si el Estado se abstiene de imponer un castigo, estará haciendo con ello algo casi idéntico a ofrecer una recompensa por el cumplimiento de sus disposiciones, una recompensa condicional que el sujeto bien puede ser libre de aceptar o rechazar.

³⁹⁹ W. L. MORRISON, *John Austin* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1982), 44. Véase también 65-67.

⁴⁰⁰ Dejando de lado el decreciente valor marginal del dinero.

Llegados a este punto, es claro que estas cuestiones no pueden ser determinadas por un mero edicto definicional. Bien puede ser que haya circunstancias en las que la coerción por medio de lo que Austin llamó la amenaza de un “mal” sea diferente del incentivo a través de una recompensa, pero no podemos identificar esas circunstancias al nivel de un *ipse dixit* definicional. En lugar de ello, debemos explorar con más detalle la naturaleza de los incentivos positivos y negativos. Al hacerlo, podemos acercarnos al trabajo sobre la cuestión hecho por economistas⁴⁰¹, así como a la considerable cantidad de investigación psicológica sobre el tema⁴⁰², pero el objetivo aquí será menos el de describir y evaluar esas investigaciones que el de conectar la cuestión general de los premios versus los castigos —incentivos positivos o negativos— con los temas que recorren todo este libro.

⁴⁰¹ Véase por ejemplo ANDREONI *et al.*, “The Carrot or the Stick...”; David L. DICKINSON, “The Carrot vs. the Stick in Work Team Motivation”, *Experimental Economics*, 4 (2001), 107-124; Avery Wiener KATZ, “The Option Element in Contracting”, *Virginia Law Review*, 90 (2004), 2187-2244, en 2201-2202; Shmuel LESHEM & Abraham TABBACH, “Solving the Volunteers’s Dilemma: The Efficiency of Rewards and Punishments”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2264521>; Donald WITTMAN, “Liability for Harm or Restitution for Benefit?”, *Journal of Legal Studies*, 13 (1984), 57-80.

⁴⁰² Véase Daniel KAHNEMAN & Amos TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, 47 (1979), 263-292; Amos TVERSKY & Daniel KAHNEMAN, “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, *Science*, 211 (1981), 453-458. Véase también Alfie KOHN, *Punished by Rewards: The Trouble with Gold Stars, Incentive Plans, A’s, Praise, and Other Bribes* (New York: Houghton Mifflin, 1993); Daniel BALLIET, Laetitia B. MULDER, & Paul A. M. VAN LANGE, “Reward, Punishment, and Cooperation: A Meta-Analysis”, *Psychological Bulletin*, 137 (2011), 594-615; Laetitia B. MULDER, “The Difference between Punishment and Rewards in Fostering Moral Consensus in Social Decision Making”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 44 (2008), 1436-1443; Karl SIGMUND, Christoph HAUERT, & Martin A. NOWAK, “Reward and Punishment”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 98 (2001), 10757-10762.

8.2. DOS TIPOS DE BENEFICIOS

El Estado es mucho más ahora, que en tiempos de Bentham, un proveedor de beneficios en incontables variedades. En su capacidad como proveedor (y con ello como un potencial retenedor) de beneficios, el Estado tiene la habilidad de influenciar el comportamiento de maneras que un Estado menos positivamente activo no tendría a su disposición⁴⁰³. Mientras más depende el ciudadano del Estado para muchas de las necesidades, o incluso lujos, de la vida, más puede servir el poder del Estado de conceder o retener esos beneficios para incentivar el cumplimiento del derecho. Por ejemplo, la mayoría de los países desarrollados modernos ofrecen pensiones, atención médica, vivienda, educación, empleo, y prestaciones sociales para ciudadanos de bajos ingresos y beneficios para veteranos militares y otros que han servido al Estado. Muchos de esos beneficios, sin embargo, no son ofrecidos con el fin de inducir una determinada forma de comportamiento. Por supuesto que el Estado preferiría que aquellos a quienes provee de atención médica no fumaran, en parte porque el no fumar reduce los costos médicos que afronta⁴⁰⁴. Pero como el Estado no condi-

⁴⁰³ Véase Gerrit DE GEEST & Giuseppe DARI-MATTIACCI, “The Rise of Carrots and the Decline of Sticks”, *University of Chicago Law Review*, 80 (2013), 341-392; Giuseppe DARI-MATTIACCI & Gerrit DE GEEST, “Carrots, Sticks, and the Multiplication Effect”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 26 (2010), 365-384.

⁴⁰⁴ En realidad, la cuestión es más compleja que esto. Una vez que apreciamos las implicancias del hecho de que la gente que no muere por males relacionados con el consumo de tabaco morirá por causa de algo más, surgen preguntas acerca de si, por ejemplo, los costos médicos producidos por las enfermedades relativas al hábito de fumar son mayores o menores que aquellas otras enfermedades terminales, de si las ganancias por los impuestos sobre el cigarrillo son mayores que las pérdidas por muertes prematuras, y de si los costos de los cuidados sanitarios pueden ser deducidos de los ahorros de pensión de la gente que fallece prematuramente. Sobre estas y otras cuestiones relacionadas, las respuestas son menos claras de lo que las observaciones casuales sobre los costos del fumar podrían sugerir. Compárese con World Health Organization [Organización Mundial de la Salud], *Assessment of the Economic Costs of Smoking* (Geneva: WHO Press, 2011); y Frank A. Sloan *et al.*,

ciona los beneficios médicos de sus destinatarios a la realización de ciertos comportamientos benéficos para la salud, la atención no puede ser plausiblemente entendida como que se dirige a controlar los comportamientos de los ciudadanos. Básicamente lo mismo puede decirse acerca de muchas otras formas de beneficios que el moderno Estado industrial provee. Al menos en los casos centrales, la mayoría de los planes gubernamentales de pensiones, vivienda pública, prestaciones sociales, educación pública y empleo público no son condicionales, en el sentido de que la percepción de tales beneficios no depende de la realización o abstención de ciertos comportamientos, que el Estado pueda querer incentivar o desalentar, por parte de sus destinatarios.

Hay, sin embargo, otros beneficios provenientes del gobierno que son suministrados bajo la condición de que quien los recibe adopte cierta forma deseada de comportamiento. Y dado que los beneficios se condicionan de ese modo, se ajustan mejor a la categoría que Bentham y Austin describieron como recompensas. Estos beneficios son recompensas por realizar el comportamiento deseado; en algunos casos involucrarse positivamente en ciertas actividades, en otros, abstenerse de hacerlo. Si el Estado, con el fin de limitar el consumo de tabaco, fuese a otorgar dinero en efectivo a los no fumadores en lugar de o en adición a la penalización del consumo de tabaco, podríamos considerar que esto se trata en propiedad de una recompensa. En efecto, aunque los Estados modernos no disponen esta clase de beneficios para los no fumadores, las compañías aseguradoras hacen justamente eso, ofreciendo tasas más bajas para quienes se abstienen de fumar. La idea de inducir un comportamiento deseado por medio del otor-

The Price of Smoking (Cambridge, MA: MIT Press, 2004), con Jari Tiihonen *et al.*, “The Net Effect of Smoking on Healthcare and Welfare Costs. A Cohort Study”, *BMJ Open* 2, e001678 doi:10.1136/bmjopen —2012-110678, y W. Kip Viscusi, *Smoke-Filled Rooms: A Postmortem on the Tobacco Deal* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 2002).

gamiento de beneficios financieros, aun si es más comúnmente practicada por las compañías de seguros que por los gobiernos, es por lo tanto una idea que tiene poco de extraña para la cultura moderna. Entre las recompensas más comunes por la modificación del comportamiento está, en muchos países, la reducción impositiva. En Estados Unidos, por ejemplo, se recompensa a la gente por comprar casas por cuanto el interés de una hipoteca puede ser deducido de los impuestos, mientras que el interés sobre el préstamo para la compra de un automóvil no. Se recompensa asimismo a los contribuyentes que dan dinero a la caridad, porque tales donaciones son deducibles de impuestos, cuando en general las donaciones a partidos políticos y miembros de la familia no lo son.

Los premios por embarcarse en comportamientos deseados por el gobierno son todavía más comunes en contextos intergubernamentales. El gobierno federal de los Estados Unidos, por ejemplo, a menudo busca que sus Estados, que tienen control primario sobre las carreteras y autopistas, impongan varias restricciones a la conducción relacionadas con la seguridad o la conservación de la energía, tales como los requerimientos de uso de cinturones de seguridad y los límites a la velocidad⁴⁰⁵. Por varias razones, algunas de las cuales se relacionan con los límites constitucionales al poder federal, que aquí no vienen al caso⁴⁰⁶, el método típico de las preferencias del gobierno federal en este área no consiste en ordenar que los Estados impongan estas restricciones sino en cambio en condicionar la percepción de fondos federales para autopistas a la disposición de los Estados a imponer dichas restricciones. Los

⁴⁰⁵ Sobre el uso de tales gastos condicionados para inducir (o ejercer la coerción) a los Estados a que prohíban la compra o uso de alcohol para todo aquel por debajo de los veintiún años, véase *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987).

⁴⁰⁶ Para un tratamiento de las cuestiones constitucionales véase, por ejemplo, Lynn A. BAKER, "Conditional Spending after *Lopez*", *Columbia Law Review*, 95 (1995), 1911-1989; Mitchell N. BERMAN, "Coercion without Baselines: Unconstitutional Conditions in Three Dimensions", *Georgetown Law Journal*, 90 (2001), 1-112.

Estados podrían rehusarse jurídicamente a imponerlas, rechazando los fondos federales, pero en la práctica las sumas son tan sustanciales que esta estrategia política de la recompensa condicionada resulta tanto o quizás hasta más efectiva que un mandato directo asociado a un castigo para el caso de desobediencia.

Sin embargo, hay una distinción importante que trazar entre dos tipos de recompensas condicionadas. Un tipo es mejor entendido como un subsidio directo para el comportamiento deseado por el Estado, y la palabra *subsidio* en este contexto puede ser mejor que *recompensa*. Si el Estado desea reducir la contaminación, puede simplemente castigar a quienes contaminan. Pero también puede en lugar de ello ofrecer un subsidio a las compañías para que adquieran equipamiento para el control de la contaminación. Por cierto, más que proveer fondos para la compra de equipamiento, el Estado podría simplemente dar el equipamiento a una compañía. De manera similar, en lugar de otorgarles beneficios monetarios a los no fumadores, el Estado podría suministrar, gratuitamente o a precios subsidiados, medicación o tratamiento (o cigarrillos electrónicos) para el cese del hábito de fumar. Semejantes programas son en algún sentido recompensas, pero son diferentes de las situaciones en que, por usar los mismos ejemplos, el Estado ofrece una recompensa en efectivo para toda compañía que use cierto dispositivo para el control de la contaminación, ofrece una recompensa monetaria a cualquier compañía que reduzca su grado de contaminación por debajo de cierto nivel, o hace un pago en efectivo a los no fumadores. Es verdad que bajo ciertas condiciones tales subsidios son económicamente equivalentes a las recompensas directas (y también a multas o penas por realizar comportamientos desaprobados), pero hay no obstante una diferencia entre un subsidio directo para un propósito específico y un premio simplemente por realizar el comportamiento que se prefiere. Cuando menos, esto último probablemente dé a los sujetos del esquema de recompensas más libertad de acción y, por ende, puede bajo ciertas

condiciones ser más efectivo. Un Estado (o siendo más realistas, una escuela o un equipo deportivo profesional) podría lidiar con los consumidores habituales de droga subsidiando la entrada en instituciones para la rehabilitación o en cambio dando un premio en efectivo a quien se haya determinado mediante tests que ha estado libre de drogas durante un cierto período de tiempo. Uno u otro de estos enfoques puede ser el que resulte más efectivo en ciertas condiciones, pero es al menos útil reconocer que hay una distinción entre ambos, y otra distinción, en ocasiones importante, entre una recompensa general y un mucho más específico subsidio.

8.3. LA POLÍTICA DE LA RECOMPENSA

Aunque las recompensas condicionadas son entonces una alternativa plausible al castigo impuesto por el gobierno, Bentham puede no haber estado muy alejado de la verdad al observar que de hecho los gobiernos hacen poco uso de los premios como dispositivo para el control de los ciudadanos descarriados. No sólo en tiempos de Bentham sino ahora mismo, y a pesar del mucho más amplio alcance que tienen los pagos hechos por el gobierno y otros beneficios en general, la utilización de recompensas como método para inducir el comportamiento deseado y desalentar los actos no deseados sigue siendo algo bastante fuera de lo común, al menos en el contexto del comportamiento individual. Las compañías de seguros premian a los buenos conductores y a los no fumadores, pero los gobiernos no. Y aunque los padres y los maestros de escuela a menudo recompensan a los niños obedientes con premios y muchos otros beneficios más tangibles, pocos gobiernos se molestan en premiar a sus buenos ciudadanos. Por cierto, aunque en algunas cárceles de Estados Unidos a menudo se hace a los presos una quita del tiempo de la condena por buen comportamiento, también, aun más a menudo, se añade tiempo por mal comportamiento.

La explicación más obvia de la relativa escasez de control del comportamiento basado en las recompensas incluso en un mundo de crecientes beneficios otorgados por los gobiernos, es que a menudo las recompensas simplemente no funcionan. Por ejemplo, hay numerosos incentivos positivos para no fumar, incluyendo mejores tasas de aseguramiento y varias otras formas de refuerzo positivo para el no fumador, pero el promedio de consumo de tabaco permanece peligrosamente elevado⁴⁰⁷. Las cárceles añaden tiempo por mal comportamiento o intento de escape porque la atracción de una condena reducida por conducta ejemplar no parece ofrecer incentivos suficientes para prevenir dichos actos⁴⁰⁸. Y la reticencia implícita de la División de Vehículos Automotores del Estado para recompensar a los buenos conductores con más pequeñas colas en los registros, procedimientos de renovación simplificados o carriles especiales en las cabinas de peaje, viene del presupuesto de que ninguna de estas prácticas tendría demasiado efecto en la incidencia de hábitos de conducción peligrosos o de otros modos contrarios a la ley.

Algo de esta preferencia por el castigo sobre las recompensas puede ser explicado por la investigación que confirma la asunción no científica pero aparentemente buena de Bentham acerca de que los negativos son a menudo más poderosos que los positivos

⁴⁰⁷ Véase Sarah CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012), 3-4.

⁴⁰⁸ Debiera causar poca sorpresa el hecho de que las recompensas son particularmente ineficaces en el contexto de las regulaciones carcelarias (incluyendo la exigencia de que no se intente escapar) una vez que se aprecia que la población a que apuntan dichas regulaciones es un grupo desproporcionadamente tendiente a la toma de malas decisiones, desproporcionadamente tendiente a subestimar de manera irracional la probabilidad de ser aprehendido y castigado y desproporcionadamente poco tendiente a percibir el valor de las recompensas no inmediatas. Gran parte de la investigación es sintetizada en Paul H. ROBINSON & John M. DARLEY, "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24 (2004), 173-205.

a la hora de afectar el comportamiento⁴⁰⁹. Pero tal vez una mejor y más amplia explicación para el extendido uso de los incentivos negativos en lugar de positivos —para el hecho de que los premios son más empleados por los padres y maestros que por los gobiernos— yace en el ámbito de la economía política. Considérese un ejemplo de Bentham referido a la posibilidad —que Bentham favorecía aun cuando no era parte del derecho inglés de la época en que escribía ni lo es ahora— de que los ciudadanos tengan la obligación afirmativa de reportar los delitos sobre los que tienen conocimiento, incluso cuando en modo alguno estén involucrados en la comisión, ayuda, complicidad o encubrimiento del delito de que se trate. Con respecto a esta propuesta de obligación jurídica, dice Bentham como ejemplo: “quienquiera que tome conocimiento de que se ha cometido un robo, que se lo deje declarárselo al juez; si así lo hace, recibirá tal o cual recompensa; si no lo hace, sufrirá este o aquel castigo”⁴¹⁰.

Pero considérense ahora los costes de las dos sanciones que Bentham propone. Asumiendo, de forma bastante plausible, que se produce un considerable número de robos, podemos esperar que, si la recompensa es lo suficientemente grande, también habrá un número considerable de ciudadanos que reportarán robos y obtendrán la recompensa. Esto requerirá de sustanciales desembolsos

⁴⁰⁹ Desde el campo de la economía experimental, véase Ernst FEHR & Simon GÄCHTER, “Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity”, *Journal of Economic Perspectives*, 14 (2000), 159-181; Theo OFFERMAN, “Hurting Hurts More than Helping Helps”, *European Economic Review*, 46 (2002), 1423-1437. Y desde el de la psicología social, véase Roy F. BAUMEISTER, Ellen BRATSLAVSKY, Catrin FINKENAUER, & Kathleen D. VOHS, “Bad Is Stronger than Good”, *Review of General Psychology*, 5 (2001), 323-370; Susan T. FISKE, “Attention and Weight in Person Perception: The Impact of Negative and Extreme Behavior”, *Journal of Experimental Research in Personality*, 22 (1980), 889-906; Paul ROZIN & Edward B. ROYZMAN, “Negativity Bias, Negativity Dominance, and Contagion”, *Personality and Social Psychology Review*, 5 (2001), 296-320.

⁴¹⁰ BENTHAM, *Of the Limits...*, 146.

de los fondos del Estado, así como de una burocracia adicional para administrar el sistema de recompensas. Pero el castigo por no reportar un robo —y presumiblemente Bentham se estaba imaginando el informe de la identidad del perpetrador— parecerá, especialmente en el corto plazo, carente de cualquier costo. Si el castigo con el que se amenaza es lo suficientemente grande, en contadas ocasiones necesitará realmente ser administrado y así el refuerzo adicional del derecho y los costos de la prisión resultarán mínimos. Incluso si la obligación requiriera gastos en su aplicación coactiva, dichos gastos, probablemente enterrados en el funcionamiento del aparato jurídico vigente y en los presupuestos carcelarios, serán en gran medida invisibles.

La lección a extraer del ejemplo debiera ser clara. El castigo por embarcarse en actos ilegales o la no concreción de los que son exigidos a menudo parecerá relativamente carente de costos para los legisladores y sus votantes y, marginalmente, puede que así lo sea, mientras que las recompensas por realizar conductas obligatorias normalmente les parecerán a esos mismos legisladores y votantes como que demandan nuevos y progresivos desembolsos. Considérese entonces otro ejemplo, el de las relativamente recientes prohibiciones, o serias restricciones, en Europa y otras partes, sobre la producción de queso con leche cruda, con el fundamento de que la utilización de leche cruda (no pasteurizada) en la elaboración de queso puede causar listeria y otras graves enfermedades⁴¹¹. Una forma de lograr los objetivos tras estas regulaciones sería simplemente la de prohibir la producción de queso con leche

⁴¹¹ Se puede encontrar explicaciones de esto en Burkhard BILGER, “Raw Faith: The Nun and the Cheese Underground”, *New Yorker*, August 19, 2002, 150-162; U.S. Food and Drug Administration, “The Dangers of Raw Milk”, disponible en www.fda.gov/Food/ResourcesForYou/consumers/ucm07951.htm; Harry G. WEST, “Food Fears and Raw-Milk Cheese”, *Appetite*, 51 (2008), 25-29. Véase también Frederick SCHAUER, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003), 278-291.

cruda y establecer una pena para la transgresión. Un enfoque tal probablemente no supondría gastos adicionales por parte del gobierno en el corto plazo, especialmente si ya se viniera realizando una exhaustiva labor de inspección alimenticia. Pero si a los productores de queso se les prometiera una recompensa o regalía por desarrollar o utilizar métodos alternativos de producción, la recompensa requeriría un desembolso inmediato de fondos públicos y bien podría ser resistida sólo por esa misma razón. Esto no implica negar que pudiera haber costos ocultos en el esquema del castigo. Con el paso del tiempo, puede esperarse que los gastos en la aplicación coactiva del derecho crezcan en la medida en que crecen los números de potenciales transgresores y transgresiones. En algunos casos, de los cuales el del queso puede ser un buen ejemplo, algunos de los costos de las nuevas prohibiciones serán soportados por aquellos que resultan regulados, más que por el erario público, lo que no quiere decir que tales costos no sean de tipo social. Si los productores de queso tienen que gastar dinero en métodos alternativos de producción o si pierden clientes gustosos del queso elaborado con leche cruda, es claro que hay un costo de por medio. Es sólo que puede ser uno de largo plazo y no de corto plazo, y que puede ser inicialmente soportado por el sector privado en lugar de por el gobierno. Como resultado, las prohibiciones a menudo parecerán menos costosas para el gobierno, incluso cuando sus costos para la sociedad como un todo sean muy grandes. De modo que si pensamos en esto como una cuestión de economía política y no de economía a secas —esto es, en la cuestión de los incentivos que guían a los actores políticos y no en la economía subyacente a ello— podemos entender por qué se da tan seguido el caso de que las recompensas son resistidas sobre la base de que requieren aumentos en los gastos pero que el castigo, que parece relativamente libre de costos aun cuando no lo es, termina como la opción preferida en el proceso legislativo.

Además de las cuestiones de economía política hay otras de economía pura que pueden explicar la histórica y continuada preferencia por el castigo. Específicamente, en muchos contextos

los costes de implementación de sistemas de recompensas pueden realmente ser mayores que los de castigos. Como cuestión estrictamente lógica, exigirle a la gente que use cinturones de seguridad y prohibirles que los use puede ser idéntico, pero tal vez la lógica no consiga hacer todo el trabajo aquí. Después de todo, sería mucho más fácil aprehender y castigar a los transgresores de una prohibición, especialmente porque las transgresiones son fácilmente visibles por las autoridades, que establecer un sistema por el cual quienes usen cinturón de seguridad reciban una recompensa por su buen comportamiento. Aquí y en otras partes, las instituciones que se requieren para el reporte y monitoreo de comportamiento cuestionado parecen más engorrosas, costosas e ineficientes que un sistema simple de aprehensión y castigo de los transgresores. Y esto es especialmente cierto respecto de un sistema de prohibiciones en el que las penas son lo suficientemente elevadas como para generar una disuasión seria y así requerir poco en términos de concreta aplicación coactiva y de los concretos costos que ello acarrea. Es difícil imaginarse siquiera un sistema por el que las personas que no cometieron robos, no estaban a cargo de lugares de trabajo inseguros o no discriminaban a la hora de contratar empleados, reciban recompensas por su comportamiento conforme al derecho. De este modo, aunque las deducciones impositivas y varios otros esquemas de premiación son alternativas plausibles al castigo u otras sanciones negativas en algunos contextos estrechos, es comprensible por qué puede esperarse que el derecho continúe haciendo mucho más uso de palos que de zanahorias.

8.4. LAS RECOMPENSAS Y LA NATURALEZA DEL DERECHO. TAL VEZ AUSTIN ESTABA EN LO CORRECTO DESPUÉS DE TODO

Al considerar la dificultad y el costo de administrar un sistema de recompensas por embarcarse en comportamientos ventajosos y evitar comportamientos desventajosos, podemos apreciar mejor la exclusión que Bentham y en especial Austin hicieron de las recom-

piensas del ámbito del derecho. Es verdad que el gobierno tiene la aptitud para usar zanahorias al igual que palos para crear incentivos para el comportamiento socialmente deseable, sea que ese comportamiento involucre la actuación o la abstención de actuar. Y es también cierto que el uso de zanahorias —premios— se está volviendo cada vez más común en el mundo moderno, incluso si, como recién hemos visto, sigue siendo menos común como método de gobierno que como método para la instrucción en clase o para la crianza efectiva de los hijos. No obstante, incluso en la medida en que se emplean recompensas, sigue en pie la pregunta —una pregunta aun más de Austin que de Bentham— de si debemos entender a tales mecanismos de premiación como derecho.

Considérense dos enfoques alternativos para reforzar la exigencia jurídica propuesta en los Estados Unidos de que la industria maderera utilice un tipo particular de mesa aserradora, una que tiene un notable dispositivo que detendrá la sierra dentro de las primeras cinco milésimas de segundo luego de que ésta entre en contacto con carne humana, convirtiendo así lo que antes habrían sido pérdidas de dedos en arañazos menores⁴¹². Una posibilidad

⁴¹² El dispositivo —un producto patentado llamado *SawStop*— recibió una mención a la seguridad por parte de la Comisión Estadounidense para la Seguridad de los Productos al Consumidor [*U.S. Consumer Product Safety Commission*] en julio de 2001, generando con ello la cuestión de si los premios otorgados por el gobierno —el equivalente gubernamental a la estrella dorada que la maestra pone a sus alumnos— puede suministrar incentivos suficientes para el comportamiento socialmente beneficioso. En este caso, a pesar de la capacidad para hacer uso del premio con el propósito de incrementar las ventas, parece que no. Sobre la cuestión en general, véase Jeff PLUGIS, “Consumer Safety: A Fight over Table Saws”, *Bloomberg Business Weeks Magazine*, June 9, 2011, disponible en www.businessweek.com/magazine/content/11_25/b423303271256.htm. Es también relevante el papel del derecho privado —en particular del derecho de daños— en la aplicación y creación de estándares jurídicos, un tema que será tratado en el capítulo 9. En este contexto en particular, véase *Osario v. One World Technologies, Inc.*, 716 F. Supp. 2d 155 (D. Mass. 2010), *aff'd*, 659 F.3d 81 (1st Cir. 2011), donde se encuentra responsable a un productor de sierras eléctricas que no había instalado este dispositivo en las sierras que comercializaba.

de refuerzo, al menos en el contexto de los negocios comerciales, sería consistente con los procedimientos existentes de seguridad en el ámbito laboral, de acuerdo con los cuales los inspectores de la Administración de Seguridad y Salud Ocupacionales [*Occupational Safety and Health Administration*] hacen inspecciones aleatorias y no anunciadas en los locales abarcados, con el poder de imponer multas por infracciones. De manera correlativa, el uso de mesas aserradoras sin el dispositivo en establecimientos comerciales sería una infracción, sancionada por dichas inspecciones aleatorias. Pero otra forma de hacer cumplir el requerimiento sería por medio de un sistema según el cual todo el que compre e instale el dispositivo recibiría una recompensa en efectivo, algo parecido al reembolso en una tienda y con un sistema más o menos similar para verificar la realización de compras.

Incluso si asumimos (quizás contrafácticamente) que ambas maneras tienen un costo equivalente para el gobierno, e incluso si asumimos (de nuevo, tal vez contrafácticamente) que tienen igual grado de efectividad en su aplicación, no sería implausible imaginar que el sistema de castigos usaría más seguido los dispositivos y personal tradicionales del sistema jurídico, incluyendo las regulaciones legislativas, tribunales, apelaciones y procesos contenciosos dominados por la actividad de abogados. Por contraste, podríamos suponer que el sistema de recompensas sería gestionado en gran parte, si no completamente, por fuera del sistema jurídico formal y haría menos uso de abogados, procedimientos formales y tribunales. En la medida en que exista esa diferencia en el uso de las instituciones jurídicas formales, podemos encontrarnos con una nueva perspectiva acerca de la relación entre las recompensas y el derecho. Esto es, la cuestión sobre los premios y castigos puede ser no sólo sobre qué enfoque es el más eficiente en qué contexto o sobre qué enfoque produciría mayores niveles de acatamiento de las obligaciones jurídicas, sino sobre qué enfoque se daría dentro de, o más cercano a, los varios procedimientos e instituciones que

tradicionalmente han poblado y caracterizado al sistema jurídico. De este modo, cuando Austin excluía las recompensas de su definición de derecho y Bentham parecía por momentos a punto de hacer eso mismo, puede que implícitamente hayan estado adoptando lo que podríamos llamar una definición sociológica o procedimental del derecho, cuestión sobre la que volveremos en el capítulo 11. En lugar de definir al derecho en términos de la naturaleza de sus normas o de la naturaleza de sus fuentes, podríamos más bien pensar en el derecho simplemente como la actividad a la que se abocan tribunales, abogados y el abanico sociológicamente definido de instituciones que los rodea. Justo como al menos una de las definiciones de *arte* es simplemente lo que hacen los artistas y la cultura y el negocio del arte⁴¹³, y tal como la definición de *derecho* de Ronald Dworkin ha parecido por momentos cercana a, simplemente, lo que hacen jueces y abogados⁴¹⁴, una definición de derecho podría ser parasitaria de las actividades de los tribunales, jueces, abogados e instituciones asociadas a ellos. Esta perspectiva no es probablemente la que Bentham tenía en mente y ciertamente no es la que Austin tenía en mente. No obstante, tal forma de percibir la conexión diferenciada entre las recompensas y el derecho y el castigo y el derecho, nos suministraría algo de apoyo para una comprensión del derecho (mejor que una definición para

⁴¹³ Este no es un libro de estética, en una medida no menor porque su autor es asombrosamente incapaz de escribir uno. Sin embargo, la sugerencia en el texto se encuentra cercana a las teorías generalmente conocidas como “institucionalistas” y asociadas de manera más destacada a George Dickie. Véase George DICKIE, *Art and Value* (Oxford: Blackwell, 2001); George DICKIE, *The Art Culture* (New Haven, CT: Yale University Press, 1984). Véase también Lydia GOEHR, *The Imaginary Museum of Musical Works* (Oxford: Oxford University Press, 1994); Larry SHINER, *The Invention of Art* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 2001); Derek MATRAVERS, “The Institutional Theory: A Protean Culture”, *British Journal of Aesthetics*, 40 (2000), 242-250.

⁴¹⁴ Véase Ronald DWORKIN, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Marshall Cohen, ed., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, NJ: Rowman & Littlefield, 1984), 247-300, en 259, 261-263.

ciertos propósitos) que distinga a la recompensa del castigo no sobre la base de algún atributo intrínseco a la una o el otro sino fundamentalmente sobre la base de la manera en que el último, mucho más que la primera, haría uso del tradicional aparato y conjunto de instituciones que (sociológicamente) conocemos como el sistema jurídico.

Un enfoque sociológico o institucional para entender con más empatía la exclusión que Austin y Bentham hicieron de las recompensas en *sus* definiciones de derecho está abierto a la crítica de constituir una petición de principio. Después de todo, ¿por qué deberíamos entender a los tribunales, jueces y abogados como algo central para el derecho pero a varios procedimientos burocráticos y administrativos como algo distinto? Esta formulación de la pregunta nos conduce a una pregunta todavía más amplia, sobre la que volveremos en el capítulo 11: ¿cuáles son las características del derecho que queremos explicar? ¿Cuáles son los rasgos del derecho que cualquier teoría exitosa de la naturaleza del derecho *debe* explicar? Si sólo deseamos explicar un sistema de normas o una institución de la organización social cuyo propósito es el logro de metas deseables y la puesta de los recursos gubernamentales al servicio de dichas metas, entonces el sistema de recompensas recién descrito ciertamente calificaría. Pero entonces posiblemente habríamos colocado bajo el paraguas del derecho el sistema entero de creación y aplicación de políticas públicas. Semejante comprensión del alcance del derecho puede o no ser valiosa, y puede o no ser útil para ciertos propósitos prácticos o teóricos, pero no consigue explicar lo que parece ser al menos una diferencia sociológica entre los tribunales y otras instituciones públicas, entre los abogados y otros profesionales de carácter político y entre el aparato jurídico y otros numerosos dispositivos de la política pública⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Aquí resulta apropiado aludir a Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, tr. Klaus A. Zeigert (Oxford: Oxford University Press, 2004), cuya comprensión del derecho y de muchas otras instituciones sociales era en gran medida sociológica, más que

Al no poder explicar un hecho obvio y aparentemente importante acerca de cómo el derecho y los sistemas jurídicos existen en la mayoría de las sociedades modernas, cualquier enfoque que haga colapsar el aparentemente importante hecho sociológico de la diferenciación del derecho respecto de otros sistemas de normas y de otras instituciones gubernamentales y políticas, podría tenerse por fallido exactamente por esa razón. Inversamente, un enfoque que reconoce la diferencia entre el derecho y la administración, entre derecho y gestión y entre derecho y política, aun cuando reconozca que éstos son sistemas solapados con fronteras borrosas y demarcaciones vagas, será un enfoque que no asume que cada implementación de una política pública es mejor entendida en tanto que derecho. Si esto es así, quizás podamos entrever a dónde querían llegar Bentham y Austin y qué podría haberlos conducido, no necesariamente de manera correcta pero tampoco obviamente incorrecta, a pensar en un sistema de recompensas como, generalmente, menos una parte del derecho y del sistema jurídico que lo que otros enfoques habrían supuesto. No ofrezco esta interpretación del trabajo de ambos como definitiva, ni siquiera como tentativa, sino tal vez como una reconstrucción parcial y útil. Porque aunque Bentham escribió *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* como una continuación de su trabajo, mucho menos centrado en el sistema jurídico, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, también mantuvo, tal como vimos en el capítulo 2, un duradero desdén por casi todos los aspectos del sistema jurídico que mejor conocía. Este desprecio estaba a veces concentrado en los métodos del *common law*, pero caía más regular y vehementemente sobre jueces, abogados y funcionarios judiciales. Así, el desprecio de Bentham por el derecho estaba enfocado de manera mucho más sociológica que filosófica.

conceptual. Véase también Hugh BAXTER, "Autopoiesis and the 'Relative Autonomy' of Law", *Cardozo Law Review*, 19 (1987), 1987-2090.

Vio un grupo de gente —o tal vez, de manera más precisa, una conspiración— que estaba trabajando en conjunto para minar el bien común y con ello maximizar su propia riqueza y poder. Uno no tiene por qué estar de acuerdo con Bentham acerca de los aspectos conspirativos de esta aglomeración de individuos e instituciones, ni siquiera acerca de las perniciosas tendencias de éstos, para reconocer que el blanco de su ira —abogados y jueces— está sustancialmente demarcado de manera sociológica, más que filosófica. Atender a la distinción entre recompensa y castigo puede entonces habernos provisto de una ventana desde la que ver qué estamos haciendo exactamente cuando buscamos comprender el fenómeno del derecho. El fenómeno del derecho tiene numerosas dimensiones normativas, filosóficas y políticas, entre otras, pero tiene también, especialmente en el mundo moderno, dimensiones sociológicas. Si estamos intentando comprender qué diferencia al derecho de otros sistemas sociales, podemos vernos auxiliados por el reconocimiento de la parcial diferenciación sociológica del derecho, una diferenciación que no es menos real ni menos importante que varias otras formas de diferenciación. Al decir esto, sin embargo, nos alejamos un tanto de la más reducida cuestión de las recompensas y los castigos. No obstante, queda mucho más por decir acerca de la diferenciación del derecho, incluyendo la de tipo sociológico, y al menos parte de ello será dicho en el capítulo 11.

9

EL ARSENAL DE LA COERCIÓN

9.1. MÁS ALLÁ (O TAL VEZ ANTES) DE LAS AMENAZAS

La amenaza se ubica en el centro de la imagen convencional de la coerción en el derecho. El asaltante armado que dice “entregúeme el dinero o disparo” le está dando a su víctima una elección, pero ilusoria. Después de todo, pocas personas sacrificarían sus vidas para ahorrar dinero (lo que en este escenario probablemente no sucedería, de todos modos). Como el asaltante, el derecho a veces también amenaza a las personas con la pérdida de la vida —la pena capital— si no cumplen con las exigencias jurídicas. Normalmente, sin embargo, el derecho amenaza con algo un tanto más leve: cárcel, multas, pérdidas de beneficios de algún tipo, la flagelación en épocas anteriores y aun todavía en algunos países, y la pérdida de varios privilegios particulares para la ciudadanía, como el voto. Pero aunque hay diferencias entre las amenazas del derecho y las del asaltante, la amenaza de consecuencias desagradables si el sujeto no se comporta de una forma en particular es todavía la principal arma en el arsenal coercitivo del derecho. “Límite de velocidad en 65” es coercitivo justamente porque, y en la medida en que, la

gente preferirá conducir más despacio que presentarse frente a un tribunal, pagar una multa y posiblemente ver sus licencias de conducción restringidas. El aspecto disuasivo del castigo penal severo opera de manera similar, bajo el presupuesto de que la amenaza de las penas posteriores al acto disuadirá a las personas de embarcarse en acciones prohibidas en primer término⁴¹⁶. Básicamente lo mismo se aplica a las dimensiones disuasorias del derecho privado, sobre todo del derecho de daños, pero también a varias otras formas de responsabilidad no penal posteriores al acto.

Pero por más ubicua que pueda ser la amenaza de sanciones posteriores al acto, es importante reconocer que la coerción puede ser aplicada incluso más directamente que la amenaza y puede dar aun menos elección al potencial transgresor de la ley. Considérese, por ejemplo, el uso de inmovilizadores del motor como método

⁴¹⁶ Hay una vasta literatura acerca de los mecanismos de disuasión, pero para nuestros propósitos actuales, todo lo que necesitamos aceptar es que bajo condiciones tanto de alta penalidad (al menos en relación a las ganancias potenciales fruto de la infracción) como de alta probabilidad de aplicación coactiva, el aspecto disuasorio del derecho es efectivo de manera relativamente incontrovertida. Sin embargo, hay un debate acerca de la medida en que las prohibiciones acompañadas de castigo severo pero de baja probabilidad de aplicación son eficaces en tanto que disuasivas. Para la idea de que la pena esperada es todo o casi todo lo que importa, y de que las penas altas de baja probabilidad de aplicación son a grandes rasgos equivalentes para la disuasión que las penas bajas de alta probabilidad de aplicación, el texto clásico es Gary BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Analysis", *Journal of Political Economy*, 76 (1968), 169-217. Véase también Daniel KESSLER & Steven D. LEVITT, "Using Sentence Enhancements to Distinguish between Deterrence and Incarceration", *Journal of Law and Economics*, 42 (1999), 343-363. Para la idea de que la magnitud de la pena tiene poco efecto disuasivo a bajos niveles de aplicación, véase Tom R. TYLER, *Why People Obey the Law*, 2ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006); John M. DARLEY, "On the Unlikely Prospect of Reducing Crime Rates by Increasing the Severity of Prison Sentences", *Journal of Law & Policy*, 13 (2005), 181-247; Paul H. ROBINSON & John M. DARLEY, "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24 (2004), 173-205.

disuasorio del robo de coches⁴¹⁷. La manera tradicional con la que minimizar el robo automotor es a través de la amenaza de castigo sustancial para los ladrones que sean aprehendidos y condenados. La teoría, trivialmente obvia, es que el prospecto de encarcelamiento disuadirá del robo a personas que de otro modo estarían inclinadas a efectuarlo.

Desde luego, sabemos que la amenaza de sanciones desagradables no es perfectamente efectiva. La gente roba automóviles de todas maneras. Por eso es que los coches tienen cerraduras. Un inmovilizador del motor es en efecto una cerradura más sofisticada. Traba el motor del coche a menos que reconozca al propietario, sea mediante una llave física, mediante un código que sólo el propietario conoce o, en versiones más sofisticadas, mediante el reconocimiento de las huellas dactilares del propietario o de su patrón retinal, rasgos faciales, voz o algo por el estilo. Si el inmovilizador no reconoce al dueño, el coche no se moverá.

La inmovilización es una forma de incapacitación y la incapacitación es una forma de coerción. Yo puedo mantenerte fuera de mi casa amenazándote con dispararte si entras, pero también puedo mantenerte fuera de mi casa cerrando con llave la puerta del frente. Puedo confiar en el efecto disuasorio del derecho penal para que evite que otros roben mis objetos de valor, pero también puedo enterrarlos o ponerlos en una caja fuerte. Los oficiales de policía pueden amenazar a las personas alborotadoras con arrestarlas si interfieren con el cumplimiento de sus deberes o pueden simplemente alejarlos forzosamente. Del mismo modo, un juez puede ejercer la coerción sobre las personas para que se comporten adecuadamente frente a sus estrados, amenazándolas con considerarlas en desacato y con ello imponerles multas o prisión, o

⁴¹⁷ Véase Jan C. van OIRS & Ben VOLLARD, “The Engine Immobilizer: A Non-Starter for Car Thieves”, Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Discussion Paper 2013-001 (January 14, 2013), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2202165>.

alternativamente puede simplemente hacer que la policía desaloje por la fuerza a los revoltosos. Y aunque una forma de hacer efectiva una orden de desalojo o desahucio está dada porque el juez o un comisario de policía amenacen con encarcelar o imponer multas a quienes no abandonen la propiedad, otra forma bastante común consiste en que los oficiales de policía entren a la propiedad y retiren todas las pertenencias del inquilino desalojado. La inmovilización, incapacitación y la remoción, entre otros, son de hecho los implementos más directamente coercitivos a disposición del Estado. Y así, una forma de entender la amenaza de sanciones desagradables posteriores al acto es que se trata de una manera potencialmente más eficiente de alcanzar las metas de la aun más directa coerción. El pago a un oficial de policía para que arrastre a alguien fuera de la sala de un tribunal es costoso, y podríamos concebir la amenaza de las penas por desacato como una manera de quitar de cabeza del Estado el costo del refuerzo de la ley para ponerlo en cabeza del potencial infractor.

Dichas formas directas de coerción son más comunes de lo que pensamos. Los lomos de burro, topes o badenes (que en Jamaica y otros lugares son llamados, de manera encantadora, “policías durmientes”) fuerzan a la gente a conducir más despacio al hacer que sea más o menos imposible hacerlo de otro modo, no obstante las preferencias que tenga el conductor. Las cerraduras protegen las casas, los coches y los locales comerciales y los cortafuegos [*firewalls*] hacen básicamente lo mismo en el mundo del ciberespacio y la tecnología de la información. Aunque en ese mundillo a menudo hay penas por el acceso no autorizado y la invasión de la privacidad, el uso de medios electrónicos para evitar que la gente vea *lo que quiera* es una forma de coerción. En la medida en que la incapacitación es, en la práctica y con frecuencia también en la teoría, uno de los objetivos del castigo penal, podemos ver al perpetrador encarcelado no sólo como alguien que ha sido castigado en sentido retributivo sino además como alguien a quien se le previene directamente, por

medio de muros, guardias, barrotes y alambres de púa, de hacer lo que de otro modo querría hacer, incluyendo, o así sostiene la teoría de la incapacitación, la comisión de los delitos de que de otra forma todavía estaría inclinado a cometer.

Tales formas directas de prevenir acciones dañosas son frecuentemente ignoradas por la literatura acerca de la coerción. O a veces son reconocidas pero distinguidas equivocadamente de la coerción. Sin embargo, es importante notar la ubicuidad de estas estrategias directamente preventivas y apreciar que, ya que alteran las preferencias y motivaciones de las personas, son mejor comprendidas como elementos coercitivos⁴¹⁸. A menudo estas estrategias no son empleadas por las autoridades oficiales por causa de su costo, pero aun más frecuentemente son evitadas por ser sobreincluyentes. El portón que mantiene al ladrón afuera también mantiene afuera al visitante inocente, los pesados candados y cadenas para las bicicletas son también inconvenientes para sus dueños y el cortafuegos informático que hace las cosas más difíciles para el hacker, también nos dificulta al resto de nosotros el disfrute completo de las legítimas capacidades de búsqueda que ofrece el ciberespacio. En ocasiones la prevención física directa es además sencillamente insuficiente para frustrar al delincuente que posee determinación y recursos. Por cierto, bajo los plausibles presupuestos de que los ladrones creativos y experimentados pueden entrar en casi cualquier automóvil y conducirlo, casi con cualquier tipo de cerradura, y de que los hackers inteligentes están usualmente un paso delante de hasta los más sofisticados intentos por bloquear sus actividades, la amenaza del castigo posterior al acto puede tener éxito en disuadir actos que están más allá de las capacidades disuasorias de las barreras físicas o electrónicas. De este modo resulta importante no ignorar

⁴¹⁸ Sobre la fuerza como forma de coerción, de la que no se distinguiría, véase Benjamin SACHS, "Why Coercion Is Wrong When It's Wrong", *Australasian Journal of Philosophy*, 91 (2013), 63-82, en 63.

la opción del refuerzo físico directo del derecho para prevenir su violación, pero es igualmente importante apreciar por qué tales medidas no son siempre, y quizás ni siquiera habitualmente, la estrategia a la que recurrir en primer término.

9.2. ¿SON LAS SANCIONES SIEMPRE COERCITIVAS? ¿LA COERCIÓN SIEMPRE INVOLUCRA SANCIONES?

Hasta ahora hemos estado utilizando los términos *fuerza*, *coerción* y *sanciones*, entre otros (incluyendo *compulsión*), de forma más o menos intercambiable, con la promesa, hecha en el capítulo 1, de posteriores y necesarias clarificaciones y distinciones. Es ahora el momento de cumplir con esa promesa.

La literatura acerca de la coerción es vasta, pero resulta que gran parte de ella no es directamente relevante para las cuestiones que dominan este libro, cuestiones como la relación entre la coerción y la juridicidad y el papel de la coerción como facilitadora del acatamiento del derecho. De manera más específica, buena parte de la literatura existente sobre la coerción está situada dentro de un espectro de doctrinas jurídicas y cuestiones morales en las que un juicio jurídico o una conclusión moral se sigue de la presencia o ausencia de coerción. Unos cuantos ejemplos aclararán esto. Considérese primero el derecho de los contratos. Normalmente una condición necesaria para la validez de un contrato es la presencia de un acuerdo entre las partes contratantes. Pero si una de las partes entra al contrato bajo coerción —si es coaccionada— entonces no hay un acuerdo genuino y el contrato es nulo. Tal como sucede con la defensa general existente por haber sufrido coacción en el derecho penal⁴¹⁹, la coerción o compulsión es de ordinario

⁴¹⁹ Véase Mitchell BERMAN, “The Normative Function of Coercion Claims”, *Legal Theory*, 8 (2002), 45-89; William A. EDMUNDSON, “Coercion”, en Andrei Marmor, ed., *Routledge Companion to the Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012), 451-466.

una defensa contra la responsabilidad contractual⁴²⁰. De manera similar, el delito de violación requiere del uso de la fuerza y en ciertas circunstancias la coerción puede contar como fuerza para los propósitos de la ley⁴²¹. Aunque la confesión de haber cometido un delito, hecha por parte de un sospechoso, puede ser utilizada como prueba en contra suya si se trata de una confesión voluntaria, resulta inadmisibile, al menos en la mayoría de las democracias constitucionales, si es obtenida de manera coactiva, esto es, si se ejerce la coerción para obtenerla⁴²². Para la mayoría de estas cuestiones jurídicas hay análogos de tipo moral. Por ejemplo, justo como los contratos firmados bajo coacción no obligan jurídicamente, no hay obligación moral que provenga de una promesa hecha bajo esas mismas condiciones. Y tal como el ejercicio de la coerción para la realización de conductas sexuales constituye a menudo un delito, es también, siempre, algo contrario a la moral.

En la consideración de estas cuestiones hecha por juristas y filósofos, han surgido dos posiciones principales⁴²³. Desde luego, cada una tiene muchas variantes, pero para nuestros propósitos nos basta con delinear lo básico de las dos formas opuestas de entender la idea de coerción. Una de ellas es en gran medida factual, y sostiene que la existencia o no de coerción es una cuestión de hecho, conceptualmente independiente de la cuestión normativa acerca de qué clase de coerción, o cuánta, es necesaria para alcanzar cierto juicio moral o resultado jurídico⁴²⁴. La comprensión opuesta

⁴²⁰ Véase E. Allan FARNSWORTH, "Coercion in Contract Law", *University of Arkansas Little Rock Law Journal*, 5 (1982), 329-343.

⁴²¹ Véase Patricia J. FALK, "Rape by Fraud and Rape by Coercion", *Brooklyn Law Review*, 64 (1998), 39-180.

⁴²² Para los Estados Unidos, véase por ejemplo *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1936); *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

⁴²³ Una valiosa recopilación de perspectivas varias es la de Roland Pennock & John W. Chapman, eds., *Coercion: Nomos XIV* (Chicago, IL: Atherton, 1972).

⁴²⁴ Lo escrito en el texto es una sobresimplificación del tema básico de Robert Nozick, "Coercion", en Sidney Morgenbesser, Patrick Suppes, & Morton White, eds.,

insiste en que el de coerción es un concepto moralizado, tal que no podemos determinar si la ha habido sin incorporar en la idea misma de coerción ciertas conclusiones normativas moralmente generadas⁴²⁵.

Si creyéramos, con Austin, que la amenaza de la fuerza está entre los criterios necesarios para que una norma individual tenga el estatus de derecho, entonces muchos de los problemas que se suscitan en estos debates acerca de qué es necesario para que un acto califique como coercitivo serían altamente relevantes. Como Austin creía que la coerción, o la amenaza de sanciones, era condición necesaria para que una norma sea de tipo jurídico, necesitaba una definición de coerción y una definición de sanción para que su análisis resulte exitoso (aunque puede no haberlas dado⁴²⁶). Pero como debiera ser claro a esta altura, el interés de este libro no está puesto en las propiedades esenciales del derecho y ciertamente no lo está en las propiedades necesarias para que una norma individual sea una norma jurídica propiamente dicha. La idea de que la coerción es una condición necesaria para que una prescripción cuente como derecho o como norma jurídica está entre ese conjunto de ideas de Austin que sabiamente hemos descartado, por mucho que el énfasis austineano sobre la coerción en general nos provea de una valiosa aunque ahora demasiado a menudo inapreciada

Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel (New York: St. Martin's Press, 1969), 440-472.

⁴²⁵ La más importante defensa de una concepción moralizada de la coerción es Alan WERTHEIMER, *Coercion* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1989). Véase también SCOTT ANDERSON, "Coercion", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/coercion> (2011); Martin GUNDERSON, "Threats and Coercion", *Canadian Journal of Philosophy*, 9 (1979), 247-259; Hans Oberdiek, "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", *American Journal of Jurisprudence*, 21 (1976), 71-94, en 80-81.

⁴²⁶ Se trata y remedia parcialmente la incompletitud del planteamiento que hace Austin de la naturaleza de las sanciones en Matthew H. KRAMER, "John Austin on Punishment", *University of Cambridge Legal Studies Research Paper*, 45/2011 (September 2011), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1934750>.

guía para la comprensión del fenómeno del derecho en general. El que la coerción sea una característica generalizada a través de todos los sistemas jurídicos y el que sea también un componente importante aun si no lógicamente necesario del derecho tal como lo conocemos, no implica, sin embargo, la conclusión de que la amenaza de la coerción es un componente esencial de cada prescripción que debiéramos designar como derecho o reconocer como componente del sistema jurídico.

En consonancia con ello, la tesis de este libro de que la coerción tiene una importancia en la comprensión y explicación del fenómeno del derecho que la teoría del derecho ha menospreciado, no requiere que contemos con una definición de coerción que distinga entre las instancias de coerción y aquellas de voluntariedad. Sólo necesitamos tener en mente la idea básica de que el derecho, y no sólo este o aquel derecho, generalmente nos hace hacer cosas que no queremos hacer, o no hacer cosas que sí queremos hacer. Cómo y por qué el derecho hace esto es de seguro muy importante, pero la identificación de la dimensión coercitiva de cada norma jurídica individual, con idéntica seguridad, no lo es.

Aunque no es importante para nuestros propósitos aquí distinguir lo coercitivo de lo voluntario con respecto a normas jurídicas individuales, es útil notar que la coerción se comprende mejor como un atributo del efecto del derecho sobre las decisiones de agentes particulares y resulta con ello valiosamente diferenciada de la idea menos relacional de *sanción*. Esto es, las sanciones son los dispositivos que el derecho usa o con los que amenaza, pero el que las sanciones aplicadas o con las que se amenaza sean coercitivas depende de la forma en que dichas sanciones afectan las capacidades de toma de decisión de los destinatarios de las normas. El derecho bien puede contener una sanción para quienes, por ejemplo, violan las normas en contra del hurto, y puede autorizar a funcionarios particulares a aplicar esa sanción en caso de desobediencia, pero dado que estas normas no cambiarán las preferencias o motiva-

ciones de quienes no tienen razones para, o deseos de, cometer hurto, no puede considerárselas coercitivas para tales individuos.

Dentro de la categoría de las sanciones es útil distinguir asimismo entre la amenaza o aplicación concreta de la fuerza física y varias otras sanciones. Por ejemplo, la pérdida de la licencia de conducir es una sanción, pero no consiste en la aplicación directa del nudo poder físico. Es cierto que la mayoría, quizás todas, las sanciones jurídicas dependen en última instancia de gente con armas y que por ende hay algo importante en la común observación de que el derecho depende del monopolio último del uso legítimo de la fuerza física por el Estado⁴²⁷. En el fondo, la sanción por la que pierdo mi licencia de conducir depende del hecho de que conducir sin licencia es delito y de que si cometo este delito, será pasible de tener que pagar una multa o ir a prisión. La efectividad de estas dos sanciones depende en última instancia de la aptitud del Estado para dirigir a personas con armas y uniformes a que me pongan en prisión, de la que otras personas con armas y uniformes evitarán que me escape. No obstante que el poder del Estado para hacer cumplir el derecho pueda en definitiva depender del uso de bruta fuerza física, el espectro de sanciones disponibles para el Estado es mucho más amplio en circunstancias normales, no últimas, que el simple uso de la fuerza física y por ende puede ser útil, dejando al margen las cuestiones terminológicas, distinguir la fuerza como fuerza física, del amplio abanico de sanciones no físicas que el Estado moderno tiene a su disposición, un abanico cuya exploración ocupará el resto de este capítulo.

De manera que, si estuviéramos buscando una distinción tentativa entre los términos que hemos ido usando hasta ahora en este libro, podríamos decir que 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

⁴²⁷ Véase el capítulo 11.

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 puede decirse que el derecho ejerce compulsión cuando su fuerza coercitiva de hecho induce el mencionado cambio en el comportamiento. Todas estas definiciones son desde luego estipulativas, pero al menos resaltan la forma en que el aspecto coercitivo del derecho está en efecto en interrelación con un grupo de diferentes fenómenos conectados entre sí.

9.3. MULTAS, IMPUESTOS Y EL COSTO DE HACER NEGOCIOS

La mayoría de los vagones de tren, tranvía y metro tienen un cable o manivela diseñado para hacer que el tren se frene más o menos de inmediato en caso de emergencia. Es común que haya un letrero al lado del cable o manivela advirtiendo a los pasajeros que no utilicen este dispositivo a menos que haya una genuina emergencia y advirtiéndoles además que su uso cuando no hay una emergencia genuina supondrá una multa para el usuario. Las implicancias de este proceso no se le escaparon a P. G. Wodehouse, cuyo personaje el señor Mulliner hizo la siguiente observación:

Es curioso que, a pesar de la loable voluntad de las compañías ferroviarias de dejar que sus clientes se den un sacudón por el extremadamente moderado precio de cinco libras, muy poca gente haya tirado del cable o visto cómo alguien lo hacía.⁴²⁸

Es obvio que las compañías ferroviarias a las que Wodehouse se refería consideraban que una multa de cinco libras (en 1927) era un castigo severo y por ende un factor disuasorio sustancial. Es igualmente obvio que los personajes típicamente despreocupados y adinerados de Wodehouse tomaban a ese monto no como una pena sino como

⁴²⁸ P. G. WODEHOUSE, "The Truth about George", en Id., *Meet Mr. Mulliner* (1927).

un precio, y uno bastante razonable para el caso, dada la emoción que daría el poder hacer que un enorme tren se detenga de golpe.

El señor Mulliner de Wodehouse pone frente a nosotros la pregunta de si hay una diferencia entre un precio y una pena y, con ello, si los aspectos coercitivos de cualquier pena con la que se amenace están enteramente en función de los recursos y preferencias de quien está sujeto a una norma. Cuando el Estado dice que debes pagar una multa de cierto monto por realizar tal o cual comportamiento, ¿está diciéndote que no debes realizar esa conducta o está simplemente poniéndote el precio por hacerlo? Si es esto último, ¿sucede lo mismo cuando la pena es de prisión? Después de todo, hay mucha gente que podría estar dispuesta a intercambiar un relativamente pequeño período de prisión por una gran riqueza. Y si es lo primero, si la pena es meramente algo que se adjunta al mandato jurídico y si el derecho entonces no es indiferente entre el cumplimiento y el incumplimiento penalizado, ¿se aplica lo mismo al derecho privado? Cuando el derecho obliga al pago de daños por el incumplimiento contractual o la comisión de un injusto, ¿está diciendo que uno no debe incumplir sus contratos o cometer injustos o simplemente está estableciendo el precio por realizar tales actividades?

Para Oliver Wendell Holmes, la distinción entre un precio (o tasa) y una pena era en gran medida ilusoria, al menos en el contexto del derecho privado en general y del derecho de los contratos en particular. Muchas penas son mejor vistas en tanto que simples tasas, remarcaba, y la imposición de un pago por daños derivados del incumplimiento de un contrato, creía además, era simplemente el precio por embarcarse en cierto tipo de comportamiento, un precio que la existencia del contrato había incrementado⁴²⁹. Pero

⁴²⁹ “El deber de sostener un contrato en el *common law* supone una predicción de que debes indemnizar daños si no lo cumples, y nada más”. Oliver Wendell HOLMES Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10 (1897), 457-478, en 462.

una vez que se había establecido el precio, el derecho era indiferente entre el cumplimiento y el incumplimiento.

Holmes no estaba dispuesto a aplicar esta misma perspectiva al derecho penal o regulatorio, pero otros han sido menos reticentes⁴³⁰. Por supuesto que están aquellas penas que son tan leves que para la mayoría de nosotros parecen en gran medida tasas o precios. La pena por aparcar el coche por más tiempo del permitido es un buen ejemplo, y si no es lo suficientemente elevada, la mayoría de las personas se la toman como el simple precio por aparcar. Pero incluso dejando de lado esas penas leves, podemos todavía preguntarnos si una multa sustancial por, digamos, realizar tráfico de información privilegiada, es mejor entendida como una forma de ejercer la coerción sobre gente que de otro modo estaría inclinada a traficar información privilegiada para que se abstenga de dicha práctica o en cambio como un simple precio por una actividad que a menudo resulta extremadamente lucrativa⁴³¹. Desde el punto de vista del derecho, desde luego, sería un error decir que éste es indiferente entre un panorama sin homicidios y uno de mil homicidios con mil homicidas tras las rejas. El derecho tiene un punto de vista y desde ese punto de vista preferiría que no haya homicidios. O tráfico de información privilegiada. O casi todas las otras cosas que son materia del derecho penal⁴³².

⁴³⁰ Esto está más o menos implícito en la teoría puramente económica del derecho penal. Véase BECKER, "Crime and Punishment...".

⁴³¹ La existencia de un remedio privado por el cual las víctimas, especialmente a través de acciones de clase, pueden recuperar todas sus pérdidas (así como cubrir los sustanciosos pagos debidos por la acción a los abogados) hace que el tráfico de información privilegiada (véase la sección 9.5) sea mucho menos lucrativo que lo que podría resultar de sólo estar sujeto a una multa penal de un monto prefijado.

⁴³² Digo "casi" porque hay delitos que no encajan en este molde. El exceso de velocidad constituye delito, pero sería un error pensar que en todos los distritos administrativos se preferirá que no haya excesos de velocidad en absoluto a que haya una gran cantidad de excesos que generen un gran monto de ingresos a través de multas. Además, algunas actividades contrarias a derecho, incluyendo el exceso de velocidad, pueden generar beneficios económicos, y por ello no es claro que la magnitud óptima de exceso de

¿Pero por qué debiéramos preocuparnos por el punto de vista del derecho? Desde el punto de vista del ciudadano, el punto de vista del derecho sobre esto o sobre cualquier otro asunto importa sólo si el ciudadano se toma la existencia del derecho *qua* derecho como una razón para la acción, y una de las cosas que hemos visto es que está lejos de ser claro que haya muchos ciudadanos que se comporten de esta manera. Algunos ignoran la fuerza normativa del derecho porque son anarquistas filosóficos, creyendo que la existencia de una proscripción jurídica no modifica el cálculo moral o prudencial sobre el asunto de que se trate⁴³³. Otros ignoran las proscripciones jurídicas por razones menos profundamente reflexionadas, actuando de la manera en que lo hacen sólo por inclinaciones autointeresadas muy presentes en su razonamiento práctico. Así, de manera consistente con nuestras conclusiones del capítulo 5, bien puede ser que desde la perspectiva de muchos, o hasta de la mayoría, de los ciudadanos, la diferencia entre precio y pena sea sólo una cuestión de grado.

Muchos encuentran que esa conclusión es profundamente inquietante o simplemente equivocada, pero sus preocupaciones pueden estar fuera de lugar. En primer término, el hecho de que las penas impuestas por el derecho puedan ser concebidas como precios no cambia (o no debería cambiar) el cálculo moral del ciu-

velocidad sea cero. Por cierto, puede que no sólo el exceso de velocidad pueda ser caracterizado de este modo. En tanto el comportamiento conforme a derecho sea llevado a cabo bajo condiciones de incerteza acerca de si en efecto es conforme a derecho o de si se lo considerará contrario a éste, y en tanto sea un comportamiento beneficioso, la eliminación del comportamiento contrario a derecho eliminará algo de comportamiento contrario a derecho *que es* beneficioso. Y así, establecer la proporción óptima de comportamiento contrario a derecho es algo mucho más complejo que el simple intento de hacer que sea tan bajo como resulte posible.

⁴³³ Sobre el anarquismo filosófico, incluyendo el planteamiento de que no hay una obligación moral de obedecer el derecho sólo porque sea el derecho, véase A. John SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979), y también el capítulo 4.

dadano o la consideración de política pública del funcionario. El solo hecho de que el derecho adjunte un alto precio al homicidio no hace que el homicidio esté moralmente bien para la persona dispuesta a pagar el precio. Concebir la pena jurídica como un precio sólo hace que el homicidio esté jurídicamente bien, o al menos que no esté jurídicamente mal, pero el homicidio sigue estando moralmente mal (mucho). De manera similar, el funcionario estadounidense que puede considerar moralmente inerte a la prohibición constitucional de los “castigos crueles e inusuales” —el estatus constitucional no añade nada al cálculo moral— no debiera tomarse lo malo que hay en los castigos crueles e inusuales del mismo modo. Podría creer, correctamente, que los castigos crueles e inusuales están moralmente mal y el hecho de que la constitución repita y refuerce el mensaje podría no hacer diferencia alguna para la persona que ya antes ha internalizado el mensaje.

Adicionalmente, el derecho, desde su punto de vista, es libre de establecer el precio de una forma que desaliente fuertemente los actos que pretende que se eviten⁴³⁴. Es cierto que el derecho está diciendo a los ciudadanos que desde el punto de vista jurídico esto es lo que ellos *deben* hacer, pero el derecho también está diciendo que esto es lo que él *te hará* si no haces lo que te indica hacer. Y en tanto que puede ser cierto que lo primero sin esto otro podría todavía caracterizar a un sistema jurídico, nos encontramos de

⁴³⁴ Nótese la diferencia entre desalentar y eliminar. En muchos ámbitos no es claro que el nivel óptimo de comisión delitos sea cero. Éste es casi con certeza el índice óptimo para homicidios y violaciones, pero en otras áreas, el exceso de temor al castigo puede producir no sólo una tasa muy baja de delitos sino también muy poco de alguna otra actividad beneficiosa. Si las penas por el tráfico de información privilegiada se fijaran en el punto en el que el nivel de dicha actividad se redujera a cero, ¿habría demasiado poca investigación seria sobre valores financieros o demasiada poca inversión por parte de los miembros poseedores de información privilegiada en las corporaciones por las cuales son responsables? Si el nivel óptimo de conducción en exceso de velocidad fuera cero, ¿resultaría la tasa de fluidez del tránsito ineficientemente baja? Cuando las penas por infracción de las reglas sobre patentes y marcas registradas son demasiado elevadas, ¿hay demasiado poca innovación?

nuevo con la discusión del capítulo 3 acerca de la diferencia entre las propiedades esenciales y típicas del derecho. De este modo, si es verdad que, sea por razones de anarquismo filosófico o por prudencia autointeresada, el hecho del derecho, por sí mismo, es con menos frecuencia una razón para la acción para la mayoría de las personas, e incluso para la mayoría de los funcionarios, que lo que muchos comentadores creen, entonces el hecho de que el derecho esté diciéndole a la gente qué les sucederá si no obedecen es una característica más distintiva del derecho que el hecho de que exprese su preferencia no respaldada por la fuerza acerca de cómo las personas deben comportarse. Así que aunque es verdad que el derecho pretende crear obligaciones jurídicas, es importante darse cuenta tanto de que la no aceptación de las obligaciones jurídicas es completamente consistente con la robusta aceptación de obligaciones morales como de que la existencia conceptual de obligaciones jurídicas *qua* obligaciones jurídicas es también completamente consistente con el hecho de que dichas obligaciones cumplan un pequeño papel en las deliberaciones prácticas de la mayoría de los ciudadanos y funcionarios. Y si ello es así, la distinción entre precio y pena, siendo igual el monto del precio y el tamaño de la pena, puede resultar incluso menos significativa que lo que Holmes creía.

9.4. CUESTIONES DE REPUTACIÓN

En *La letra escarlata* [*The Scarlet Letter*], la novela de Nathaniel Hawthorne, parte de la condena a Hester Prynne por cometer adulterio en el Boston puritano del siglo XVII era la de tener que lucir una “A” escarlata en sus ropas, permanentemente. Estas penas de escarnio público son inusuales en estos días, pero distan de ser desconocidas. Las personas condenadas por conducir intoxicadas han sido forzadas a poner pegatinas en los parachoques de sus coches para identificarse como conductores ebrios⁴³⁵. Aquellos

⁴³⁵ *New York Times*, June 6, 1985, A22.

encontrados culpables de abuso de menores y otros delitos sexuales han sido forzados a identificarse de varias maneras públicas. Un hombre condenado por violencia doméstica fue obligado a disculparse en público con su víctima y con la comunidad⁴³⁶. Ocasionalmente se hace que las corporaciones se identifiquen a sí mismas como contaminantes o perpetradoras de otros varios daños sociales.

Los usos actuales y potenciales del escarnio público como método de refuerzo del derecho han sido muy discutidos en décadas recientes, en parte porque muchos lo consideran una alternativa eficiente a los costos del encarcelamiento. Sus detractores, en cambio, objetan que el escarnio público inflige a menudo una humillación y falta de respeto inapropiados contra la dignidad de quien ha transgredido el derecho⁴³⁷. Este debate tiene importantes y profundas implicancias políticas y morales, y suscita preguntas fundamentales acerca de la naturaleza y justificación del castigo. Pero para nuestros propósitos presentes, su importancia descansa en cómo el escarnio puede ser visto como un arma más en el arsenal coercitivo del derecho.

⁴³⁶ *New York Times*, January 6, 1997.

⁴³⁷ Véase por ejemplo Stephen P. GARVEY, “Can Shaming Punishments Educate?”, *University of Chicago Law Review*, 65 (1998), 733-794; Dan M. KAHAN, “What’s Really Wrong with Shaming Sanctions”, *Texas Law Review*, 84 (2006), 2075-2095; Dan M. KAHAN, “What Do Alternative Sanctions Mean?”, *University of Chicago Law Review*, 63 (1996), 591-653, en 630-653; David R. KARP, “The Judicial and Judicious Use of Shaming Penalties”, *Crime & Delinquency*, 44 (1998), 277-294; Dan MARKEL, “Are Shaming Punishments Beautifully Retributive? Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate”, *Vanderbilt Law Review*, 54 (2001), 2157-2242; James Q. WHITMAN, “What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”, *Yale Law Journal*, 107 (1998), 1055-1092; Toni M. MASSARO, “Shame, Culture, and American Criminal Law”, *Michigan Law Review*, 89 (1991), 1880-1944; David A. SKEEL Jr., “Shaming in Corporate Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 149 (2001), 1811-1868.

Las penas de escarnio público pueden servir a diferentes propósitos. En un sábado por la noche, yo querría conducirme por calles libres de quienes hayan sido condenados por manejar en estado de ebriedad y así, lo que puede ser vergonzante para el otro conductor es una advertencia para mí, básicamente del mismo modo en que la identificación pública de un abusador de menores puede ser vergonzante para el abusador pero también servir para poner en alerta a la comunidad. Pero al margen de la función de advertencia, el escarnio público puede servir a más amplias funciones de daño de la reputación. En cuanto las personas valoran sus buenas reputaciones y buscan evitar las malas, lo que difícilmente constituya una proposición revolucionaria o controversial, el escarnio público puede simplemente ser una forma de daño a la reputación promovida por el Estado y con ello, meramente, otra forma de castigo. Dicho escarnio oficial puede o no ser una buena idea en tanto política criminal o en términos morales, pero sería un error asumir que las sanciones por desobediencia deben ser sólo penales o monetarias, o involucrar la pérdida de privilegios jurídicos. En la medida en que es una pena que la gente normalmente intentaría evitar, la capacidad del Estado para imponerla no es distinta de ninguno de los otros componentes del espectro de sanciones que tiene a su alcance. Una vez que entendemos a las sanciones como intentos del Estado de proveer motivaciones para la obediencia al derecho aparte de aquellas motivaciones que están basadas en el contenido mismo del derecho, para que así las personas se conduzcan de forma consistente con éste y con ello ejercer la coerción para que se acate el derecho simplemente porque es el derecho, no hay necesidad de pensar, al menos para nuestros actuales propósitos, que el escarnio público y otras varias formas de penas lesivas de la reputación sean de tipo diferente de la prisión, las multas, las inhabilitaciones civiles o, llegados al caso, el azote.

Las sanciones a la reputación no necesitan ser solamente impuestas por el Estado. En tanto y en cuanto las infracciones jurídicas lesionan la reputación de un individuo, los poderes coercitivos del derecho son incrementados y el Estado puede hacer uso de sus propias sanciones. Pero en la medida en que las penas sobre la reputación sean entendidas como la única forma de sanción, su efectividad dependerá de la importancia del derecho en tanto que *derecho* y con ello seremos conducidos de vuelta a la cuestión introducida en el capítulo 4 y que persiste desde entonces. Más específicamente, necesitamos distinguir el daño a la reputación por haber realizado una conducta de cierto tipo, del putativo daño a la reputación proveniente de haber infringido el derecho. Cuando la gente prefiere no involucrarse con violadores o hacer negocios con quienes han cometido fraude, una condena penal (o juicio en lo civil) por tales ofensas tendrá para el perpetrador consecuencias sobre su reputación con independencia de cualquier multa, sanción civil o período de encarcelamiento. En tales casos podemos imaginar al Estado aprovechándose de la capacidad del público para dañar la reputación de los individuos, realizando, por ejemplo, un juzgamiento libre de sanciones y ahorrándose así el costo del encarcelamiento. En tales casos, no obstante, el daño a la reputación va en función de la baja estima que las personas tengan por quienes hayan cometido el acto en particular. El derecho cumple una función informativa, pero el daño a la reputación proviene de las consecuencias sobre ésta que tenga ser el tipo de persona que se ha involucrado en conductas de esa clase. Esta forma de daño a la reputación basada en el contenido es diferente, sin embargo, de las consecuencias sobre la reputación de ser conocido como un transgresor del derecho *qua* transgresor del derecho. ¿Habrá el público, o algún subconjunto relevante de éste, de bajar su estima respecto de aquellos que infringen las leyes con las que dicha población creadora o dañadora de la reputación está en desacuerdo? La gente que desaprueba las leyes contra el consumo de marihuana

o la fijación de precios, ¿reduce su estima por quienes infringen esas leyes simplemente porque han violado el derecho? Tal vez la respuesta a esta pregunta sea que sí. Quizás tener la reputación de cumplidor del derecho sólo por mor de así serlo resulte valioso en algunos o muchos contextos. Pero algunas de las lecciones de los capítulos 5 y 6 sugieren que este puede no siempre o en todas partes ser el caso, y que los efectos sobre la reputación de la transgresión del derecho pueden más bien estar basados en el contenido de las reglas transgredidas que ser independientes de éste. Y allí donde y cuando esto es así, el rol del derecho *qua* derecho puede ser menor de lo que a menudo se piensa. El Estado, después de todo, podría simplemente hacer públicos los nombres de quienes realizan actividades ampliamente despreciadas sin tornarlas ilegales y con ello alcanzaría sus objetivos, en términos de contenidos, sin tener que recurrir al derecho en lo más mínimo. Un accionar tal por parte del Estado sería extraño, pero el identificar que es posible nos alerta del riesgo de asumir demasiado apresuradamente que las consecuencias sobre la reputación que tiene el incumplimiento del derecho son atribuibles al incumplimiento mismo, como algo opuesto a haberse involucrado en conductas que están sujetas a reprobación por fuera del derecho.

9.5. ¡FUERA! LA EXPULSIÓN Y OTRAS INCAPACITACIONES

Muchos australianos tienen sus raíces en ancestros que fueron llevados allí como castigo por delitos cometidos en Inglaterra. La condena del transporte penal, tal como se la llamaba, era normalmente de por vida y se la consideraba de las más severas que el sistema jurídico inglés tenía para ofrecer, al menos si de no ir a la horca se trataba. La severidad con que se concebía el transporte penal estaba parcialmente en función del viaje en sí mismo, que suponía meses de malestar y el peligro de las enfermedades y los naufragios. Y estaba también parcialmente en función de las condiciones al final del viaje, que para todos los propósitos prácticos

eran el equivalente a la prisión, salvo que con más labores manuales, más azotes y menos posibilidades de escapar⁴³⁸. En este aspecto el transporte penal es históricamente interesante, pero quizás no lo sea en términos filosóficos o iusteóricos. Puede pensarse en Nueva Gales del Sur y Tasmania simplemente como prisiones, aunque prisiones que justo estaban más lejos de Londres que lo que estaba la prisión de Newgate.

El transporte penal también era entendido como un castigo especialmente severo, sin embargo, porque suponía la exclusión de la propia residencia, comunidad y país, y este aspecto de la sanción de transporte es, al menos aquí, más interesante teóricamente. Pero cuando observamos el transporte penal desde este ángulo, divisamos un conjunto de cuestiones interesantes acerca de la exclusión como castigo, más en general. Parte del dolor que infligía el transporte consistía en la exclusión de la comunidad, pero Inglaterra, incluso en aquel entonces, era bastante grande. Y es por ello difícil imaginar la exclusión de Inglaterra como algo enormemente significativo en sí mismo, aparte de la remoción de una persona de su entorno familiar y social más pequeño.

Cuando no obstante pasamos de la comunidad que constituía la Inglaterra del siglo XVIII a comunidades más pequeñas, unidas más estrechamente y más homogéneas, podemos percibir ámbitos en que la exclusión, en sí misma, constituye una sanción sustancial. Allí donde se percibe la exclusión como una sanción sustancial y algo que debe ser evitado, la amenaza con ésta puede tener un efecto coercitivo significativo. Las comunidades religiosas han practicado por mucho tiempo la exclusión de miembros bajo las formas del apartamiento, el ostracismo y la excomulgación. Los clubes y asociaciones privados usan la amenaza de expulsión como una forma de respaldar sus propias reglas. Y por supuesto,

⁴³⁸ Mucho de lo cual se narra maravillosa y espantosamente en la novela de 1836 de Marcus Clarke, *For His Natural Life*.

la sanción última típica por causa de la infracción de las normas jurídicas que regulan el trabajo es el despido.

Asimismo, tal como es relatado y analizado por Oona Hathaway y Scott Shapiro⁴³⁹, hay muchos tipos de acuerdos cooperativos basados en reglas y creadores de éstas que utilizan la expulsión (Hathaway y Shapiro la llaman “marginación” [*outcasting*]) como una forma puramente coercitiva de respaldar sus reglas. No hay exigencia jurídica alguna de que una nación sea miembro de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, pero la membresía trae a sus miembros suficientes beneficios como para que la OMC pueda usar la amenaza de expulsión como una forma de respaldar sus muchas reglas.

Por cierto, tanto la OMC como muchas organizaciones religiosas y clubes privados, tienen varios de los atributos de los sistemas jurídicos. De seguro, no tienen de ordinario el poder coercitivo *último*, porque en muchos casos existen dentro de entornos jurídicos más amplios y comprensivos, como sucede con las organizaciones intraestatales. O, como la OMC, existen en paralelo y entre varios Estados-Nación y comúnmente no tienen la capacidad de hacer uso del poder coercitivo de ejércitos y otros depositarios de la fuerza física (lo que acontece con la propia OMC), o tienen esta capacidad pero sólo de manera derivada (como las Naciones Unidas). Pero estas organizaciones tienen siempre reglas primarias que gobiernan la conducta de sus miembros y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, así como, a menudo, elaboradas instituciones para la interpretar las reglas y juzgar las transgresiones. Con ello, en la medida en que tales organizaciones tienen también un efectivo poder de coerción a través de su capacidad de expulsión, puede que tengamos más para ganar que para

⁴³⁹ Oona HATHAWAY & SCOTT SHAPIRO, “Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law”, *Yale Law Journal*, 121 (2011), 252-349.

perder al pensar en ellas simplemente *como* sistemas jurídicos más que como meros análogos de los sistemas jurídicos⁴⁴⁰.

La anterior conclusión puede generar algo de inquietud. Después de todo, hay organizaciones paraestatales que comparten estos atributos recién descritos pero cuyos fines y métodos son menos benignos. Tómese como ejemplo a la Mafia. Según todos los informes disponibles a su respecto (informes cuya verificación es comprensiblemente muy difícil), la Mafia impone reglas primarias de conducta tanto sobre sus miembros como sobre aquellos que no son miembros pero sobre quienes quiere ejercer control; tiene reglas de reconocimiento, que identifican a las reglas primarias y a los individuos o grupos que tienen el poder de crear normas primarias; tiene otras reglas secundarias que regulan los procesos de gobierno y cambios de régimen; y tiene reglas acerca de los procedimientos que deben seguirse cuando se sospecha que se han violado las reglas. Y sin duda, la Mafia tiene el poder para

⁴⁴⁰ Véase Roger COTTERRELL, *Law's Community: Legal Ideas in Sociological Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1995). Leslie Green se opone, afirmando que la incapacidad de distinguir entre las instituciones que son derecho y las que son análogas al derecho ha producido una gran cantidad de "mala teoría jurídica". Leslie GREEN, "The Morality in Law", Oxford Legal Studies Research Paper 12/2013 (February 24, 2013), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2223760>. Green le atribuye el problema a la desconcertante incapacidad de algunos teóricos de captar la diferencia entre "cuenta como" y "es análogo a", pero una de las muchas lecturas más caritativas disponibles diría que algunos teóricos simplemente están en desacuerdo con la idea de Green de que el derecho "propriadamente dicho", para usar el término de Austin, excluye sistemas de normas con finalidades especiales como los de los clubes y asociaciones y que "el regular todas las cosas" no constituye una propiedad esencial del derecho. Asimismo, una vez que reconocemos que varias formas de derecho religioso se proponen regular "todas las clases de cosas" y que el derecho internacional del comercio, como el de la OMC, es uno con una finalidad más bien especial, la distinción de Green se vuelve más problemática. Aun puede que él esté en lo correcto y volveremos sobre estas cuestiones en el capítulo 11, pero al menos no debemos aceptar demasiado rápidamente que quienes ven derecho en contextos distintos del Estado-Nación, y que ven derecho allí donde hay finalidades puntuales, están simplemente confundidos.

aplicar coactivamente sus reglas. Finalmente, parece claro que los funcionarios relevantes de la Mafia tienen el punto de vista interno apropiado con respecto a esas reglas. Fuera de un líder único y su círculo cercano, la mayoría de los funcionarios pueden internalizar las reglas debido más bien al miedo que a la entera aceptación sustantiva, pero, como hemos visto, esto no impide la existencia de un sistema jurídico. Y aunque algunos de estos “funcionarios” pueden internalizar las reglas de reconocimiento por causa del miedo a la muerte, para muchos otros el verdadero temor es el de la expulsión. Para muchos o la mayoría de los involucrados en esa forma de crimen organizado, quizás hasta para todos, las ventajas materiales (incluido el poder) dadas por la membresía son lo suficientemente grandes como para que la amenaza de expulsión bien pueda ser tan potente, en tanto que forma de coerción, como la amenaza de una ejecución violenta.

Es difícil ver que se pierda mucho al admitir que la Mafia y otras organizaciones son sistemas jurídicos en muchos aspectos. En algunas dimensiones, desde luego, pueden diferir de un sistema jurídico nacional común. Por ejemplo, puede que no representen la fuente última del nudo poder dentro de un territorio físico. En ocasiones (pero sólo en ocasiones) sus pretensiones de control son menos comprehensivas que las de la mayoría de los sistemas jurídicos⁴⁴¹. Sería difícil afirmar que son la fuente del poder legítimo. Si uno cree, junto a Shapiro y Raz, por ejemplo, que es definitorio del derecho el que la suprema autoridad jurídica tenga al menos la pretensión de suministrar razones morales para la acción a quienes le están sujetos, entonces puede que la Mafia no califique como sistema jurídico. Pero desde una más estricta perspectiva positivista, una a la que no le incumben ni los fines morales que persiga un sistema ni su valor moral en definitiva, podemos simplemente decir, sin perder demasiado por hacerlo, que en muchos

⁴⁴¹ Véase la nota 440.

aspectos la Mafía no es sino un sistema jurídico, aun cuando no de tipo estatal. Especialmente una vez que nos damos cuenta de que los sistemas que más obviamente son jurídicos están más que ocasionalmente erigidos alrededor de los fines autointeresados de un pequeño número de déspotas que esgrimen el poder —la Filipinas de Marcos, por ejemplo, el Zaire de Mobutu o cualesquiera de algunos países, pasados y presentes, que en contadas oportunidades se molestan siquiera en pretender tener objetivos altisonantes, sino que operan sólo para el beneficio en riqueza y poder de una élite dominante—, la compatibilidad entre la falta de pretensiones morales y la existencia de aquello que comúnmente se denomina derecho se ve más nítida. Claro que es valioso comprender las diferencias entre el derecho de Estados despóticos y el derecho despótico paraestatal, pero mientras las organizaciones no estatales proliferan en número y poder y en tanto se vuelven cada vez más elaboradas procedimentalmente, puede ser cada vez más importante verlas simplemente no como parecidas a los sistemas jurídicos o análogas a éstos, sino precisamente como sistemas jurídicos en sí mismas, aunque en una variante un tanto menos convencional en términos históricos.

9.6. LA COERCIÓN Y EL PAPEL DEL DERECHO PRIVADO

No es sólo útil tener a la exclusión y sus análogos como medio frecuentemente efectivo para el refuerzo del derecho, sino que es también importante notar que el derecho penal difícilmente sea la única faceta abiertamente coercitiva de la mayoría de los sistemas jurídicos. Como vimos en el capítulo 4, hasta las formas de derecho que consideramos primariamente como que confieren poderes, más que como coercitivas —derecho de los contratos, testamento, de la empresa y hasta el derecho de familia, por ejemplo—, tienen su canalización y por ende dimensiones coercitivas, incluso si admitimos que la nulidad de una transacción puede no siempre ser coercitiva y aun si la nulidad tal vez no capture todo lo que es

importante acerca de los aspectos del derecho relativos a su capacidad de conferir poderes y a sus aptitudes constitutivas. Pero de forma todavía menos controversial y más abierta, muchos aspectos del así llamado derecho privado cumplen también funciones de refuerzo de las normas colectivas de una comunidad.

La comprensión de que el derecho privado cumple funciones similares a las que normalmente asociamos con el derecho penal se vuelve más obvia cuando el propio derecho penal resulta encastrado en muchos aspectos del derecho privado. En Estados Unidos, por ejemplo, muchos rasgos comunes a las normas penales en contra de los monopolios y referidas a varias actividades bursátiles tienen sus contrapartes civiles, a menudo con el objetivo expreso de con ello dotar a los así llamados PAG* del poder de interponer acciones civiles con las que servir el interés público. Cuando tales acciones permiten la compensación múltiple de daños, como sucede en el derecho bursátil, o devengan honorarios especialmente generosos para los abogados, como sucede con buena parte del derecho del consumidor y el antidiscriminatorio o con las acciones de clase en las que, de nuevo, los abogados son más que ampliamente retribuidos, se puede apreciar que los incentivos quedan establecidos para que el derecho privado se haga cargo de gran parte del lado coercitivo del derecho público. En efecto, una vez que entendemos que en la medida en que el comportamiento de las compañías tabacaleras, de quienes manufacturan productos peligrosos para el consumidor y de las industrias con métodos y subproductos

* N.T.: Las siglas son propias de esta edición y no de la edición original en inglés. El autor se refiere aquí a la figura del *Private Attorney General*, figura que no parece tener un paralelo exacto en la mayoría de los sistemas jurídicos de los países de habla hispana. Se trata de un abogado privado, de parte, pero que lleva adelante para su defendido una causa de notorio interés público o que, resultando exitosa, beneficia a un significativo número de personas, además de su cliente directo. El éxito en su labor suele reportar para la parte vencedora la recuperación de los honorarios del abogado, que normalmente pasan a quedar en cabeza de la parte vencida en juicio.

ambientalmente riesgosos está influenciado mucho más por la amenaza de ser demandados civilmente que por la amenaza del derecho penal o administrativo, podemos apreciar mejor los aspectos coercitivos del refuerzo privado de las normas públicas.

Desde luego, lo antedicho es sobre todo obvio con respecto al derecho de daños. Aunque éste tiene importantes funciones compensatorias, el temor a la responsabilidad por daños también disuade y consecuentemente delinea la conducta de los putativos agentes dañadores. La responsabilidad por daños actúa tal como los límites de velocidad, que compelen a muchas personas a conducir más despacio que lo que de otro modo lo harían. Así, cuando los periódicos se abstienen de publicar lo que publicarían según su propio juicio periodístico, aun teniendo en cuenta el riesgo de falsedad, lo hacen normalmente por el temor de resultar juzgados por difamación. Ciertamente, el de la difamación puede ser un ejemplo particularmente bueno de cómo el derecho privado en general y el derecho de daños en particular cumplen la función de reforzar coercitivamente las normas públicas. Por cuanto el instituto de la difamación normalmente respalda normas de exactitud que la mayor parte de los periodistas cree que son excesivas en un mundo de incertezas, la idea de que los periodistas, editores y encargados de publicación, que son los destinatarios primarios de las normas relativas a la difamación, ocupan la posición del hombre desconcertado de Hart parece risible. Los periodistas adoptan actitudes más adversas al riesgo hacia la verdad y falsedad que el que podrían adoptar de otro modo no porque piensen que esa sea una manera sensata de actuar y no porque el derecho simplemente les dice que deben hacerlo, sino porque el derecho les dice qué les sucederá si no lo hacen. Aquí, como en casi todo el resto del derecho de daños y, más en general, del derecho privado, el público exige estándares de comportamiento que se alejan de los estándares que hubiesen elegido quienes están directamente embarcados en los comportamientos de que se trata. Como hemos visto a lo largo de este

libro, es precisamente aquí donde la fuerza coercitiva del derecho es más importante y donde la posibilidad de que los individuos o empresas internalicen el derecho, sólo porque es el derecho, es menos probable. El derecho de daños tal vez cumpla una función causal menos directa en la creación de las normas sociales que serán luego ampliamente adoptadas y que por ello necesitan ser reforzadas coercitivamente contra posibles apartamientos, pero hay incontables ejemplos a nuestro alrededor que nos indican que las normas del derecho de daños son más importantes y efectivas en ese refuerzo de normas deseables contra aquellos cuyos incentivos personales y financieros van en contrario, que en la modificación de esas mismas normas. Y en tanto este sea el caso, y donde lo sea, el derecho privado, al igual que el derecho público en general y el derecho penal en particular, puede ocupar un lugar importante dentro de las funciones coercitivas del derecho como un todo.

10.1. SOBRE NORMAS JURÍDICAS Y NO JURÍDICAS

Conducimos nuestras vidas a lo largo de un circuito de obstáculos en el que dichos obstáculos son reglas. Con gran frecuencia las reglas limitan nuestro comportamiento. Nos dictan que hagamos cosas que preferiríamos evitar y que no hagamos cosas que preferiríamos hacer. Pero no todas las reglas que nos limitan son reglas jurídicas. Ciertamente, es probable que la mayoría de ellas no lo sea. Muchas de las reglas que nos constriñen vienen no del derecho sino de nuestras comunidades y los teóricos a menudo llaman a esas reglas *normas*, esas restricciones externas sobre las preferencias individuales, con forma de reglas, que no son impuestas por el derecho formal, oficial, gubernamental⁴⁴². Aun

⁴⁴² Véase por ejemplo Michael Hechter & Karl-Dieter, eds., *Social Norms* (New York: RUSSELL Sage, 2005); Cristina BICCHIERI & Ryan MULDOON, "Social Norms", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en www.plato.stanford.edu/entries/social-norms/; Jon ELSTER, "Social Norms and Economic Theory", *Journal of Economic Perspectives*, 3 (1999), 99-117; Ernst FEHR & Urs FISCHBACHER, "Social Norms and Human Cooperation", *Trends in Cognitive Sciences*, 8 (2004), 185-190;

más específicamente, en la concepción contemporánea sobre las normas, éstas son las reglas prescriptivas (o acuerdos, si se quiere) relativas al comportamiento humano que no están por escrito en una forma canónica y que en gran medida surgen de la vida social*. En lugar de ser impuestas desde arriba parecen filtrarse desde abajo, emergiendo de la práctica social y volviéndose normativas con el paso del tiempo a medida que esas prácticas sociales van siendo percibidas como apropiadas. Dado que las normas, según esta moderna definición, no son parte del sistema jurídico oficial, las sanciones por violarlas incluyen normalmente la censura, la desaprobación, el escarnio, la venganza⁴⁴³, la exclusión y otras varias sanciones interpersonales o grupales, especialmente sanciones sobre la reputación⁴⁴⁴, pero no las sanciones formales del derecho estatal.

Elinor OSTROM, "Collective Action and the Evolution of Social Norms", *Journal of Economic Perspectives*, 4 (2000), 137-158; Barak D. RICHMAN, "Norms and Law: Putting the Horse before the Cart", *Duke Law Journal*, 62 (2012), 739-766; H. Peyton YOUNG, "Social Norms and Economic Welfare", *European Economic Review*, 42 (1998), 821-830.

* N.T.: En las culturas jurídicas castellanohablantes el término *norma* (en principio, aparentemente más cercano al término *norm* en inglés, que es el que Schauer trata en particular en esta parte de su libro) es el que suele usarse paradigmáticamente para referirse a las piezas individuales de material normativo jurídico y no hay por ende una connotación particular de la característica de no estar escrita ni de la de ser ajena al derecho formal. Sin embargo, en inglés el término más común para ello es *rule*, cuya traducción aparentemente más cercana está dada por la palabra *regla*. Dado que de todos modos el uso del término *regla* en este sentido está ya muy difundido al menos en el ámbito de la teoría del derecho en castellano, como mínimo a partir de la traducción de Genaro Carrió (en 1963) del libro de Hart *The Concept of Law*, se ha optado por traducir *rule* como *regla* y usar la palabra *norma* en este contexto en el que Schauer alude a las *norms* en tanto piezas de material normativo fundamentalmente extrajurídico (en particular, de carácter social), a pesar de que en nuestra lengua el uso de *norma* no implique genéricamente ese puntual elemento referencial.

⁴⁴³ Véase Jon ELSTER, "Norms of Revenge," *Ethics*, 100 (1990), 862-885.

⁴⁴⁴ Véase Richard McADAMS, "The Origin, Development, and Regulation of Norms", *Michigan Law Review*, 96 (1997), 338-433.

Unos cuantos ejemplos harán más clara la idea de norma y su distinción de lo que de ordinario consideramos jurídico. Primero, sin embargo, es importante entender que no nos estamos refiriendo a meros hábitos o regularidades de comportamiento normativamente inertes⁴⁴⁵. Dormir rutinariamente de lado, tomar café en el desayuno y ponerme los calcetines antes de los zapatos⁴⁴⁶, son algunos de mis hábitos —son cosas que hago regularmente— pero no hago nada malo si me comporto de otra manera y casi no puedo imaginarme siendo criticado por hacerlo o por apartarme de un hábito propio en alguna ocasión particular. Las normas, por contraste, son prescriptivas. Pretenden decirnos lo que debemos hacer y no meramente describir lo que hacemos de manera rutinaria y regular. Dichas normas prescriptivas son socialmente abundantes, pero no emanan de nada de lo que ordinariamente se considera derecho, ni están respaldadas por nada de lo que comúnmente se entiende como derecho. Sin embargo, aunque tales normas prescriptivas no tienen ni origen ni estatus jurídicos, son entendidas públicamente, o al menos por la mayoría del público,

⁴⁴⁵ Al menos para los teóricos del derecho, la distinción icónica entre las regularidades del comportamiento y el comportamiento gobernado por reglas es la de H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds. (Oxford: Clarendon Press, 2012), 9-12, 55-60. De manera poco afortunada, Hart mezcló la plausible distinción entre los puntos de vista interno y externo con aquella otra. Ambas distinciones son plausibles, pero dado que es posible identificar el comportamiento gobernado por reglas desde afuera, por así decirlo, resulta equivocado asumir que el error en negar el punto de vista interno sea causado por, sea la causa de, o aun que sea correlativa a, la no adopción del punto de vista interno. Para comprender el comportamiento gobernado por reglas se requiere notar que aquellos cuyo comportamiento es gobernado por reglas tienen un punto de vista interno respecto de las reglas de que se trate, pero esto se puede notar, como ha remarcado Joseph Raz, de forma enteramente descriptiva y externa. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 153-157.

⁴⁴⁶ Como algo distinto de ponerse un calcetín y luego un zapato, luego el otro calcetín y finalmente el otro zapato. El ejemplo viene de un episodio de la serie de televisión *All in the Family*.

aunque en algunos casos sólo por una subconjunto relevante de éste, de un modo llanamente normativo. Las personas creen que contravenir tales normas está mal, o al menos creen que otros así lo creen y por ello la contravención puede a menudo servir de base para la crítica. Entre los ejemplos de semejantes normas se incluirían muchas de las reglas de la gramática y el lenguaje (no decir “comistes”, “pensastes”, etc.; no utilizar el modo indicativo cuando corresponde el subjuntivo) y la mayoría de las reglas de etiqueta (no masticar con la boca abierta, escribir mensajes de agradecimiento al recibir buenos gestos y atenciones), así como las reglas de civilidad (no usar ciertas expresiones ofensivas, ceder el asiento en el metro a personas mayores o minusválidas). Por supuesto, muchas de las complejas normas sobre cómo hacer filas son de esta variedad. En la mayoría de lugares es norma que debe hacerse una fila en vez de abrirse paso hasta el frente a empujones, y ahora es la norma en muchos lugares que la primera persona en la fila de un cajero automático no debe acercarse demasiado a quien lo esté usando en el momento. Y lo mismo sucede, al menos para algunos, con las normas de la moda. El derecho no le exigía a la gente usar pantalones acampanados en los setentas, pero mucha gente lo hacía precisamente porque creía que había una norma a tal efecto en los círculos en que se manejaba. Todas estas normas son prescriptivas y son lo suficientemente aceptadas en el contexto de una población o un segmento relevante como para que podamos llamarlas normas sociales o culturales. Es desde luego cierto que dichas normas pueden cambiar, y así lo hacen. En muchas culturas occidentales era antes la norma que se le abriera la puerta del coche a una mujer, y se incluía a las mujeres en la categoría de las personas a las que cederles el asiento en el transporte público, pero estas normas han en general desaparecido. En ciertos círculos sociales existe ahora la norma en contra de fumar en casa ajena, o incluso en presencia de otras personas, pero tal norma no existía para la generación anterior. De manera similar, ahora usar

casco al manejar es la norma incluso entre los más serios ciclistas, pero la norma era justamente la contraria —si usabas casco eras considerado un cobarde— hace veinticinco años. Y esto a pesar del hecho de que, a diferencia del internacionalmente extendido (pero no universal) requerimiento de usar casco al conducir una motocicleta, pocas veces resulta ilegal conducir una bicicleta sin ponerse un casco.

Todavía más extendidas, y ciertamente sobre las que se ha escrito más, son las normas específicas de ciertos ambientes profesionales especializados o subculturas sociales, especialmente las que son relativamente pequeñas, estrechamente ligadas y que involucran a personas inclinadas a abogar por lo que creen que son causas públicas. Un buen ejemplo es el documentado por Robert Ellickson al escribir acerca de la aparición y el uso de normas entre los balleneros de New England en el siglo XIX y los rancheos de California del siglo XX⁴⁴⁷. Entre los balleneros, por caso, era ampliamente aceptado que una ballena muerta pertenecía al barco cuyo arpón hubiera impactado en ella primero y se hubiera quedado clavado a la ballena, aun cuando luego sucesivos arpones de otros barcos hubiesen sido los que finalmente sometieran a la criatura. Lisa Bernstein ha ofrecido una reconstrucción histórica y analítica similar relativa a segmentos de la industria del diamante, el grano y el algodón⁴⁴⁸. En efecto, es común que en muchas

⁴⁴⁷ Robert ELICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991).

⁴⁴⁸ Lisa BERNSTEIN, “Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions”, *Michigan Law Review*, 90 (2001), 1724-1788; Lisa BERNSTEIN, “Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms”, *University of Pennsylvania Law Review*, 144 (1996), 1765-1820; Lisa BERNSTEIN, “Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *Journal of Legal Studies*, 21 (1992), 115-157. Por razones que se pondrán de manifiesto más adelante en este capítulo y en el capítulo 11, los ejemplos del algodón y los diamantes son más complejos porque, a diferencia de las normas sobre la pesca

industrias las normas se desarrollen, por así decirlo, desde abajo hacia arriba, más que desde arriba hacia abajo, y que esas normas sean aplicadas no mediante el derecho formal, sino sólo a través de sanciones de censura, escarnio y exclusión, entre otras. No es un fenómeno que se limite a industrias tradicionales. En muchos sitios, por ejemplo, la cultura pandillera ha adoptado una norma en contra de la asistencia a la policía, incluyendo la negativa a responder lo que otros pensarían que son preguntas legítimas tendientes a la aplicación del derecho por actividad delictiva⁴⁴⁹. De manera similar, era antes el caso que los jugadores de tenis en los torneos, cuando creían que habían sido beneficiarios de un error del árbitro, se dejaban perder en el siguiente tanto. Y en muchos campos que son en parte negocio y en parte algo más, encontramos normas sobre el uso de nombres e imágenes. Tal vez no sea sorprendente que los tatuadores tengan normas sobre la originalidad y lo impropio de usar diseños de otros⁴⁵⁰, tal como los comediantes han desarrollado y hacen cumplir normas bastante parecidas acerca de los chistes y las rutinas cómicas⁴⁵¹.

de ballenas y las de los rancheros de Shasta County, las industrias del algodón y del diamante, inscribieron algunas de sus normas en libros de reglas canónicas y desarrollaron también tribunales destinados a la resolución de disputas y la aplicación de las normas, según explica Bernstein. De este modo, una vez que se encuentra arraigado este grado de formalidad, podemos querer simplemente llamar derecho a estos sistemas de normas formalmente respaldados de las industrias del algodón y el diamante, aunque no sea el derecho del Estado político.

⁴⁴⁹ Véase “Privatizing Criminal Law: Strategies for Private Norm Enforcement in the Inner City”, *UCLA Law Review*, 46 (1999), 1859-1872, en 1863-1864. Sobre las muchas normas de la cultura de las pandillas, más en general, véase Jeffrey FAGAN, “The Social Organization of Drug Use and Drug Dealing among Urban Gangs”, *Criminology*, 27 (1989), 633-670.

⁴⁵⁰ Véase Aaron K. PERZANOWSKI, “Tattoos and IP Norms”, *Minnesota Law Review*, 98 (2013), 511-591.

⁴⁵¹ Véase Dotan OLIAR & Christopher SPRIGMAN, “There’s No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-up Comedy”, *Virginia Law Review*, 94 (2008), 1787-1867.

Libros enteros podrían escribirse sobre estos tipos de normas. De hecho, se los ha escrito⁴⁵². Pero una de las cosas de que debe dar cuenta una explicación, o incluso una teoría, del derecho, es del hecho ampliamente aceptado de que los sistemas de normas sociales por un lado, y el derecho por el otro, son entendidos como cosas diferentes. Quizás sea un error pensar que son diferentes y tal vez esa comprensión común está equivocada. Pero al menos inicialmente, podríamos tomar la percepción generalizada de una diferenciación importante entre el derecho en sentido estricto y un sistema de normas sociales, como un útil punto de partida. Ambos tienen obviamente mucho en común, especialmente en cuanto son conjuntos de prescripciones que a menudo imponen restricciones de segundo orden sobre preferencias y juicios de primer orden, y en cuanto son prescripciones cuya violación comúnmente ocasionará una desaprobación justificada u otras más abiertas formas de censura. Pero las normas sociales, aun cuando muchas de ellas estén dirigidas al mismo ámbito de la vida humana, no son sistemáticas en la forma en que lo es el derecho. Los conjuntos de normas tienden a ser justamente eso —conjuntos— y por ello no sorprende que pocos de esos conjuntos contengan, así como reglas primarias, reglas secundarias y, más específicamente, que pocos de ellos contengan reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación. Como notamos en el capítulo 9, dichas reglas secundarias y el carácter sistemático correlativo se presentan a menudo en sistemas de reglas no estatales y por ende, podemos sin demasiada pérdida clasificar a tales sistemas como jurídicos, aun cuando dichos sistemas no sean parte del Estado.

⁴⁵² Véase por ejemplo Cristina BICCHIERI, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms* (New York: Cambridge University Press, 2006); Jon ELSTER, *The Cement of Society: A Study of Social Order* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989); Edna ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1977). Véase también Eric POSNER, *Law and Social Norms* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000); Robert AXELROD, "An Evolutionary Approach to Norms", *American Political Science Review*, 80 (1986), 1095-1011.

Pero los conjuntos de normas son diferentes de los genuinos *sistemas* de normas. Los meros conjuntos de normas pueden gobernar el comportamiento y proveer a la censura y está bien establecido que varias formas de sanción, de entre las que la censura es sólo una, son necesarias para asegurar que las normas de comportamiento cooperativo vayan a superar con el tiempo los deseos de apartarse ellas de los agentes, aun si la aparición original de la norma fue sin que ésta estuviera ligada a sanción alguna⁴⁵³. No obstante que las normas sociales gobiernan el comportamiento y necesitan normalmente de las sanciones para persistir tras su génesis⁴⁵⁴, su falta de carácter sistemático, incluyendo la falta de una formulación canónica, hace que se vean diferentes del derecho, incluido el no estatal. Por formular el punto de modo más fuerte: ciertamente se pierde poco si hablamos del derecho de la Iglesia Católica, el derecho de la Liga Estadounidense de Bridge, el derecho de los comerciantes de diamantes de New York o hasta del derecho de la Mafia, en la medida en que comprendamos que no estamos hablando del Estado. Pero denominar a las desordenadas y asistemáticas reglas del lenguaje, la etiqueta, la moda y otros como derecho parece una gruesa distorsión de nuestra comprensión, tanto cotidiana como más profunda, del propio derecho. Sea lo que sea que una persona pueda haber hecho al andar en bicicleta sin casco, sonarse la nariz en la mesa o (en ciertos círculos), vestirse con el estilo del año pasado, no diríamos que esta persona ha infringido el derecho. En efecto,

⁴⁵³ Véase FEHR & FISCHBACHER, "Social Norms..."; Toshio Yamagishi, "The Provision of a Sanctioning System as a Public Good", *Journal of Personality and Social Psychology*, 51 (1986), 110-116; Toshio YAMAGISHI, "Serious of Social Dilemmas and the Provision of a Sanctioning System", *Social Psychology Quarterly*, 51 (1988), 32-42.

⁴⁵⁴ *Contra* Hobbes, puede que no sea necesario que se imponga externamente las sanciones, y los miembros de los grupos cooperativos pueden desarrollar e imponer sus propias sanciones sobre transgresores potenciales de manera de lograr la persistencia de las normas del grupo. Véase Elinor OSTROM, James WALKER, & Roy GARDNER, "Covenants with and without the Sword— Self-Governance Is Possible", *American Political Science Review*, 86 (1992), 404-417.

puede resultar importante no decir de esta gente que ha violado el derecho a menos que haya violado una norma de cierto tipo emanada de cierta fuente. Y este es el punto, tal como el título de este libro pretende resaltar, de enfatizar en algunos contextos que una cierta regla, norma o prescripción tiene “fuerza de ley”. Decir que algo tiene fuerza de ley es contrastarlo con algo que es similar pero que no la tiene, y eso respecto de lo que se traza el contraste es usualmente una norma social o conjunto de normas sociales.

Sin perjuicio de que las normas son comúnmente consideradas como algo diferente del derecho, ambos —normas y derecho— se cruzan de múltiples formas. Una de estas intersecciones es peculiar a los sistemas del *common law* y es la manera en que las normas —costumbres— llegan a formar parte del derecho y ser aplicadas como tal. En uno de los ejemplos más famosos, está el caso de que en una época era norma entre los pescadores de Walmer, en la costa de Inglaterra, el secar sus redes en ciertos espacios nominalmente privados de la playa, sin objeciones de parte de los propietarios de esas tierras. Cuando un propietario finalmente decidió construir estructuras donde los pescadores habían estado secando sus redes, fue demandado por éstos, que ganaron y recibieron con ello el reconocimiento oficial de su derecho jurídico a proseguir con sus anteriores prácticas a pesar de las objeciones del propietario de la tierra. El tribunal determinó que la continuada costumbre normativa (normativa, es decir que no se trataba de una simple práctica, en el sentido de que la costumbre había llegado a ser entendida como algo que estaba bien, y con lo que estaba mal interferir⁴⁵⁵) se había de hecho convertido en parte del *common law*⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Véase *Alfred F. BECKETT, Ltd. v. Lyons*, [1967] Ch. 449. 1 All. Eng.L.R. 833; *Mills v. Colchester Corp.* [1867] L.R. 2 C.P. 476; Rupert CROSS, *Precedent in English Law*, 3ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1977), 160; David J. BEDERMAN, “The Curious Resurrection of Custom: Beach Access and Judicial Takings”, *Columbia Law Review*, 96 (1996), 1375-1455, en 1391-1392.

⁴⁵⁶ *Mercer v. DENNE* [1904] 2 Ch. 534, *aff'd* [1905] 2 Ch. 538 (C.A.). Para una descripción más detallada y un análisis del más amplio asunto de la incorporación de

Si las normas (o costumbres) de los pescadores de Walmer hubiesen sido lo suficientemente bien aceptadas por el resto de la comunidad como para disuadir a los propietarios de las tierras de sus reclamos, los pescadores claramente no habrían tenido razón para apelar al derecho. Pero cuando las medidas informales de refuerzo como la censura, los rumores, el escarnio y por momentos la exclusión son insuficientes para hacer cumplir las normas en contra de los apartamentos, nos encontramos con el fenómeno común por el cual el derecho resulta invocado. En ocasiones el mecanismo para la aplicación de normas extrajurídicas es como fue con los pescadores de Walmer: cuando se apela al derecho para hacer cumplir una norma preexistente de maneras que no son totalmente distintas de aquellas en las que se apela al derecho para hacer cumplir las promesas preexistentes que llamamos contratos. Más a menudo, sin embargo, el derecho aparece precisamente en el punto en el que los métodos informales de aplicación coercitiva de una norma se muestran insuficientes. Ya revisamos brevemente las “ocasiones para el derecho” en el capítulo 7 y el refuerzo imperfecto de las normas sociales nos brinda un nuevo ejemplo. Se llama al derecho a la acción frecuentemente cuando una norma es lo suficientemente bien considerada como para pensar que es importante mantener con vida las consecuencias sobre el comportamiento que normativamente supone, pero que es lo bastante a menudo dejada de lado como para creer importante que se suplemente la presión social que apoya dicha norma con los poderes coercitivos más sistemáticos y normalmente más significativos del sistema jurídico. Si, como hemos destacado desde el inicio, la coerción

la costumbre al *common law*, véase Andrew C. LOUX, “The Persistence of the Ancient Regime: Custom, Utility, and the Common Law in the Nineteenth Century”, *Cornell Law Review*, 79 (1993), 183-218. Véase también David J. BEDERMAN, *Custom as a Source of Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010); E. K. BRAYBROOKE, “Custom as a Source of English Law”, *Michigan Law Review*, 50 (1951), 71-94; Frederick SCHAUER, “The Jurisprudence of Custom”, *Texas Journal of International Law*, 48 (2013), 523-534.

es la ventaja comparativa que tiene el derecho aun si no es una característica que lógicamente lo defina, no debiéramos sorprendernos de la frecuencia con la que se apela al derecho para que suministre el poder coercitivo del que otros mecanismos sociales pueden a veces carecer.

La relación entre el derecho y las normas sociales, sin embargo, es todavía más compleja. Podríamos preguntarnos (y estamos a punto de hacerlo) acerca del efecto causal del derecho sobre el contenido de las normas y acerca del efecto causal de las normas sobre el contenido del derecho. Estos son temas importantes pero diferentes de manera relevante y se los tratará en las siguientes dos secciones.

10.2. EL EFECTO DEL DERECHO SOBRE LAS NORMAS

A menudo se dice, especialmente por parte de quienes están comprometidos con la creencia en la importancia del derecho⁴⁵⁷, que el derecho puede con frecuencia lograr el mayor bien no al ejercer directamente la coerción sobre quienes le están sujetos para que se comporten de manera socialmente deseable, sino en cambio creando o haciendo cumplir las normas sociales que luego influirán más directamente sobre la conducta⁴⁵⁸. Si el derecho puede señalar la inaceptabilidad de una cierta práctica, se dice, pueden luego

⁴⁵⁷ La categoría de quienes tienen gran fe en el poder normativo del derecho parece desproporcionadamente ocupada por abogados, jueces, profesores de derecho y estudiantes de derecho. Pero tal vez esto no debería sorprendernos, no más que lo que nos sorprende el compromiso de los texanos y los saudíes con la importancia económica y financiera de la exploración y extracción de petróleo.

⁴⁵⁸ Un repaso y análisis reciente e importante de la relación entre el derecho y las modificaciones de las actitudes (y de los comportamientos) es el de Kenworthy BILZ & Janice NADLER, "Law, Moral Attitudes, and Behavioral Change", en Eyal Zamir & Doron Teichman, eds., *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (New York: Oxford University Press, 2014). Véase también Dan M. KAHAN, "Social Influence, Social Meaning, and Deterrence", *Virginia Law Review*, 83 (1997), 349-395.

desarrollarse normas previamente inexistentes en contra de esa práctica, y normas previamente débiles pueden verse fortalecidas. De esta manera, según prosigue el argumento, el derecho puede tener un efecto sobre el comportamiento distinto de, o en adición a, su poder coercitivo más obviamente directo. Así, encontramos argumentos acerca del papel que puede jugar en la promoción de normas sociales en contra de, por ejemplo, la contaminación⁴⁵⁹ y el consumo de cigarrillos en lugares públicos⁴⁶⁰.

La tesis de que el derecho puede tener un efecto causal sobre el desarrollo, respaldo, internalización y aplicación coactiva de normas, es un componente dentro de un conjunto más grande de cuestiones, que fueron tocadas en capítulos anteriores, acerca del efecto del derecho sobre los valores morales en general. Pero para considerar cuidadosamente esta tesis, necesitamos trazar dos distinciones. Primero está la distinción entre el efecto del derecho sobre la internalización del público de ciertos valores y su efecto sobre el desarrollo de normas sociales. Considérese, por ejemplo, el caso a menudo discutido de los preceptos jurídicos que exigen a la gente que recoja los desechos de sus perros; las así llamadas leyes de recolección de suciedades [*pooper-scooper*]⁴⁶¹. Asumamos, de manera realista, que antes y en ausencia de un precepto que exigiera esta recolección, la gente no había estado inclinada a limpiar lo que dejaran sus mascotas, sea porque no veía nada malo en no hacerlo o porque no quería tomarse la molestia. Y supóngase que

⁴⁵⁹ Véase Lior Jacob STRAHILEVITZ, “How Changes in Property Regimes Influence Social Norms: Commodifying California’s Carpool Lanes”, *Indiana Law Journal*, 75 (2000), 1232-1294, en 1232-1234, 1984-1290.

⁴⁶⁰ Véase Lawrence LESSIG, “The Regulation of Social Meaning”, *University of Chicago Law Review*, 62 (1995), 943-1045, en 1029. Acerca del consumo de cigarrillos y normas sociales, véase Edna ULLMAN-MARGALIT, “Revision of Norms”, *Ethics*, 100 (1990), 756-767.

⁴⁶¹ Véase Matthew IGLESIAS, “Buenos Aires’ Dog Poo Problem”, *Slate*, October 15, 2012, disponible en www.slate.com/blogs/moneybox/2012/10/15/buenos_aires_dog_doo_Argentina’s_capital_has_a_lot_of_pet_excrement.html.

luego se promulga una ley que exige a las personas que limpien los deshechos de sus perros, bajo la penalidad de pagar, digamos, una multa de 50 dólares por cada infracción a ello.

Una hipótesis acerca del efecto de la nueva ley de recolección de suciedades sería que la propia ley transmita la señal de que no limpiar los deshechos de tu perro es egoísta y está mal. Se trata, por supuesto, de una inmoralidad menor vista dentro de marco más amplio, pero es una inmoralidad de todos modos. Según esta hipótesis, el hecho de que haya una prohibición jurídica, especialmente una novedosa, alertaría a la gente que antes no se había dado cuenta de lo incorrecto de la práctica dadas sus dimensiones morales negativas. Así es como resulta posible —recuérdese que estamos todavía hablando solamente de hipótesis y no de conclusiones— que el hecho mismo de hacer jurídicamente incorrecta la práctica de no limpiar los deshechos del perro alerte o convenza a la gente de lo inmoral de dicho comportamiento y que en función de ello modifique su comportamiento, al menos asumiendo que se trate de personas con algún grado de sensibilidad moral, generalizada o incipiente⁴⁶².

Una hipótesis alternativa (o adicional) propondría que la existencia de la ley tendría poco o ningún efecto sobre la internalización de ciertas reglas por parte de la gente, pero que podría ayudar a crear o reforzar una norma social, de modo que los miembros del público que no habrían estado inclinados a cambiar de opinión, siquiera tras la promulgación de la ley, responderían sin embargo a una nueva norma social. Hay alguna evidencia de que este es el mecanismo que operó de hecho en algunos lugares con respecto

⁴⁶² Esto es, asumiendo que son personas moralmente inclinadas pero no siempre conscientes de qué comportamiento específico despertará sus inclinaciones morales vigentes. Acerca de la distinción entre razones genuinas y los hechos que despertarán las ya presentes razones genuinas —las razones activadoras— véase David ENOCH, “Reason-Giving and the Law”, en Leslie Green & Brian Leiter, eds., *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1 (Oxford: Oxford University Press, 2011), 1-38.

a las leyes de recolección de suciedades. La propia existencia de la ley, se ha sostenido, reforzó las reacciones críticas de maneras que eran menos posibles o menos frecuentes antes de la promulgación. Luego de ésta, sin embargo, la gente se sintió más facultada para regañar a quienes no recogieran los deshechos y con ello se contribuyó a la creación de la norma social, que luego tuvo un efecto sobre el comportamiento sin necesidad de una formal aplicación jurídica coactiva.

De este modo, es importante distinguir el efecto directo del derecho sobre la internalización de valores, del efecto mediado por el derecho sobre el comportamiento al contribuir a la creación de una norma social que luego influirá en el comportamiento de una manera independiente del derecho mismo. Pero dentro de cada uno de estos caminos causales hay una distinción ulterior que trazar entre, primero, el poder indicativo del derecho; segundo, el poder del derecho para modificar el comportamiento; y tercero, su poder para dar razones. Con respecto al primero, que también podríamos denominar su poder epistémico, sucede que el hecho mismo de la existencia del derecho provee a la gente de información que previamente no tenía⁴⁶³. Esta información puede ser normativa en el sentido de que el derecho informa o recuerda a las personas acerca de un argumento moral o de otro modo normativo del cual no eran conscientes, que luego éstas proceden a adoptar⁴⁶⁴. Lo más probable es que se trate de información factual. Por lo tanto, aunque es difícil que la gente no esté al tanto de la molestia

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ La importante distinción entre razones indicativas e intrínsecas es introducida y desarrollada en "Law's Halo", en Jules Coleman & Ellen Frankel Paul, eds., *Philosophy and Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1987), 15-30; Donald H. REGAN, "Authority and Value: Reflections on RAZ's *Morality of Freedom*", *Southern California Law Review*, 62 (1989), 995-1095; y, con mayor profundidad, en Donald H. REGAN, "Reasons, Authority, and the Meaning of 'Obey': Further Thoughts on Raz and Obedience to Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 3 (1990), 3-28.

de encontrarse deshechos de perro en las veredas, el hecho de la prohibición jurídica puede señalar que la práctica de no recoger los deshechos de nuestros perros tiene consecuencias negativas sobre el medioambiente y la salud a quienes no estén al tanto de ello. De manera similar, si la gente fuese a descubrir que hay una ley que prohíbe la venta a menores de pegamento para modelos de aviones a escala (tal como sucede en muchos lugares), la circunstancia de que existe la ley le proveería una información que antes no tenía acerca de las formas en que el producto puede ser (mal) utilizado. En tales casos el hecho de la prohibición jurídica no le brinda a las personas nuevas razones para involucrarse en la ahora prohibida práctica sino que en cambio les suministra información que les permite aplicar las razones que ya poseían a una forma en particular de comportamiento.

En ocasiones, sin embargo, el derecho puede no servir meramente para recordar o informar a la gente acerca de una norma preexistente, sino que puede tener un poder más abiertamente modificadorio del comportamiento. Esto es, el hecho mismo de la imposición jurídica puede alterar el comportamiento de las personas de una manera más directa y relacionada con las sanciones. Como consecuencia, el cambio conductual inducido por la amenaza de sanciones podría a su turno tener un efecto causal sobre las inclinaciones conductuales a largo plazo, independientes de las sanciones, de las personas. Si éstas, por ejemplo, estuvieran inclinadas a evitar a otras personas sólo por su raza, y si el derecho las compeliere a interactuar con otros de diferente raza más de lo que habrían preferido de otro modo, quizás bien podrían terminar descubriendo que el contacto forzado tuvo más consecuencias positivas, y menos negativas, que las que habían previamente supuesto. Por cierto, hay indicios de que este es el mecanismo que tuvo al menos algún efecto en el contexto del levantamiento de la segregación en las escuelas públicas estadounidenses en las décadas de 1950 y 1960. Aunque la integración en casi todas las escuelas

previamente segregadas fue abrumadoramente forzada por los tribunales (en algunos casos también por intervención militar⁴⁶⁵) y con ello involuntaria, hay pruebas que sugieren que estar en una escuela con afroamericanos (o tener un hijo con compañeros de escuela afroamericanos) tuvo un efecto positivo en la tolerancia racial genuinamente internalizada, incluso si el efecto inicial del derecho fue por entero directamente coercitivo⁴⁶⁶.

Relacionado con ello, 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 forzadas⁴⁶⁷. 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

⁴⁶⁵ Véase *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

⁴⁶⁶ El efecto causal del derecho, o el efecto causal de la altamente destacada decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) acerca de las actitudes raciales es ampliamente asumido, pero un influyente desafío a esta opinión ahora dominante es el de Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991).

⁴⁶⁷ Entre los clásicos al respecto se incluyen Leon FESTINGER & James M. CARLSMITH, "Cognitive Consequences of Forced Compliance", *Journal of Abnormal & Social Psychology*, 58 (1959), 203-210; y Herbert C. KELMAN, "Attitude Change as a Function of Response Restriction", *Human Relations*, 6 (1953), 185-214. Un buen resumen de la investigación subsiguiente hecha en el campo de la psicología es dado en Travis PROULX, Michael INZLICHT, & Eddie HARMON-JONES, "Understanding All Inconsistency Accommodation as a Palliative Response to Violated Expectations", *Trends in Cognitive Sciences*, 16 (2012), 285-291. Se hace una aplicación contemporánea de esto a cuestiones jurídicas y de diseño de políticas públicas en Ann P. KINZIG *et al.*, "Social Norms and Global Environmental Challenges: The Complex Interaction of Behaviors, Values, and Policy", *BioScience*, 63 (2013), 164-175. Y se analiza de forma valiosa la relación entre normas sociales y sanciones en Cédric PATERNOTTE & Jonathan GROSE, "Social Norms and Game Theory: Harmony or Discord?", *British Journal of the Philosophy of Science*, 64 (2013), 551-587, especialmente en 564-566.

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. Más allá de la denominación y del mecanismo en funcionamiento, la coerción jurídica podría producir cambios en las preferencias justo de este modo, haciendo que la coerción subsiguiente, al menos para aquellos cuyas actitudes se han visto así modificadas, sea un tanto menos necesaria.

El miembro final de esta trilogía de caminos causales es el más discutido en la literatura iusteórica: la posibilidad de que el hecho mismo de la prohibición jurídica brinde a las personas una nueva razón para realizar, sin mediar la coerción, las conductas jurídicamente ordenadas. Pero aunque este es el camino más comúnmente tratado y, por cierto, más comúnmente presupuesto⁴⁶⁸, es importante reconocer que este camino causal de los efectos del derecho es parasitario del hecho de que la gente se tome la propia existencia del derecho como, en sí misma, una razón no meramente indicativa para la acción. Si las personas no creen que el derecho suministre una razón para la acción en virtud de simplemente ser el derecho, no hay por qué creer que éste tendrá la consecuencia de cambiar las razones para la acción de las personas y con ello cambiar sus inclinaciones conductuales independientes de toda posible sanción. Si tú no crees tener una razón moral o de otro tipo para limpiar los deshechos de tu perro y si luego no hacerlo se convierte en algo ilegal, el espectro de razones con que cuentas cambiará a causa de ello si, y sólo si, crees que el hecho mismo de haber derecho sobre la materia ofrece razones, morales o de otro

⁴⁶⁸ Es común la siguiente aserción carente de mayor apoyo: “La mayoría de las personas tienden a considerar que el derecho tiene fuerza moral, y no que sea simplemente el costo que deben tener en cuenta al pesar los beneficios y desventajas de cursos de acción alternativos...”. Milton C. REGAN JR., “How Does Law Matter?”, *The Green Bag* 2^a, vol. 1 (1998), 265-275.

tipo, para la acción⁴⁶⁹. En otras palabras, tus razones cambiarán como consecuencia de una modificación del derecho sólo si tienes la creencia antecedente de que el hecho del derecho, en tanto que derecho, configura una razón para la acción. De nuevo, se vuelve al hombre desconcertado. El hombre desconcertado, en el sentido hartiano de alguien que obedecerá al derecho sólo porque se trata del derecho y sin consideración de eventuales sanciones⁴⁷⁰, limpiará los deshechos de su perro o al menos tendrá una razón para hacerlo, simplemente en virtud de que se trata de una exigencia jurídica. Pero si, como hemos visto, las personas desconcertadas son menos que lo que Hart y sus seguidores han supuesto, este tercer camino causal para el efecto del derecho sobre creencias morales o normas sociales será de poca relevancia práctica.

Esto no supone negar que el derecho pueda afectar el comportamiento si no es a través de su fuerza coercitiva directa. Pero en

⁴⁶⁹ La posibilidad de que el derecho suministre razones no prudenciales pero aun así tampoco morales subyace a las tesis de quienes creen en la así llamada normatividad del derecho y constituyen obstáculos a la hora de explicarla. Véase por ejemplo Jules COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (New York: Oxford University Press, 2003), cap. 7; Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 181-188; Andrei MARMOR, "The Nature of Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/lawphil-nature/> (2008); Gerald J. POSTEMA, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 165-203, en 165. No todos están de acuerdo, sin embargo, en que la normatividad del derecho sea un problema, y hay algunos teóricos que suscriben en cambio la idea de que cualquiera sea el poder normativo, con independencia de la prudencia o con independencia de las sanciones, que el derecho *qua* derecho pueda tener, está solamente en función de la existencia (o no) de una razón moral para obedecer el derecho sólo porque es el derecho. Véase ENOCH, "Reason-Giving..."; Frederick SCHAUER, "Positivism Through Thick and Thin", en Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (New York: Oxford University Press, 1998), 65-78; Torben SPAAK, "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", *Ratio Juris*, 16 (2003), 469-485.

⁴⁷⁰ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Leslie Green, & Joseph Raz, eds. (Oxford: Clarendon Press, 2012), 40, ya tratado con detalle en el capítulo 4.

la medida en que el efecto sea producido por medio del desencadenamiento de la fuerza coercitiva de normas sociales, la coerción seguirá ocupando el rol central en la explicación de cómo el derecho afecta el comportamiento, a pesar de que en este contexto podamos pensar que el derecho simplemente está externalizando su poder coercitivo a actores privados. Y en la medida también en que el efecto del derecho sea producido porque le brinda a la gente nuevas razones para la acción o bien por incitar la creación de nuevas normas sociales que posteriormente afectarán el comportamiento de forma directa, tales mecanismos presuponen una vez más la capacidad del derecho *qua* derecho de marcar una diferencia en los cálculos no prudenciales de las personas. El problema no es que el derecho pueda lograr eso, al menos si aceptamos que la capacidad de éste para conseguirlo está en función del hecho de que las personas internalicen una obligación moral de obedecerlo, como algo opuesto a alguna otra misteriosa forma de normatividad jurídica-moral. Pero la tesis de que el derecho realmente activa en las personas lo que ellas mismas entienden como una razón moral para obedecerlo resulta tener mucho menos apoyo empírico que el que convencionalmente se asume tanto en la teoría del derecho como en la literatura acerca de las normas.

10.3. EL EFECTO DE LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO

Como se señaló más arriba, a veces se apela al derecho para que suministre un suplemento coercitivo a los a menudo tenues poderes coercitivos de las normas sociales en sí mismas. Desde luego, dista de ser una verdad universal que el derecho sea más coercitivo que la presión social de una norma. Algunas formas de coerción jurídica son relativamente inoperantes, especialmente cuando las penas son suaves o los niveles de aplicación coactiva bajos. A la inversa, algunas de las sanciones sociales que respaldan a las normas sociales parecerán mucho más significativas a sus destinatarios que cualquier cosa que el derecho formal pueda hacerles,

especialmente en comunidades pequeñas, estrechamente ligadas y dominadas por personas con inclinación a abogar por lo que creen que son causas de interés público⁴⁷¹. En ciertos círculos, por ejemplo, ser conocido por no pagar las propias deudas de juego era, y tal vez sigue siendo, una pena mucho más severa que una mera multa monetaria o un juzgamiento civil. Y dependiendo del lugar y la audiencia, una reprimenda pública por la violación de una convención social puede llegar mucho más a la médula que una más discreta sanción jurídica.

En el contexto de lo que llamó la libertad de pensamiento y discusión, John Stuart Mill apuntó este fenómeno a mediados del siglo XIX en su ensayo *Sobre la libertad* [*On Liberty*]⁴⁷². Aunque el capítulo 2 de *Sobre la libertad* es ahora más conocido por su defensa de la libertad de expresión en contra de la censura gubernamental, Mill se esforzó por enfatizar que lo que llamaba la “intolerancia social” podía ser mucho más sofocante de la expresión individual y por ello mucho más peligrosa para lo que ahora llamamos el “libre mercado de las ideas”. En la medida en que la gente es renuente a la crítica, la marginación, el escarnio, la burla, o el ostracismo, por ejemplo, el peso de la opinión pública puede a menudo ser tan coercitivo como el control estatal de la maquinaria formal de compulsión.

No obstante, aunque la sociedad puede en ocasiones hacer cumplir sus normas sin la asistencia del Estado, muchas veces esto no le es posible. Así, frecuentemente vemos a las normas prevaletentes apuntaladas por sanciones jurídicas con el fin de ejercer la coerción sobre aquellos con quienes las sanciones de

⁴⁷¹ ELLICKSON, *Order without Law...*, 177; Lewis A. KORNHAUSER, “Are There Cracks in the Foundations of Spontaneous Order?”, *N. Y. U. Law Review*, 67 (1992), 647-673, en 652; Carol M. ROSE, “The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems”, *Minnesota Law Review*, 83 (1998), 129-182, en 157.

⁴⁷² John Stuart MILL, *On Liberty* (London: John W. Parker and Son, 1859).

desaprobación social, escarnio, exclusión y similares resultan inadecuadas. A veces el hecho de la ilegalidad puede, en algunos lugares y para algunos sujetos, fortalecer la condena social, como parece haber hecho en el ejemplo de las leyes de recolección de suciedades. Más a menudo, sin embargo, las normas *producen* derecho. Cuando se cree que la violación de una norma suscitará demasiado poca repulsa u otra presión social para poner al mismo nivel el grado de cumplimiento con el grado de compromiso de la mayoría de la sociedad para con la norma, se promulgan leyes que conviertan esa mera norma social en una norma con fuerza de ley. Y en tales casos vemos el uso del poder directo y coercitivo para reforzar una norma que genera un poco de coerción, pero no la suficiente, a través de sanciones no jurídicas. Las sanciones jurídicas por desnudez pública, por ejemplo, son adoptadas no por causa de algún temor a la propagación general de esa práctica sino porque quienes estarían inclinados a tomar parte de ella pueden ser quienes sería especialmente probable que desdeñen las nada instanciales sanciones sociales en contra de ella.

Aunque el derecho es de este modo usado con gran frecuencia para proteger las normas sociales establecidas contra las desviaciones —las reglas contra el homicidio, la violación, el robo con armas y otros delitos violentos pueden ser caracterizadas de esta manera, tal como pueden serlo las reglas contra el fraude y otras formas de deshonestidad desvergonzada—, el derecho es también empleado cuando hay como mucho una norma social débil en contra de una práctica que de hecho tiene consecuencias que van en detrimento de la sociedad. Esto es, puede haber reglas objetivamente deseables pero cuya deseabilidad se le escape al público en general y se le escape también, o sea conscientemente ignorada por, el grupo de pertenencia y respaldo de los más inclinados a eventualmente transgredir esas reglas. Las leyes contra la fijación de precios y el tráfico de información privilegiada pueden encajar en este molde, en parte porque la subcultura profesional en la que los fijadores de

precios y los traficantes de información privilegiada normalmente se sitúan es una subcultura que tolera o hasta alienta esas prácticas⁴⁷³. En este caso, la vergüenza está dada por ser descubierto, no por tomar parte de la práctica. Esto es cierto en parte porque la mayoría de la gente no sabe qué son estas actividades y aun cuando lo sabe, no piensa que tengan mucho de malo. Así, si realmente hay algo de malo en estas prácticas, poca razón hay para creer que la internalización de lo malo del acto o la presión de las normas sociales serán probables o efectivas. Y es justo en este punto cuando más necesarias y por ende más importantes son las dimensiones coercitivas del derecho.

Es entonces útil distinguir las instancias en las que el derecho protege las normas sociales en general automáticamente acatadas contra los apartamientos, de aquellas en las que el derecho busca lograr ciertos fines de primer orden que son en general rechazados, frecuentemente desestimados o poco estimados, o que incorporan valores que pueden tener aceptación en abstracto pero cuya aceptación es típicamente más débil que el empuje compensatorio dado por las potenciales ganancias. Por ejemplo, aun si la gente cree que hay razones morales para pagar impuestos⁴⁷⁴, los beneficios por no hacerlo son lo suficientemente grandes como para que el derecho necesite alinear los incentivos privados con el bien público. La idea

⁴⁷³ Los comerciantes que recortan significativamente sus precios para obtener una ventaja sobre sus competidores, por ejemplo, tienen con diferencia más probabilidad de ser condenados que elogiados por sus colegas comerciantes, lo que sugiere que la norma entre algunas clases de comerciantes puede ser la de realizar una fijación de precios suave, en lugar de una que condene la práctica de la fijación de precios por completo.

⁴⁷⁴ Lo que, para repetir un tema recurrente del presente libro, no equivale a que haya una razón moral de obedecer el derecho que nos reclama el pago de impuestos. Esta distinción, correcta, rara vez es explícitamente notada en la literatura acerca del cumplimiento impositivo pero en ocasiones está implícita, como en Yair LISTOKIN & David M. SCHIZER, "I Like to Pay Taxes: Taxpayer Support for Government Spending and the Efficiency of the Tax System", *Tax Law Review*, 66 (2013), 179-216, en 179.

de usar sanciones para ajustar los abanicos de motivaciones que con independencia del derecho puedan tener los ciudadanos era el impulso básico de Bentham, porque aunque él comprendía, más allá de las comunes caricaturizaciones de sus ideas, que la gente podía tener, y de hecho tenía, motivaciones altruistas o basadas en el bien común, comprendía también el relativamente poco peso que estas motivaciones normalmente tenían cuando se las comparaba con las producidas por el autointerés. Para Bentham, por consiguiente, las sanciones jurídicas eran suplementos motivacionales, y hay poco en la práctica moderna que indique que estaba equivocado. La evasión fiscal, después de todo, es contraria a la ley, y el hecho de que el Servicio de Recaudación Interna [*Internal Revenue Service*] de los Estados Unidos se esfuerce por inducir al público contribuyente a creer que los riesgos de ser sancionado son mayores que lo que realmente son⁴⁷⁵ es evidencia de que las sanciones son normalmente necesarias para respaldar incluso aquellas leyes que el público tiende a considerar fundamentalmente plausibles.

10.4. ¿HAY UNA NORMA DE OBEDIENCIA AL DERECHO?

Una forma de comprender algunas de las conclusiones de los capítulos 5 y 6, que suponen una mirada escéptica sobre la medida en que el derecho *qua* derecho ejerce influencia sobre la motivación humana, es como que representan una hipótesis sobre la existencia de lo que podríamos denominar una *norma de obediencia al derecho* [*norm of law*], pero concluyendo luego que, empíricamente, semejante norma es débil, al menos en Estados Unidos. H.L.A. Hart observó correctamente que la internalización de una regla —o norma social, podemos ahora agregar— puede tener lugar en ausencia de coerción. Y también observó, de nuevo correctamente, que cuando una regla o norma era internalizada, su violación

⁴⁷⁵ Véase Joshua D. BLANK & Daniel Z. LEVIN, “When Is Tax Enforcement Publicized?”, *Virginia Tax Review*, 30 (2010), 1-37.

podía ser la causa de críticas incluso si no había a la vista ninguna otra sanción⁴⁷⁶. Y es entonces que podemos preguntarnos ahora si existe realmente una norma de obedecer al derecho sólo porque es el derecho. Si la gente respeta la práctica de formar filas de espera en parte porque no hacerlo generará desaprobación social, si no alguna otra cosa también, entonces, ¿tiene el respeto por el derecho el mismo estatus? ¿Es la infracción al derecho, en sí misma y por esa razón, una ocasión para la crítica? ¿Hay una norma social de respetar el derecho con independencia de su contenido?

La cuestión no es más que una forma de poner en el lenguaje de las normas sociales el punto analítico básico del capítulo, a saber: qué es obedecer al derecho porque es el derecho. La transgresión del derecho, en sí misma y divorciada del mal, de primer orden o basado en el contenido, que hay en el comportamiento transgresor del derecho, ¿viola una norma social de la misma manera en que lo hace hablar con la boca llena, no limpiar los deshechos que deja el perro en la vía pública, vestir de traje blanco en invierno o hablarle a la Reina antes de que ella le hable a uno? Como vimos en los capítulos 5 y 6, la respuesta a esta pregunta no es afirmativa en forma autoevidente. Aunque esos capítulos tenían el foco patentemente sobre el caso estadounidense, lo que vuelve imposible la generalización a otros países u otros tiempos, la lección a extraer es que, al menos en los Estados Unidos de hoy día, una norma de obediencia al derecho bien puede no existir⁴⁷⁷. Y quizás este hecho no sea ni totalmente sorprendente ni necesariamente lamentable. Puede que Henry David Thoreau lo dijera mejor. Escribiendo sobre la justificación de su propia desobediencia civil y argumentando a favor de la frecuente sensatez que hay en dicha práctica, observó que “no es deseable cultivar tanto el respeto por la ley como el respeto

⁴⁷⁶ HART, *The Concept of Law*, 55-61, 79-91.

⁴⁷⁷ Sobre si, y cómo, podría inculcarse una norma tal, véase Ian MACMULLEN, “Educating Children to Comply with Laws”, *Journal of Political Philosophy*, 21 (2013), 106-124.

por lo correcto”⁴⁷⁸. Al decir esto, Thoreau no estaba formulando una tesis descriptiva o sociológica, sino una normativa. Más de un siglo y medio después, sin embargo, es plausible sospechar que, al menos en su propio país, lo que Thoreau deseaba que sucediera puede haber acontecido más de lo que él mismo podría haber previsto y más de lo que la gente de hecho cree que es el caso.

Si resulta que Thoreau ha sido tan clarividente que su tesis normativa es ahora descriptivamente acertada y si por consiguiente en efecto existe entre la población algo así como una *norma de hacer lo correcto* [*norm of right*], más que una *norma de obediencia derecho*, en muchos de los casos en que ambas esferas colisionan, entonces la necesidad de la fuerza coercitiva del derecho se vuelve todavía más comprensible. Cuando la gente tiene un fuerte gusto por lo correcto pero no demasiado gusto por el derecho sólo porque se trate del derecho, no debería resultar sorprendente que vaya a preferir lo correcto frente a lo jurídico. Pero si el gusto de la gente por lo correcto a menudo está equivocado y si al preferir lo correcto termina frecuentemente prefiriendo lo que está mal, sea porque confunde lo que es bueno para sí con lo que es bueno *simpliciter* o porque sencillamente está moralmente errada o errada de hecho, entonces las consecuencias desafortunadas de una tendencia a preferir lo correcto en lugar de preferir el derecho resultarán obvias. Si esas consecuencias desafortunadas deben evitarse, las preferencias de las personas por lo que equivocadamente creen que es correcto necesitarán estar mejor alineadas con lo que de hecho es lo correcto. El derecho es vital precisamente por la frecuente necesidad de persuadir a la gente de que deje de lado sus propios juicios acerca de lo correcto porque esos juicios pueden estar equivocados más a menudo de lo que están dispuestos a creer quienes los sostienen. Una norma de obediencia al derecho, si en efecto es internalizada,

⁴⁷⁸ Henry David THOREAU, “On the Duty of Civil Disobedience”, en Id. *Walden and “Civil Disobedience”* (New York: Signet, 1980) (1849), 228.

cumplirá con esta función de supresión del propio juicio con poca necesidad de sanciones o de coerción. Y puede haber lugares en donde esta internalización de una norma de obediencia al derecho exista. Después de todo, ¿cómo explicar de otra forma el fenómeno de los finlandeses parados obedientemente frente al letrero de “No avanzar” aun cuando no hay vehículos ni oficiales de policía en ningún lugar a la vista? Pero puede que los obedientes finlandeses no sean muy representativos⁴⁷⁹. Y así, cuando no hay norma de obediencia al derecho, o hay sólo una obediencia débil, como muy a menudo parece ser el caso, el derecho *qua* derecho necesita entonces la asistencia que sólo un sistema organizado de sanciones coercitivas puede ofrecer.

⁴⁷⁹ Ni lo son, por supuesto, los peatones de Manhattan o de Harvard Square, que podrían representar el extremo opuesto.

LA DIFERENCIACIÓN DEL DERECHO

11.1. UN LOTE DE DIFERENCIAS

El derecho es singular. Esto parece obvio, al menos superficialmente. Pero aunque decir que el derecho es algo singular es afirmar lo obvio, en ocasiones afirmar lo obvio es necesario. Lo que se enseña en las facultades de derecho, por ejemplo, es notoriamente diferente de lo que se enseña en las facultades de medicina, de ciencias empresariales o de administración. El examen que uno debe superar para calificar como abogado pone a prueba habilidades diferentes de las que evalúan los exámenes necesarios para ejercer como contador, trabajador social, psiquiatra o mecánico automotor. Los libros que ocupan las estanterías de una librería jurídica están lejos de parecerse a los de cualquier otro tipo de librería⁴⁸⁰. Asimismo, lo que de hecho hacen los abogados también parece singular. La gente inmersa en disputas generalmente sabe que ha de consultar a un abogado y no a un contador, y las empresas que buscan ampliar el mercado para sus productos recurrirán a una

⁴⁸⁰ Y lo mismo sucede también hoy día con las bases de datos jurídicas y no jurídicas en Internet.

agencia de publicidad más que a un *buffet* de abogados. Y aunque una forma de arreglar una disputa consiste en ir a los tribunales, otra consiste en que las partes en conflicto se sienten a tomar unas copas para resolver sus diferencias conversando. Uno necesita un abogado para la primera, pero normalmente necesita mantenerlos alejados para la segunda.

Semejantes diferencias son parte de lo que ha de explicar cualquier teoría satisfactoria acerca del fenómeno del derecho y, con ello, de sus rasgos típicos. Ciertamente, incluso (y quizás especialmente) quienes creen que la búsqueda de la naturaleza del derecho es la de sus propiedades esenciales, aceptan, a veces explícitamente pero por lo común de manera implícita, que el derecho es de algún modo importante distinto de otras instituciones sociales⁴⁸¹. El derecho, o el sistema jurídico⁴⁸², es diferente de las fuerzas

⁴⁸¹ Sobre el planteamiento según el cual una teoría del derecho debe explicar cómo puede el derecho hacer una diferencia práctica en nuestras deliberaciones, véase Jules L. COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4 (1998), 381-425, en 383; Scott J. SHAPIRO, "Law, Morality, and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, 6 (2000), 127-170.

⁴⁸² Hay muchas razones para distinguir entre derecho y sistema jurídico, pero una de las más importantes es que los decisores jurídicos, paradigmáticamente los jueces, son claramente parte del sistema jurídico, pero con igual claridad hacen uso de materiales que no son en sí mismos derecho (como las reglas de la gramática, el significado de los términos no técnicos y los principios de la aritmética, por ejemplo). Cuánto de lo que los jueces y otros actores jurídicos usan para arribar a sus decisiones debería ser considerado derecho, es algo discutido. Hans Kelsen insistía en que "cada acto de aplicación del derecho es sólo en parte determinado por el derecho mismo". (Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2ª ed., tr. Max Knight (Berkeley, CA: University of California Press, 1967). De manera muy similar, Joseph Raz ha distinguido entre el derecho y el razonamiento jurídico de abogados y jueces, sosteniendo que este último hace uso, y debe inevitablemente hacerlo, de un gran número de elementos no jurídicos, incluyendo la moral, pero no limitándose a ésta. Joseph RAZ, "POSTEMA on Law's Authority and Public Practical Reason: A Critical Comment", en Id., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 373-396. Por contraste, Ronald Dworkin adopta implícitamente una concepción muy espaciosa del derecho que entiende a la mayor parte de los elementos utilizados por los jueces como derecho. Ronald

armadas, de la medicina y, de forma tal vez más discutible, de las finanzas, la política y la administración pública. Pero claramente es diferente de muchas cosas y de muchas instituciones sociales, y explicar la fuente y naturaleza de esas diferencias es una tarea relevante de la teoría jurídica.

Las diferencias del derecho se presentan a través de muchas dimensiones. En algunos aspectos las diferencias son sociológicas. La existencia de facultades propias, asociaciones propias, carreras propias, algo así como un lenguaje propio y algunas otras vagas y solapadas pero no obstante genuinas separaciones entre el derecho y otras instituciones y agrupaciones sociales, indica lo que el teórico social Niklas Luhmann ha llamado su “diferenciación social”⁴⁸³. Apreciamos con esto lo que denominaremos *diferencia-*

DWORKIN, *Justice in Robes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008); Ronald DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986); Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977). A este respecto, la comprensión dworkineana del derecho según la cual éste depende en gran medida en lo que hacen y de lo que se sirven abogados y jueces, es similar a las teorías institucionalistas del arte que definen “arte” en términos de lo que los artistas y otros miembros de la cultura institucional del arte consideran que es arte. Véase George DICKIE, *The Art Circle: A Theory of Art* (New Haven, CT: Yale University Press, 1984). Véase también Stephen DAVIES, *Definitions of Art* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1991), 78-114. Hay aun otros que creen que el derecho no es nada más que la decisión social acerca de qué pueden y qué no pueden usar los jueces para resolver, lo cual permite concepciones tanto muy amplias como muy estrechas de los elementos (entradas [*inputs*]) de las decisiones y argumentos jurídicos que legítimamente cuentan como derecho. W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994); Coleman, “Incorporationism...”; Kenneth Einar HIMMA, “Inclusive Legal Positivism”, en Jules L. COLEMAN & Scott J. SHAPIRO, eds., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (New York: Oxford University Press, 2002), 125-165.

⁴⁸³ Niklas LUHMANN, *The Differentiation of Society*, trs. Stephen Holmes & Charles Larmore (New York: Columbia University Press, 1984). Sobre la diferenciación del derecho en particular véase Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, tr. Klaus Ziegert, Fatima Kastner & Richard Nobles, eds. (New York: Oxford University Press, 2008); Niklas LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, trs. Martin Albrow & Elizabeth King-Utz (London: Routledge & Kegan Paul, 1985); Niklas LUHMANN,

ción sociológica. Aun si el derecho fuese en gran medida similar en métodos (que no lo es) y fuentes (que no lo es) a otras profesiones e instituciones, el hecho mismo de que los abogados y jueces se agrupen entre sí y de algún modo aparte de los miembros de otros segmentos de la sociedad no sólo ejemplifica la diferenciación sino que también la refuerza e incrementa⁴⁸⁴. Para repetirlo: es teóricamente posible que dicha diferenciación social pueda existir junto con un no diferenciado conjunto de métodos, procedimientos y fuentes, pero esta posibilidad teórica no se instancia en el mundo real. En términos realistas, el hecho mismo de la diferenciación social es tanto causa como consecuencia de la diferenciación del derecho en otras dimensiones también.

Destacada entre estas otras dimensiones se halla lo que podemos llamar la *diferenciación procedimental*. Los procesos del derecho parecen, al menos en la mayoría de los sistemas jurídicos, distintos de los procesos de toma de decisiones en otras instituciones sociales y públicas. Sea por la resolución definitiva de disputas, el pronunciamiento de sentencias con opiniones cuyo efecto creador de derecho se extiende más allá de las controversias puntuales entre partes, la exigencia de que se ofrezcan razones para adoptar muchas de las decisiones jurídicas más importantes, o por la centralidad del proceso adversarial, con su requerimiento de notificación y su típica organización basada en dos partes contrapuestas, el escenario procedimental para la argumentación jurídica, el juzgamiento en derecho y la toma de decisiones jurídicas es al menos un tanto distinto del que se usa en otros escenarios sociales, políticos y administrativos. De este modo, aunque la litigación moderna

Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981).

⁴⁸⁴ El término técnico para este fenómeno de progresivamente creciente diferenciación, un término adoptado desde la biología, es, al menos para Luhmann y sus seguidores, *autopoiesis*. Véase Gunther TEUBNER, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Berlin: Walter de Gruyter, 1988).

ofrece numerosas variantes y complicaciones del modelo adversarial básico, no debiéramos olvidar que la litigación es el dispositivo procedimental arquetípico del derecho y que en la litigación, normalmente, son dos las partes litigantes, la resolución hace ganar a una y perder a la otra y requiere notificación a y audiencia de ambas, y se asume que es inapropiado que los jueces decidan a favor de un demandante sólo sobre la base de que en equidad el demandante debe al menos ganar un caso de vez en cuando. Ninguna de estas características del proceso de toma de decisiones es universal y hay legítimas instituciones y entornos de toma de decisiones, públicos y privados, que no emplean ninguna de ellas, o sólo algunas. Así es como los procesos del sistema jurídico, sea a la hora de conocer los hechos de los casos o a la de aplicarles el derecho correspondiente, difieren en aspectos importantes de los procesos de toma de decisiones propios del mundo político, de los de buena parte de la regulación administrativa y burocrática, y de los de los mundos de la investigación científica, la policial y de los jerarcas militares al decidir sobre táctica y estrategia. Si un científico desea determinar si el consumo de alcohol aumenta la probabilidad de contraer enfermedades cardíacas, no tomará para ello parte en un proceso adversarial en el que los representantes de la industria de las bebidas alcohólicas y Alcohólicos Anónimos le presenten cada uno sus razones. De hecho, lo propiamente absurdo de la idea de semejante proceso en el contexto de la ciencia, un proceso que parece completamente normal en el jurídico⁴⁸⁵, ilustra la forma a menudo ignorada en la que los procesos jurídicos para la toma de decisiones difiere considerablemente de lo que encontramos en otros contextos decisorios.

⁴⁸⁵ Acerca de la forma en que, especialmente en Estados Unidos, se resuelven importantes y políticamente trascendentes debates científicos a través de un proceso de litigación en el que los principales impulsores no son ellos mismos científicos, véase Sheila JASANOFF, *Science at the Bar: Law, Science and Technology in America* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997).

Aun si el derecho no fuese de ordinario diferente en términos procedimentales de otros espacios e instituciones decisorios, todavía podría ser que emplee un método diferenciado de pensamiento, razonamiento y toma de decisiones. Por mor del paralelismo, podemos llamar a esto *diferenciación metodológica*. La tesis de la diferenciación metodológica abrega de una venerable aunque convencional opinión de acuerdo con la cual el razonamiento jurídico difiere del razonamiento empleado en otras disciplinas y posiblemente hasta del razonamiento *simpliciter*. Así, en 1607, el juez Sir Edward Coke, uno de los íconos de la tradición del *common law*, escribió sosteniendo que ni siquiera al Rey se le permitiría ser el juez de un caso jurídico, al decir que aunque “Dios ha dotado a Su Majestad con excelente ciencia y grandes dones de naturaleza”, era sin embargo cierto que “Su Majestad no estaba instruida en las leyes de Su reino de Inglaterra, y las causas que conciernen a la vida, herencia, bienes o fortunas de sus súbditos, no han de ser decididas según la razón natural sino por la razón artificial y el juicio del derecho, el cual es un arte que requiere prolongados estudios y experiencia antes de que un hombre pueda lograr conocerlo”⁴⁸⁶.

La celebración que hizo Coke de la “razón artificial” del derecho fue seguida por Matthew Hale, William Blackstone y muchos otros que no sólo elogiaron el razonamiento del *common law*, sino que también insistieron en que era una forma de razonamiento diferente y mejor que el empleado en la mayoría de las otras ins-

⁴⁸⁶ *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63. Véase también Edward COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England; or A Commentary upon Littleton*, Charles Butler, ed. (London: E. Brooke, 1809) (1628). Para comentarios al respecto, véase por ejemplo Jerome Bickenbach, “The ‘Artificial Reason’ of the Law”, *Informal Logic*, 12 (1990), 23-32; Charles FRIED, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, *Texas Law Review*, 60 (1981), 35-58; John Underwood LEWIS, “Sir Edward COKE (1552-1633): His Theory of ‘Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory”, *Law Quarterly Review*, 84 (1968), 330-342.

tituciones seculares de sus días⁴⁸⁷. Actualmente persiste mucho de esto, y así las facultades de derecho afirman, explícitamente en Estados Unidos y a menudo implícitamente en otros lugares, que instruyen a sus estudiantes en el distintivo arte de “pensar como un abogado”⁴⁸⁸. Tal forma de pensar puede involucrar por ejemplo la importancia de las reglas, la frecuente confianza en el precedente, el rol especial de la autoridad o un particular cuidado por el lenguaje, y hay otros candidatos además de estos elementos. Semejantes vindicaciones de una diferenciación metodológica, como las otras posibles fuentes de diferenciación, no necesitan constituir, y no constituyen, esferas enteramente distintas. La diferenciación no es demarcación, y por ello se la comprende mejor como una concentración diferencial, y no como una frontera. Las decisiones de acuerdo a reglas, los constreñimientos por los precedentes y la generalizada presencia de la autoridad existen y son importantes también en algunos otros contextos decisorios no jurídicos. Y de manera parecida el derecho emplea formas de razonamiento, de investigación sobre hechos y de toma de decisiones que son más predominantes en éste que lo que lo son en muchos entornos extrajurídicos. Pero el derecho puede sin embargo utilizar reglas, precedentes, autoridad y los otros característicos recursos de la argumentación jurídica en mayor medida o con mayor peso que el que tienen en otros ámbitos. En tanto y en cuanto esto es así, permite explicar gran parte de la singularidad del derecho. La opinión de que hay algo especial o mejor en el razonamiento jurídico ha sido, por supuesto, calurosamente discutida durante mucho

⁴⁸⁷ Véase Gerald J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 4-13, 19-27; Anthony J. SEBOK, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (New York: Cambridge University Press, 1998), 23-32.

⁴⁸⁸ Véase Frederick SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009).

tiempo⁴⁸⁹, pero por el momento podemos simplemente señalar que la tesis de los procesos de razonamiento diferenciados para el derecho, de ser verdadera, representaría una forma de distinguirlo de otras muchas instituciones decisorias públicas.

Aunque las diferenciaciones sociológica, procedimental y metodológica del derecho son importantes, gran parte de la literatura iusteórica, al menos en la tradición contemporánea de la filosofía analítica, pone el foco sobre todavía otra forma posible de diferenciación: la *diferenciación de fuentes*, una forma de diferenciación influenciada por la preocupación de la teoría analítica del derecho por la validez jurídica⁴⁹⁰ y por la tesis, interna a la tradición iuspositivista, de que “en cualquier sistema jurídico, la validez de una norma jurídica dada (...) depende de sus fuentes, no de sus méritos”⁴⁹¹. Todas las personas en todos los contextos toman sus decisiones sobre la base de algunas fuentes pero no de otras, y así podríamos decir que la diferenciación de fuentes es endémica a la diferenciación social en general. Después de todo, los mecánicos del automotor basan sus diagnósticos en lo que saben de fuentes

⁴⁸⁹ Desde diversas perspectivas se han presentado desafíos a la tesis acerca de la naturaleza distintiva y aun a la de la un tanto diferenciada naturaleza del razonamiento jurídico, incluyendo a algunos de los realistas jurídicos (véase por ejemplo, Jerome FRANK, “Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption that Judges Behave Like Human Beings”, *University of Pennsylvania Law Review*, 80 (1931), 17-53); Algunas ramas del movimiento de los *Critical Legal Studies* (véase por ejemplo Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983)); y algunos académicos de compromisos iusteóricos bastante diferentes de los de éstos (por ejemplo, Larry ALEXANDER & Emily SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning* (New York: Cambridge University Press, 2008)).

⁴⁹⁰ Es así como Leslie Green, describiendo las ideas de Joseph Raz, ha observado que “el derecho comienza y finaliza con sus *fuentes*: las leyes, precedentes y convenciones, en la medida en que su existencia y contenido puede ser establecida por referencia a cuestiones de hechos sociales...”. Leslie Green, “Three Themes from Raz”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (2005), 503-523, en 504.

⁴⁹¹ John GARDNER, “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001), 199-227, en 199.

relativas a los automóviles y no (normalmente) de fuentes como la Biblia, libros de derecho o manuales de plomería. Además, no debe pensarse en las fuentes como que consistan exclusivamente en libros. Algunas personas basan sus decisiones, en gran parte o al menos un poco, en lo que han aprendido de sus padres, amigos, hermanos o en la peluquería. Por cierto, podría ser mejor pensar en el abanico completo de posibles fuentes como *entradas* [*inputs*], una palabra que sugiere menos el carácter formal o escrito. No obstante, *fuentes* [*sources*] es una palabra más bonita.

A pesar de que el espectro de posibles fuentes para la decisión es vasto, en algunos ámbitos ciertas fuentes de información y guía son permisibles mientras que otros no lo son. Por ejemplo, para los científicos, consultar o trabajar sobre la base de investigaciones desacreditadas supone ir más allá de su universo de fuentes permisibles. Sin embargo, el derecho es diferente de la ciencia tal como lo es de la mecánica automotriz y de otros ámbitos por ser una institución basada en la autoridad⁴⁹², de manera que el hecho mismo de que algo sea derecho es, al menos para aquellos dentro del sistema, una razón para acatarlo⁴⁹³. Así, en el derecho, pero

⁴⁹² Un énfasis sobre la autoridad a la hora de explicar la naturaleza del derecho es asociado muy fuertemente en nuestros días con los escritos de Joseph Raz. Véase, por ejemplo, Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1994); Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999); Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979). Es obvio que gran parte de lo dicho en el presente libro se planta en discusión frente al compromiso metodológico de RAZ por desentrañar las propiedades que el derecho posee necesariamente, y frente a las implicancias de la restricción que Raz traza para la investigación iusteórica de dichas propiedades esenciales, pero estos desacuerdos no son inconsistentes con el reconocimiento de la importancia especial que tiene la autoridad para el derecho y la toma de decisiones jurídicas, ni con la admisión del papel singular que tiene RAZ en ayudarnos a comprenderlo.

⁴⁹³ Véase Scott HERSHOVITZ, "The Authority of Law", en Andrei Marmor, ed., *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge, 2012), 65-75; Scott

ciertamente no en la ciencia, el papel de la autoridad puede volver irrelevantes incluso aquellas conclusiones que quien debe tomar la decisión tiene buenas razones para pensar que están equivocadas.

Partiendo de la premisa de que el derecho es especialmente, aun si no únicamente, una empresa en la que la autoridad importa, se sigue que es particularmente relevante para la toma de decisiones jurídicas la determinación de cuáles son las autoridades jurídicas legítimas y cuáles no. Y así es como el que el derecho esté diferenciado por sus fuentes quiere decir que éste es un campo limitado⁴⁹⁴, en el que las fuentes de información y guía que son permisibles en otras empresas no resultan igualmente permisibles. La cuestión de qué fuentes son permisibles y cuáles no ha ocupado a los teóricos del derecho por generaciones, pero una forma de entender la idea de Hart de la *regla de reconocimiento* es como aquello que identifica el fenómeno especialmente jurídico según el cual sólo aquellas fuentes, en sentido amplio, que son *reconocidas* por una regla de reconocimiento, son parte del derecho⁴⁹⁵.

La cuestión de la diferenciación del derecho por sus fuentes es importante, pero está algo distanciada de las preocupaciones centrales de este libro. Sin embargo, aunque la idea puntual de la

HERSHOVITZ, "The Role of Authority", *Philosopher's Imprint*, disponible en www.philosophersimprint.org/011007 (March 2011); Frederick SCHAUER, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, 95 (2008), 1931-1961; Scott J. SHAPIRO, "Authority", en Coleman & SHAPIRO, eds., *Oxford Handbook...*, 382-439.

⁴⁹⁴ Véase Frederick SCHAUER, "The Limited Domain of the Law", *Virginia Law Review*, 90 (2004), 1909-1956.

⁴⁹⁵ Una forma de entender el influyente desafío presentado por Ronald Dworkin a Hart y la tradición moderna del positivismo jurídico es como que DWORKIN niega que la toma de decisiones judiciales sea o pueda ser restringida a un ámbito estrecho de fuentes identificables por una regla de reconocimiento. Ronald DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986); Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977). Para un desarrollo de esta forma de entender a Dworkin véase SCHAUER, "The Limited Domain..."; Frederick SCHAUER, "Constitutional Invocations", *Fordham Law Review*, 47 (1997), 1295-1312.

diferenciación según las fuentes puede no ser demasiado relevante aquí, la idea genérica de diferenciación sí lo es. De manera que aunque las diferenciaciones sociológica, procedimental, metodológica y de fuentes son todas candidatas para explicar la singularidad del derecho, también es la coerción una de las candidatas. Es así como se ha sostenido por mucho tiempo, según se observó en el capítulo 1, que es la coerción lo que caracteriza al derecho, lo que lo distingue, y para Austin y otros, incluso lo que lo define. Podemos entonces agregar a la coerción a la lista de candidatas para explicar la singularidad del derecho, bajo la alerta del hecho de que ninguna de estas características diferenciadoras necesita ser excluyente de ninguna de las demás. Si, dejando de lado cuestiones sobre conceptos, naturalezas y otras misteriosas entidades por el estilo, simplemente deseamos comprender el fenómeno del derecho tal como lo conocemos y experimentamos, bien puede ser que una parte o todo el poder coercitivo del derecho, su diferenciación sociológica, su diferenciación procedimental, su diferenciación metodológica y su diferenciación de fuentes, tengan un papel que cumplir en la explicación de cómo es que el derecho se diferencia de otras instituciones, públicas y privadas, que definen nuestra existencia social.

De modo que incluso si ponemos al margen la posibilidad de que la coerción defina al derecho o sea uno de sus componentes necesarios, resulta contraintuitivo rehusarse a admitir que es ubicua en el ámbito jurídico. La coerción puede, precisamente por esta ubicuidad, constituir una parte significativa de lo que diferencia al derecho de otras instituciones públicas, de otros ámbitos decisorios y aun de otras empresas humanas basadas en la autoridad. Una vez que comprendemos, valgan la repetición y el énfasis, que diferenciación no es demarcación y que la diferenciación del derecho es uno de los hechos que debe explicar una teoría satisfactoria de su naturaleza, el rol de la coerción en la explicación, cuando menos parcial, de esa diferenciación del derecho, vuelve a entrar en escena, y es sobre esa posibilidad sobre la que ahora volvemos.

11.2. EL ASALTANTE ARMADO, OTRA VEZ

Con el ánimo de establecer el marco para su ataque a una teoría de la naturaleza del derecho centrada en la coerción, H.L.A. Hart invocó de forma memorable la imagen de un asaltante armado que “ordena a su víctima entregarle el bolso y le amenaza con disparar si no lo hace”⁴⁹⁶. Luego, buscando explicar las deficiencias del énfasis de Austin y otros en la fuerza y del descuido de la capacidad interna y dadora de razones del derecho, Hart sostuvo que éste no puede ser sensatamente entendido como “la situación del asaltante en escala mayor”⁴⁹⁷. Por cierto, tan obvio le parecía este punto a Hart que antes lo había enfatizado usando dos veces (y en la misma oración) la palabra “indudable”, lo que es un signo común de cuando alguien cree, por la razón que sea, que no es necesario ningún argumento o prueba concreta: “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”⁴⁹⁸.

¿Pero por qué no? Concedámosle a Hart, como debiéramos, la importancia que tiene el énfasis en el carácter sistémico del derecho. Añadamos entonces una dimensión sistémica a la situación del asaltante. Al hacerlo ya no estamos en el campo de los ejemplos imaginarios e hipotéticos sino en el mundo real. Considérese, por ejemplo, el pago a cambio de protección [*protection racket*]. En una versión estándar, un empleado (tiende a llamárselos “secuaces” en las películas y las novelas policiales, pero básicamente son empleados pagos) en una operación propia del crimen organizado acude al propietario de un pequeño negocio y le dice que debe pagar cierta suma de dinero por semana para ser protegido contra

⁴⁹⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, & Leslie Green, eds., (Oxford: Clarendon Press, 2012), 6.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, 7, 82.

⁴⁹⁸ H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71 (1958), 593-629, en 603.

accidentes de cierto tipo. Los accidentes, como bien se comprende, son de los que la organización que solicita el pago tiene la capacidad de producir. Incendios, por ejemplo. O robos. O asaltos a los clientes y empleados. La idea básica es que el pago al jefe de la organización criminal protege al comerciante, especialmente del propio jefe. En otras variantes, quizás más adecuadas para nuestros presentes propósitos, se le exige al comerciante que le compre sus suministros al jefe de la organización criminal, o a quienes éste designe, de nuevo bajo la amenaza de consecuencias desagradables para el negocio del comerciante, su integridad física o su familia, en caso de desobediencia.

Un rasgo interesante del pago a cambio de protección, y aun más de la variante “cómprame a mí o a mis proveedores afiliados o si no...”, es su carácter sistémico. Ya no estamos hablando de un asaltante solo, saltando desde detrás de unos arbustos y exigiendo dinero, sino que en su lugar tenemos ahora un líder promulgando un conjunto de reglas generales, exigiendo que alguien más las acate y amenazando a los putativos seguidores con un “mal”, por usar el término de Austin, para el caso de incumplimiento. Asimismo, sus empleados —los secuaces— reciben la instrucción de obedecer las órdenes, algunas de las cuales son muy probablemente generales y no particulares, del jefe criminal y de nadie más. Así, la comprensión de que hay que tomarse las órdenes generales del jefe y de nadie más como autoritativas, que rige en la mayoría de los emprendimientos criminales, funciona de manera muy parecida a una regla de reconocimiento, o tal vez simplemente *es* una en el sentido relevante.

De modo que si convertimos al asaltante individual en una organización de este tipo y que opera de esta forma, ¿sigue siendo una “distorsión”, por usar la palabra de Hart⁴⁹⁹, decir que eso es derecho? Quizás el pago por protección o la “familia” del crimen

⁴⁹⁹ Ibid., 6.

organizado no son derecho, ¿pero por qué no? La respuesta rápida es que este sistema de reglas y autoridad no existe dentro de un Estado-Nación y que el derecho es, por definición, una criatura del Estado-Nación. Ciertamente, esto era asumido por Austin, así como por otros, cuando conectaba su concepción del derecho con el hecho y la idea de la soberanía. Una vez más podemos ver que el simple relato que hace Austin de un hecho obvio, tal como sucede con la conexión que establece entre derecho y coerción, puede haber contenido más que un germen de verdad. En muchos aspectos, después de todo, el derecho de la Mafia, como se ha sugerido recién, y como sucede con las reglas de la Liga Nacional de Fútbol Americano [*NFL*], las reglas del Club de Cricket Marylebone⁵⁰⁰ y las reglas de la Organización Mundial del Comercio, contiene reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento, e internalización de éstas por parte de miembros y funcionarios por igual. De este modo, lo único que hace que el uso de la palabra *derecho* en estos contextos sea metafórico y no literal es precisamente la conexión con el Estado político⁵⁰¹. Hay una diferencia entre el Estado y una organización intraestatal como la Asociación (Británica) de Fútbol, una organización transestatal como la OMC o una organización contraria al derecho estatal como la Mafia, pero una vez que

⁵⁰⁰ Véase Leslie GREEN, “The Morality in Law”, Oxford Legal Studies Research Paper 12/2013, disponible en <https://paper.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id+2223760>.

⁵⁰¹ Por cierto, podemos decir fundamentalmente lo mismo acerca de las organizaciones que estos días se cataloga como “terroristas”. Aun si permanecemos bien alejados de las controversias sobre qué organizaciones se merecen esta obviamente peyorativa etiqueta y cuáles no, es claro que muchas organizaciones terroristas están complejamente estructuradas y son altamente racionales y sofisticadas en cuanto a sus procesos de toma de decisiones. Véase Jessica STERN, *Terror in the Name of God: Why Religious Militants Kill* (New York: Harper—Collins, 2003). Por ello no debiera sorprendernos el descubrimiento de que muchas organizaciones terroristas tienen reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento y la internalización de una regla de reconocimiento última por parte tanto de sus líderes como de otros seguidores.

hemos notado la diferencia, puede que haya poco más que decir. Por cierto, si decimos mucho más, podemos terminar siendo más desorientadores que útiles, porque de maneras importantes lo que ahora es llamado derecho no estatal tal vez sea mejor comprendido como derecho a secas⁵⁰². Pero quizás las cosas estén un poco más matizadas que esto y por ello puede ser útil encarar el cada vez más visible asunto del derecho no estatal.

11.3. EL DERECHO NO ESTATAL

¿Qué quiere decir entonces que hay derecho “no estatal”? En gran parte, quiere decir que todos los rasgos que de ordinario o incluso universalmente vemos en los sistemas jurídicos de los Estados-Nación modernos están representados en gran número de asociaciones, organizaciones e instituciones cuyos límites físicos no son los del Estado-Nación y que pueden, en ocasiones, pero no necesariamente, pretender jurisdicción sobre sólo un limitado número de actividades. Como recién se ha observado, a veces se trata de asociaciones privadas. En ocasiones son organizaciones religiosas, especialmente las jerárquicas como la Iglesia Católica.

⁵⁰² El uso lingüístico es curioso aquí. Nos referimos al “derecho de la OMC”, al “derecho de la Unión Europea”, “derecho canónico” y “derecho tribal”, pero sólo a las “reglas” que gobiernan al Club de Cricket Marylebone y a los empleados de la General Motors. ¿Es ello porque en el uso ordinario se reserva a la palabra “derecho” para reglas que no sólo tienen formulaciones escritas canónicas sino que también existen dentro de organizaciones que se proponen ejercer una jurisdicción muy amplia y no limitada? El Club de Cricket Marylebone no reclama el poder de regular todos los aspectos de las vidas de sus miembros, pero la Nación Seneca de Indios, que habita por completo dentro de los límites de Estados Unidos, sí lo hace, y lo mismo sucede con la Iglesia Católica. Pero la OMC no tiene ninguna pretensión de este tipo, y por ello nos quedamos con el acertijo de qué clase de pretensiones y qué tipo de conexiones con el Estado-Nación son necesarias para que la gente asocie la palabra “derecho” con algunas pero no todas las organizaciones que tienen reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento y el tipo de internalización de una regla de reconocimiento última que era para Hart el determinante más importante de la existencia de derecho.

En ocasiones son corporaciones, las que, después de todo, también tienen reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento y funcionarios con un punto de vista interno respecto de esas reglas. A veces son organizaciones transfronterizas *de* Estados-Nación, como la OMC, Naciones Unidas y la Unión Europea. En otras son grupos que solían ser Estados-Nación o querrían serlo, pero que ahora existen fronteras adentro y bajo el control de Estados-Nación, como sucede con las tribus indígenas nativas en Estados Unidos y Canadá. Y en otras ocasiones son organizaciones, como la Mafia y Al-Qaeda, cuyo derecho propio es contrario al derecho de los Estados-Nación dentro de los que existen físicamente.

Observar que las organizaciones como estas a las que recién se pasó lista parecen tener sistemas jurídicos no supone negar la importancia de la idea misma de Estado-Nación. Lichtenstein es más pequeño y menos poderoso desde casi todo punto de vista que la General Motors y que el Banco Mundial, y aun que el Comité Olímpico Internacional, pero la condición de Estado que tiene Lichtenstein y la medida en que el mundo acepta su jurisdicción sobre una parte en particular del planeta, son de innegable importancia. Además, es amplia y apropiadamente aceptado que los Estados-Nación tienen sistemas jurídicos y que los límites de los Estados-Nación son coextensivos con los límites de los sistemas jurídicos particulares⁵⁰³. Sea lo que el derecho de Lichtenstein sea, no es el derecho de Uruguay y todos los ciudadanos y funcionarios tanto de Lichtenstein como de Uruguay reconocen este ahora obvio hecho acerca de cómo está dividido el mundo.

Y sin embargo, aunque todos los Estados-Nación tienen sus propios sistemas jurídicos y a pesar de que alguna gente podría creer

⁵⁰³ Dejo de lado los ocasionalmente importantes problemas de jurisdicción extraterritorial, problemas que pueden presentarse cuando un Estado-Nación busca regular las actividades de sus ciudadanos en el extranjero, o busca regular actividades de sus propios ciudadanos (o de sus propias corporaciones y asociaciones) de maneras que implican a, y posiblemente chocan con, las leyes de otros Estados-Nación.

que es parte de la propia definición de Estado-Nación el que éste tenga su propio sistema jurídico, parece un error querer concluir demasiado a partir de las conexiones entre sistemas jurídicos y Estados-Nación. Todos los Estados-Nación sobre los que tenemos conocimiento tienen sistemas jurídicos de un tipo u otro, pero de este hecho decididamente no es un corolario lógico el que sólo los Estados-Nación tengan sistemas jurídicos. El derecho no estatal no es como el ajedrez sin la reina, el fútbol de nueve jugadores por equipo o una cena sin postre, todas variantes bastardas de un caso central aceptado. O si lo es, necesitamos una explicación de por qué y no simplemente el *ipse dixit* de que ser parte del gobierno y de la conducción de un Estado-Nación es parte de la definición de derecho. Y por ello tal vez es mejor decir que hay casos centrales y marginales de Estados-Nación y casos centrales y marginales de sistemas jurídicos, pero que no es necesariamente verdadero que lo que sea el caso central de los primeros deba ser definido en términos del caso central de los segundos.

Lo mismo podría ser dicho acerca de las pretensiones de jurisdicción muy abarcadora. Normalmente los sistemas jurídicos de los Estados-Nación pretenden regular todas las actividades de sus ciudadanos. Y los sistemas de reglas de las organizaciones no estatales normalmente no. Pero las pretensiones jurisdiccionales de la OMC, las Naciones Unidas y hasta la Unión Europea no son universales. Por cierto, tampoco lo son las pretensiones jurisdiccionales de los gobiernos nacionales de sistemas federales fuertes como el de Estados Unidos. A la inversa, los sistemas de reglas de la mayoría de las organizaciones religiosas, tribus indígenas y muchas organizaciones ilegales estrechamente conformadas, como la Mafia, pretenden un amplio grado de control sobre las vidas de sus miembros. Los miembros del Club de Cricket Marylebone pueden ser capaces de decir que sus vidas privadas y profesionales no le conciernen al club, pero sospechamos que las cosas son distintas respecto de la Mafia y sus miembros. Y así, aunque puede

ser cierto que la mayoría de los sistemas gubernamentales o cuasi-gubernamentales que comúnmente llamamos “derecho” tienen una pretensión jurisdiccional muy abarcadora y la mayoría de las organizaciones complejas basadas en reglas de las que apartamos la etiqueta “derecho” no, es un error presuponer que la juridicidad y lo muy abarcador son congruentes. En consonancia con ello, podemos aprender más observando cuánto las organizaciones no estatales se acercan a ser derecho, o simplemente *son* derecho, que asumiendo demasiado rápidamente que no lo son.

11.4. Y ASÍ, LA COERCIÓN

Una característica obvia de todas las organizaciones no estatales mencionadas, recordando nuevamente una de las lecciones de Austin, es que su existencia requiere la aquiescencia de uno o más Estados-Nación. Y dado que Austin habló de un soberano a cuyos mandatos se les debe obediencia habitual pero que no le debía obediencia a nadie⁵⁰⁴, ninguna de esas organizaciones o sistemas habría contado para él como derecho. Además, con la excepción de Naciones Unidas, ninguna de estas organizaciones, al menos las no ilegales, tiene un ejército o fuerzas policiales. Un jugador de hockey que se rehúsa a ir al banco de castigos luego de haber sido enviado allí por una infracción puede ser expulsado del juego, de su equipo y hasta de la liga, pero si los árbitros tratan de usar la fuerza física para sentarlo en el banco de castigos, serán ellos quienes resultarán culpables de agresión y tal vez de privación ilegítima de la libertad según el derecho estatal, un derecho que se cierne por encima del derecho de la Liga Nacional de Hockey.

El hecho de que el derecho de la Liga Nacional de Hockey esté sujeto a las leyes de Ontario y Canadá, entre otros, pero que las leyes de Ontario y Canadá no estén sujetas a las reglas de la

⁵⁰⁴ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Wilfrid E. Rumble, ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995) (1832), 164-293.

Liga Nacional de Hockey, es importante en el sentido de Austin. Pero puede que no sea tan importante de algún otro modo. La provincia de Ontario, después de todo, tiene también una fuerza policial por gracia de Canadá, justo como la ciudad de Toronto tiene una fuerza policial por gracia de la provincia de Ontario. Y varias organizaciones privadas tienen servicios de seguridad o incluso departamentos de policía autorizados por el Estado para usar la fuerza, como sucede con las fuerzas dentro de los campus de muchas universidades estadounidenses y como los altamente facultados servicios privados de seguridad de países como Sudáfrica, entre otros. En teoría, por consiguiente, o al menos en teoría *jurídica*, no hay nada que impida a Canadá que permita a los árbitros de la Liga Nacional de Hockey portar armas y hacer uso de la compulsión física para forzar a los jugadores recalcitrantes a que vayan al banco de castigos, y de restricciones físicas para que se queden allí⁵⁰⁵.

Una vez que admitimos la posibilidad de que haya fuerza coercitiva legítima fuera del Estado-Nación, y ahora que hemos ya admitido que instituciones distintas de los Estados-Nación o sus subdivisiones pueden ser organizadas con reglas primarias y secundarias y la internalización de una regla de reconocimiento última, la búsqueda de las características diferenciadoras del derecho se vuelve más elusiva. Podríamos decir —con Austin y, por cierto, con nuestro amigo el buen padre de familia— que el derecho es, por definición, una criatura del Estado-Nación y que

⁵⁰⁵ La frecuente violencia física del hockey y la tolerada presencia de peleas en la NFL (la liga profesional norteamericana), genera cuestiones iusteóricas interesantes e interrelacionadas. El jugador de hockey que da un puñetazo a otro jugador puede ser penalizado con un período en el banco de castigos, pero el jugador que golpea a otro cinco veces y luego lo patea en el suelo puede ser penalizado con un período en la cárcel de Kingston. En este sentido el sistema jurídico del hockey no es enteramente autónomo [*self-contained*] y la intersección entre las leyes del hockey y las de la provincia de Ontario presenta una cuestión compleja que va al corazón de muchas otras cuestiones importantes para la teoría del derecho.

considerar a los sistemas de reglas de la Mafia y de la Liga Nacional de Hockey como derecho supone hablar de forma metafórica y no literal. Pero si hacemos esto, nos encontramos de vuelta con uno de los conceptos de derecho tradicionalmente diferenciadores: la institución que organiza lo que parece el hecho duro del monopolio del Estado-Nación sobre el legítimo uso de la fuerza. Que fuera Max Weber quien entendió el derecho en tales términos es destacable porque Weber era, después de todo, un sociólogo⁵⁰⁶. Si le atribuimos entonces una dimensión sociológica a la comprensión weberiana del derecho, nos encontramos con una diferenciación entre el derecho y otras instituciones normativas que captura una realidad contingente y una comprensión popular, generalizada, incluso si no se trata de una que diferencie al derecho en términos de condiciones necesarias y suficientes o siquiera que provea una demarcación tajante entre el derecho y otras instituciones.

Poco debiera preocuparnos que la comprensión weberiana no consiga demarcar el derecho en el sentido de trazar un límite preciso entre lo que es y lo que no es derecho. Nuevamente: diferenciación no es demarcación⁵⁰⁷, como nos recordaba Edmund Burke al observar que “aunque ningún hombre puede trazar la línea de los confines del día y la noche, la luz y la oscuridad siguen siendo, con todo, lo suficientemente distinguibles”. Los filósofos conti-

⁵⁰⁶ Max WEBER, “Politics as a Vocation” (1919), en H. H. Gerth & C. Wright Mills, eds., *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1946), 77-128. En el mismo sentido, véase John RAWLS, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993), 136: “El poder político es siempre poder coercitivo respaldado por el uso de sanciones por el gobierno, ya que el sólo el gobierno tiene la autoridad para usar la fuerza para mantener sus leyes”.

⁵⁰⁷ Compárese con Brian LEITER, “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (2011), 1-15. Estoy de acuerdo con Leiter acerca de la imposibilidad de demarcar el campo del derecho, pero creo sin embargo que él va demasiado rápido desde la premisa de la imposibilidad de la demarcación a lo que me parece la escéptica conclusión respecto de la posibilidad de una diferenciación no demarcadora.

núan batallando contra la paradoja de Sorites y buscan explicar la vaguedad del tipo Sorites (que no es la única forma de vaguedad) y fenómenos relacionados con ésta, pero aceptan universalmente que la incapacidad de trazar una línea precisa no es fatal para la existencia de distinciones aprovechables más allá de los límites. Hay una diferencia entre un grano y un montón de grano, tal como hay una diferencia entre el calvo y el melencudo⁵⁰⁸, el bajo y el alto, el gordo y el flaco y entre los renacuajos y las ranas, aun si no podemos identificar el punto preciso de demarcación entre los miembros de ningunos de estos pares. Que los límites sean ineluctablemente borrosos no hace, como señalaba Burke, que una distinción carezca de valor.

Así sucede con la diferencia entre lo que es derecho y lo que no. Que bien pueda no haber demarcación entre lo que es y no es derecho, no significa que no haya diferenciación. Pero esa diferenciación no necesita estar referida a una única dimensión. Como se apuntó más arriba, el derecho puede diferenciarse en términos de sus métodos, sus procedimientos, sus fuentes, y su maquillaje social. Pero puede también diferenciarse por su apoyo en la nuda fuerza y porque, para muchas personas, estar sujetas a la nuda fuerza puede ser algo no optativo de maneras importantes. Uno puede evitar las dimensiones coercitivas de la Liga Estadounidense de Bridge y de la Iglesia Católica con simplemente (o, en este último caso, quizás no tan simplemente) apartarse de sus jurisdicciones. Pero no puedo tan sencillamente apartarme de las dimensiones coercitivas de las leyes del *Commonwealth* de Virginia o de las de Estados Unidos, y aun si pudiera, terminaría igualmente dentro del alcance coercitivo de otro sistema jurídico. Ya no hay ninguna *terra nullis*, o al menos *terra nullis* habitable. No hay sitio del mundo en el que uno pueda escapar del derecho, aunque su presencia se siente más en algunos lugares que en otros. Y dada esa imposibi-

⁵⁰⁸ Bertrand RUSSELL, "Vagueness", *Australasian Journal of Philosophy*, 1 (1923), 84-92.

lidad de escapar del derecho, la capacidad coercitiva de éste es en gran medida imperativa⁵⁰⁹.

La presencia de un poder coercitivo que no puede evitarse es lo que típicamente yace detrás de la expresión “fuerza de ley” y de la creencia ordinaria del ciudadano de que la coerción es central para la idea misma de derecho. Como muchos otros aspectos del derecho tal como lo experimentamos, la coerción no es ni necesaria ni suficiente para que lo haya. Pero la ubicuidad contingente de la coerción jurídica da muestra del hecho de que en muchos ámbitos hay metas valiosas que no pueden ser logradas sólo mediante la cooperación, incluso el tipo de cooperación en la que la gente internaliza razones de segundo orden para suprimir sus propios

⁵⁰⁹ Arthur Ripstein lucha contra el mismo problema de la diferenciación entre el derecho y varias otras instituciones —la Federación Canadiense de Ajedrez es uno de sus ejemplos— que parecen tener reglas primarias y secundarias, pretensión de autoridad sobre sus miembros y el poder de aplicar coactivamente sus reglas de una u otra forma. Para Ripstein, la clave para la diferenciación del derecho está en la naturaleza auto-garantizadora [*self-certifying*] del derecho y en el hecho de que éste puede hacer uso de la fuerza para respaldar sus edictos sin procurarse el permiso de ningún otro cuerpo. Arthur RIPSTEIN, “Self-Certification and the Moral Aims of the Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 25 (2012), 201-217. El análisis de Ripstein es perspicaz, pero puede que sea más austineano que lo que está dispuesto a admitir, en la medida en que la línea entre el poder de auto-garantía y lo que Austin llama “soberanía” es elusiva. Más aun, los esfuerzos de Ripstein por distinguir en términos de presunción de la autoridad entre el poder de hacer uso de la fuerza que tiene la junta directiva de un condominio para respaldar su autoridad y el poder de uno de los Estados de los Estados Unidos para hacer eso mismo, parece dislocado, dado que ambos están subordinados a la autoridad nacional. Aunque puede presumirse que los Estados que conforman los Estados Unidos tienen el poder físico de aplicar coactivamente sus reglas en ausencia de un acto afirmativo de quita de esos poderes por parte del gobierno federal, las presunciones serán diferentes respecto de sistemas menos federalizados constitucionalmente que los Estados Unidos. Más en particular, puede ser que algunas instituciones subordinadas tengan pretensiones de una muy amplia autoridad jurídica —los departamentos de Francia, por ejemplo— aun cuando su relación con la autoridad nacional sea tal que haya muchos menos motivos para presumir que tengan la autoridad para la aplicación coactiva.

deseos y decisiones de primer orden. Si ignoramos este hecho, habremos ignorado algo muy importante acerca de por qué existe el derecho y qué función cumple. Y si pensamos que las dimensiones sociológicas, psicológicas, económicas y políticas de este hecho son razones para desatender la relevancia del análisis filosófico de las dimensiones coercitivas del derecho, habremos renunciado a un valioso recurso para una mejor comprensión. Las dimensiones coercitivas del derecho no son todo lo que lo compone, pero si la tarea de comprender un fenómeno comienza con ciertos rasgos de éste de cuya presencia debe dar cuenta cualquier explicación satisfactoria de ese fenómeno, entonces la coerción debe estar incluida entre esos rasgos. Si una explicación satisfactoria del derecho debe, como nos recordó Hart, “encajar con los hechos”, la capacidad coercitiva del derecho es uno de los hechos con los que semejante explicación debe encajar.

Por cierto, uno de los hechos con los que una explicación del derecho debe encajar es el de la falibilidad humana. Es verdad que las estructuras jurídicas que nos permiten celebrar contratos, redactar testamentos, crear corporaciones, preservar la propiedad y mucho más, despliegan el derecho en su faceta de conferir poderes, una faceta cuya conexión con el progreso y florecimiento humano es difícil de negar. Y es verdad que incluso una comunidad de ángeles necesitaría del derecho para que cumpla importantes funciones de organización, planeamiento y coordinación⁵¹⁰. Pero también es cierto que el derecho juega un importante, y quizás excepcionalmente importante, papel de constreñimiento. Este papel, sin embargo, no se limita a su rol de evitar que la gente mala haga cosas malas, por más importante que tal aspecto del derecho pueda ser. Tal vez de manera más relevante, el derecho previene que las buenas personas hagan lo que *creen* que son buenas

⁵¹⁰ Scott J. SHAPIRO, *Legality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), 169-175.

cosas, por buenos motivos. El derecho hace esto en parte porque vivimos en un mundo complejo en el que el bien colectivo a menudo se ve perjudicado por individuos en procura de sus propios intereses. Pero, todavía más, vivimos en un mundo en el que las buenas cosas, que las buenas personas con buenos motivos creen que están haciendo, a menudo no son tan buenas como ellas creen que son. Que el 80% de los conductores crea que conduce con una habilidad superior a la media no habla sólo de la conducción sino también de la bien documentada tendencia de la gente a tener gran confianza en sus propias habilidades y en su propio juicio, una confianza que a menudo es injustificada⁵¹¹. Una importante función del derecho, por consiguiente, es la de refrenar incluso los bienintencionados juicios de personas bienintencionadas. Y es en esta función donde más necesario puede resultarle al derecho contar con su poder coercitivo, porque la gente que sobreestima la plausibilidad de sus propios juicios puede resultar en especial la que menos probablemente vaya a sujetar esos juicios a los dictados del derecho que no estén respaldados por la fuerza. Como podría haber dicho Bentham, las motivaciones de las personas deben ser ajustadas para tener en cuenta y compensar el injustificado optimismo que con frecuencia tienen en la plausibilidad de sus propios juicios.

Y así terminamos donde comenzamos. El derecho hace que las personas hagan cosas que no quieren hacer. Un Estado o una

⁵¹¹ Véase, como parte de una extensa literatura, Nigel HARVEY, “Confidence in Judgment”, *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 1 (1997), 78-82; Pascal Mamassian, “Overconfidence in an Objective Anticipatory Motor Task”, *Psychological Science*, 19 (2008), 601-606; Albert E. MANNES & Don A. MOORE, “A Behavioral Demonstration of Overconfidence in Judgment”, *Psychological Science*, 20 (2013), 1-8; Don A. MOORE & Paul J. HEALY, “The Trouble with Overconfidence”, *Psychological Review*, 115 (2008), 502-517. Y para una aplicación importante de esta idea básica a muchos generalizados aspectos de la vida y la política modernas, véase Sarah Conly, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012).

comunidad que se vea a sí mismo, o aun a todas sus instituciones de gobierno, solamente en este rol de constreñimiento, sin duda sería un lugar deprimente y desagradable en el que vivir. Los Estados y las comunidades tienen tanto roles positivos y de otorgamiento de potestades como de constreñimiento. Pero aunque el Estado tiene entonces tanto roles positivos, como negativos que cumplir, es un error asumir que los objetivos del derecho son o debieran ser coincidentes con los del Estado, o con los de una comunidad o los de cualquier otra unidad de gobierno o colectividad dentro de la cual exista derecho. Así como hay diferentes herramientas para diferentes funciones —es posible pero no se recomienda clavar una aguja con un destornillador o clavar un tornillo con un martillo— hay también diferentes formas de gobierno y diferentes formas de organización social, no todas las cuales son igualmente buenas en la realización de todas las tareas que una comunidad necesita que sean hechas⁵¹². El derecho puede ser mejor para algunas cosas que para otras y otras instituciones pueden ser mejores para ciertas cosas que el derecho. Si una de las funciones que el derecho puede realizar mejor que otras instituciones es la del constreñimiento del comportamiento, podemos entonces comprender por qué el buen padre de familia no da tan lejos del blanco al ver a la dimensión coercitiva del derecho como especialmente destacada.

Al equiparar al derecho con la coerción —la amenaza de castigo o algún otro “mal”— Austin estaba simplemente equivocado. El derecho hace mucho más que sólo 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

⁵¹² Por cierto, a pesar de sus ideas incesantemente favorables al derecho, Lon Fuller sigue siendo uno de los más importantes teóricos de la idea de que la naturaleza de la toma de decisiones jurídicas es apropiada para algunas tareas sociales pero no para otras. Lon L. FULLER & Kenneth I. WINSTON, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, 92 (1978), 353-409.

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.

11.5. EL PUNTO DE TODO ESTO

La comprensión es valiosa en sí misma. Buena parte de la empresa de la teoría del derecho busca simplemente enriquecer nuestra comprensión del fenómeno jurídico, sin la pretensión de prescribir nada a quienes crean, acatan o aplican el derecho. Así es como debería ser, al menos en la medida en que la empresa académica en sí misma, de la cual la teoría del derecho es una parte, sea un esfuerzo que valga la pena.

Dicho esto, sin embargo, un potencial pero a menudo descuidado efecto práctico de la investigación iusteórica está en el nivel del diseño institucional. El derecho no es el total de la organización política o social. Hace algunas cosas y le deja otras a otros. El derecho es bueno en ciertas tareas y deficiente en otras. Y así una labor importante para el diseño institucional tocante al derecho está en determinar qué roles sociales debieran ser ocupados por instituciones jurídicas y qué otros no.

Captar la realidad de la diferenciación del derecho nos ayuda a encarar esta tarea de diseño institucional. Más específicamente, al menos en el contexto de este libro, el examen de la cercana relación entre el derecho y la coerción nos ayuda a comprender en qué cosas resulta útil el derecho y dónde es intrínsecamente deficiente. Claro que es teóricamente posible que el derecho cumpla un rol (público) persuasivo, por ejemplo, pero el de la persuasión es un rol que puede ser llevado a cabo de manera más realista, deseable y efectiva, por otros. En forma similar, hay espacio para instituciones diseñadas alrededor de las realidades de la cooperación, la coordinación y la persecución con buena fe de metas compartidas, pero cuando ello es implausible, la capacidad

coercitiva del derecho puede volverse especialmente importante. Por cierto, si una sociedad asume demasiado rápido que la gente y los funcionarios acatarán el derecho sencillamente porque es el derecho, puede que termine descubriendo que confiar demasiado en un empíricamente injustificado presupuesto de internalización del derecho, y apoyarse demasiado poco en la dimensión coercitiva del derecho, producirá instituciones fallidas poco aptas para los objetivos a los que se supone que deben servir.

Y así, enfocarnos sobre el lado coercitivo del derecho nos ayuda a comprender por qué y cuándo podríamos necesitarlo, y por qué y cuándo puede éste hacer cosas que otras instituciones políticas y otras formas de organización social no pueden. El presente no es un libro sobre diseño institucional, de manera que ponernos a explorar qué funciones son mejor cumplidas por el derecho en su capacidad coercitiva sería alejarse demasiado de nuestros propósitos actuales. Pero si ignoramos o despreciamos esa capacidad, incluso si pensamos que examinarla no es parte de una empresa teórica o filosófica, podemos perder algo de la comprensión del derecho que nos ayuda a ver cuándo el uso de éste es sensato, y cuándo no.

ÍNDICE DE AUTORES

- ACKERMAN, Bruce, 225
ALEXANDER, Larry, 262,
ALLEN, Carleton Kemp, 108
ALLEN, Reginald E., 65
ALM, James, 192
ANDREONI, James, 179, 191, 273,
276, 281
ANSCOMBE, G. E. M., 61, 72
ANSEL, Abram, 276
AQUINO, Karl, 180, 249
ARGYLE, Michael, 157, 200
ARISTÓTELES, 75, 183
ARMSTRONG, David, 36
ASMIS, Elizabeth, 76
ATIYAH, P. S., 238
AUSTIN, John, 87, 273, 279, 291
AXELROD, Robert, 179, 220, 333

BABCOCK, Linda, 185, 186
BAIER, Kurt, 125
BAIER, Matthias, 158
BAKER, G. P., 212
BAKER, Lynn A., 284
BANAKAR, Reza, 158
BARBER, N. W., 198

BARTELS, Daniel M., 249
BATSON, C. Daniel, 172
BAUMEISTER, Roy F., 173, 288
BAXTER, Hugh, 296
BECKER, Gary, 300
BEDERMAN, David J., 335, 336
BENTHAM, Jeremy, 77, 78, 82, 83,
91, 103, 274
BERKOWITZ, Leonard, 201
BERMAN, Mitchell, 284, 304
BERNAL, Carlos, 67
BERNSTEIN, Lisa, 331
BICCHIERI, Cristina, 333
BICKENBACH, Jerome, 358
BILGER, Burkhard, 289
BILZ, Kenworthy, 156, 200
BINMORE, Ken, 263
BIRKSYTE, Liucija, 192
BIX, Brian, 67, 81, 91, 128, 131,
150
BLACK, Max, 61, 134
BLACKSTONE, William, 77, 92, 358
BLANK, Joshua D., 69, 349
BLASI, Augusto, 172
BLASS, Thomas, 194

- BORCHARD, Edwin M., 108
 BRADFORD, Ben, 174
 BRAMAN, Eileen, 186
 BRICKHOUSE, Thomas C., 65, 165
 BRIGGEMAN, Jason, 227
 BROOKS, Richard O., 75
 BROWN, W. Jethro, 97
 BUCKLAND, W., 97
 BURGER, Jerry, 194
 BURNS, J. H., 77, 83
 BURTON, Robert, 265
- CAMPBELL, Ernest Q., 178, 250
 CAMPBELL, Tom, 80
 CARLSMITH, James M., 342
 CASS, Ronald A., 232
 CHAPMAN, John W., 305
 CHARNG, Hong—Wen, 172
 CHRISTIANO, Thomas, 166
 CHRISTOPHERSON, Edward R., 276
 CHUGH, Dolly, 267
 CIALDINI, Robert B., 196
 CICERÓN, Marco Tulio, 76, 92
 CLARK, E. C., 97
 CLARKE, Marcus, 319
 CLARKE, Ronald, 189
 COKE, Sir Edward, 77, 358
 COLEMAN, Jules, 80, 103, 124, 340,
 344, 354
 CONLY, Sarah, 287, 376
 CONTRE, Stephane, 189
 CORNELISSEN, Gert, 157
 COTTERRELL, Roger, 321
 COVER, Robert M., 72
 COYLE, Sean, 96, 139
 CULHANE, Scott E., 188
- D'ALMEIDA, Luis Duarte, 137, 243
 DARI-MATTIACCI, Giuseppe, 282
 DARLEY, John M., 287, 300
 DAVIES, Stephen, 355
 DAWKINS, Richard, 273
 DE AQUINO, Tomás, 76
 DE GEEST, Gerrit, 282
 DEPAUL, Michael, 63, 185
 DEJOY, David M., 265
 DEMPSEY, Michelle Madden, 79
 DERRIDA, Jacques, 71
 DIANNE, M. Tice, 173
 DICKIE, George, 294, 355
 DICKSON, Julie, 80, 81, 129
 DIGGS, B. J., 112
 DITTO, Peter H., 186
 DOLCETTI, Andrea, 59, 137, 243
 DOWNS, George W., 181
 DUXBURY, Neil, 97, 108
 DWORKIN, Ronald, 71, 73, 197,
 221, 222, 294, 355, 362
 DYZENHAUS, David, 76, 94
- EAGLETON, Thomas F., 234
 EASTWOOD, R. A., 97
 EDMUNDSON, William A., 61, 128, 304
 EDWARDS, James, 59, 116, 243
 EEKELAAR, J. M., 217
 EHRENBURG, Kenneth, 129
 ELLICKSON, Robert, 220, 331
 ELSTER, Jon, 237, 327
 ENOCH, David, 339
 ESSERT Christopher, 124, 150
- FAGAN, Jeffrey, 332
 FALK, Patricia J., 305

ÍNDICE DE AUTORES

- FALLON JR., Richard H., 232
 FARNSWORTH, E. Allan, 305
 FEHR, Ernst, 157, 327, 334
 FESTINGER, Leon, 342
 FINNIS, John, 76, 80, 217
 FISCHBACHER, Urs, 250, 327
 FISCHEL, William A., 275
 FISKE, Alan Page, 180
 FLATT, Victor, 202
 FRANK, Jerome, 98, 187
 FREEMAN, Michael, 79, 90, 140
 FRIED, Charles, 77, 114, 358
 FULLER, Lon L., 92, 377
 FURGESON, Joshua R., 185, 186
- GARDNER, John, 57, 80, 124, 360
 GARDNER, Roy, 334
 GARFIELD, James A., 101
 GARVEY, Stephen P., 315
 GAVISON, Ruth, 198
 GEORGE, Robert P., 80, 82
 GERRY, Kurt, 74
 GEWIRTH, Alan, 161
 GILBERT, Steven J., 195
 GILMORE, Grant, 77
 GOLDHAGEN, Daniel Jonah, 222
 GOLDING, Martin P., 61, 128
 GOLDSTEIN, Noah J., 196
 GOODHART, A. L., 119, 120
 GRAY, John C., 108
 GREEN, Leslie, 115
 GREY, Thomas C., 98
 GRICE, H. P., 255
 GROSE, Jonathan, 342
- HACKER, P. M. S., 57, 61, 132
 HADFIELD, Gillian K., 221
- HÄGERSTRÖM, Axel, 156
 HALL, Jerome, 75
 HALPIN, Andrew, 94
 HAMBURGER, Max, 75
 HAMILTON, V. Lee, 194, 204
 HAMILTON, W. D., 180
 HAMPTON, James A., 132
 HARBAUGH, William, 179, 276
 HARMON-JONES, Eddie, 342
 HARRISON, Frederic, 107, 108
 HART, Herbert, 53, 56, 82, 110, 119,
 219, 242
 HARVEY, Nigel, 376
 HATHAWAY, Oona, 320
 HEALY, Paul J., 376
 HEATHERTON, Todd F., 173
 HECHTER, Michael, 327
 HERSHOVITZ, Scott, 361, 362
 HIMMA, Kenneth, 80, 160
 HOBBS, Thomas, 165, 210, 220
 HOEBEL, E. Adamson, 72
 HOGAN, Robert, 172
 HOLLAND, Thomas Erskine, 96
 HOLMES, Oliver Wendell, 98, 140
 HOSCH, Harmon N., 188
 HOUGH, Mike, 174
 HOWARD, Philip K., 268
 HUME, David, 237
 HUNTINGTON, Cairns, 75
- IGLESIAS, Matthew, 338
 INZLICHT, Michael, 342
- JACKSON, Frank, 61, 135,
 JACKSON, Jonathan, 177
 JASANOFF, Sheila, 357

- JEFFRIES JR., John C., 228
 JOHNSTON, Mark, 134
- KAHAN, Dan M., 186, 315
 KAHNEMAN, Daniel, 266, 281
 KALMAN, Laura, 98
 KAN, Ming-yue, 190
 KANT, Immanuel, 73
 KASSIN, Saul M., 187
 KAVKA, Gregory S., 139
 KEETON, G. W., 97
 KELSEN, Hans, 72, 99, 216
 KENNEDY, Duncan, 187
 KERN, Mary C., 267
 KESSLER, Daniel, 300
 KING, John A., 172
 KINZIG, Ann P., 342
 KLARMAN, Michael, 202
 KLAWITTER, Marieka M., 202
 KLEINFELD, Joshua, 74
 KLOSKO, George, 75, 160
 KORNHAUSER, Lewis A., 151, 346
 KRAMER, Matthew, 74, 306
 KRIPKE, Saul A., 61, 212
 KUNDA, Ziva, 186
- LACEY, Nicola, 111
 LADENSON, Robert, 76
 LAGERSPETZ, Eerik, 165
 LAMOND, Grant, 244
 LAU, Maggie, 190
 LEITER, Brian, 63, 98, 103
 LESLIE, Sarah-Jane, 134, 166
 LESSIG, Lawrence, 338
 LEVIN, Daniel Z., 69, 349
 LEVITT, Steven D., 300
- LÉVY-ULLMAN, Henri, 100
 LEWIS, David, 220
 LEWIS, John Underwood, 151
 LISSKA, Anthony J., 76
 LISTOKIN, Yair, 348
 LEWELLYN, Karl N., 98, 106, 187
 LUHMANN, Niklas, 295, 355
 LUNDSTEDT, Anders Vilhelm, 156
 LUTSKY, Neil, 193
 LYONS, David, 77, 274
- MACCORMICK, Neil, 82
 MACHERY, Edouard, 135
 MACMULLEN, Ian, 350
 MAINE, Henry Sumner, 97
 MAMASSIAN, Pascal, 376
 MANDEL, David R., 193
 MANNES, Albert E., 269, 376
 MARGOLIS, Eric, 134
 MARKWICK, P., 160
 MARMOR, Andrei, 76, 115, 128, 166
 MATRAVERS, Derek, 294
 MCADAMS, Richard, 328
 MCGINN, Colin, 61, 133, 212
 MCWETHY, Adam, 188
 MEDINA, Jennifer, 236
 MIKESSELL, John L., 192
 MILGRAM, Stanley, 193, 194
 MILL, John Stuart, 346
 MILLER Jr., Fred D., 75
 MILLER, Arthur G., 194
 MILLS, C. Wright, 72, 372
 MINDUS, Patricia, 79, 90, 140
 MITCHELL, Jason P., 157
 MNOOKIN, Robert H., 151
 MOORE, Don A., 269, 376

ÍNDICE DE AUTORES

- MORISON, W. L., 87
 MORRIS, Christopher W., 130
 MORRISON, Trevor W., 235, 280
 MORTWEET, Susan L., 276
 MUIR Jr., William K., 202
 MULLEN, Elizabeth, 176
 MURPHY, James Bernard, 75
 MURPHY, Liam, 82
 MURPHY, Mark C., 81, 96, 165
- NADLER, Janice, 176, 200, 337
 NANCE, Dale A., 74
 NICHOLS, Shaun, 157
 NOZICK, Robert, 161, 305
- OBERDIEK, Hans, 119, 241, 306
 OLIAR, Dotan, 332
 OSTROM, Elinor, 179, 220, 328, 334
- PARKER, Joel, 225
 PARVINEN, Kalle, 180
 PASCAL, Blaise, 100
 PATERNOTTE, Cédric, 342
 PATTERSON, Dennis, 74, 103
 PAVLAKOS, George, 80, 124
 PENNER, Louis A., 172
 PENNOCK, Roland, 305
 PERZANOWSKI, Aaron K., 332
 PETROSSIAN, Gohar, 189
 PILLAVIN, Jane Allyn, 172
 PIZARRO, David A., 186
 PLATÓN, 65, 75, 165
 PLAXTON, Michael, 149, 152
 PLUGIS, Jeff, 292
 PORCIUNCULA, Marcelo, 67
 POSNER, Eric, 237, 333
- POSNER, Richard A., 139, 230,
 POSTEMA, Gerald J., 76, 86, 91, 108,
 165, 344
 POUND, Roscoe, 100, 105, 106
 PRIEL, Danny, 74, 128, 147
 PROULX, Travis, 342
 PUTNAM, Hilary, 134
- RAMSEY, William, 63, 134,
 RASMUSSEN, Eric B., 211
 RAWLS, John, 112, 372
 RAZ, Joseph, 60, 61, 80, 105, 128, 361
 REGAN Jr., Milton C., 343
 REGAN, Donald H., 148
 RHEINSTEIN, Max, 99
 RIPSTEIN, Arthur, 227, 374
 ROBINSON, Paul H., 287, 300
 RODNEY, Michael, 90
 RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica,
 121, 126
 ROGUIN, Ernest, 100
 ROSCH, Eleanor, 134
 ROSENBERG, Gerald N., 157
 ROSENBLUM, Nancy L., 79
 RUMBLE, Wilfrid E., 87, 108, 210, 243
 RUSSELL, Bertrand, 198, 373
- SACHS, Benjamin, 303
 SAMUELSON, Larry, 263
 SANDERS, Joseph, 204
 SCANLON, T. M., 114, 115
 SCHAUER, Frederick, 59, 74, 79, 82,
 137, 243, 336
 SCHELLING, Thomas, 220, 263
 SCHIZER, David M., 348
 SCHOFIELD, Philip, 82, 103, 152, 274

- SCHWEITZER, N. J., 184, 185
 SEARLE, John, 61, 112, 133, 134, 255,
 SEBOK, Anthony J., 82, 359
 SHAPIRO, Scott J., 59, 124, 128,
 141, 150, 241, 320
 SHAW, Laura L., 172
 SHEINMAN, Hanoch, 216
 SHERWIN, Emily, 262, 360
 SHINER, Larry, 294
 SIMMONS, A. John, 166, 312
 SIMPSON, A. W. B., 57, 94, 217
 SKINNER, B. F., 276
 SKITKA, Linda J., 173, 176
 SMITH, Nicholas D., 65, 165,
 SOBER, Elliot, 249
 SOMMERS, Samuel R., 187
 SOPER, Philip, 81
 SPAAK, Torben, 67, 125, 344
 SPRIGMAN, Christopher, 332
 STAHLLEVITZ, Lior Jacob, 189
 STANOVICH, Keith E., 186
 STAVROPOLOUS, Nicos, 74
 STEBLAY, Nancy, 188
 STEPHEN, James Fitzjames, 73
 STERN, Jessica, 366
 STITH, Richard, 110, 116
 STONE, I. F., 65
 STRAHILEVITZ, Lior Jacob, 338
 SUBER, Peter, 212
 SUITS, Bernard, 61, 133
 SUMMERS, Robert S., 80, 238
 SUNSTEIN, Cass R., 270

 TANNENBAUM, David, 186
 TENNESSEN, Herman, 255
 TETLOCK, Philip E., 180

 TEUBNER, Gunther, 356
 THOREAU, Henry David, 350, 351
 TVERSKY, Amos, 266, 281
 TWINING, William, 98
 TYLER, Tom R., 249, 300

 ULLMAN-MARGALIT, Edna, 220, 333

 VESTERLUND, Lise, 179, 276
 VINX, Lars, 90
 VOLLARD, Ben, 301
 VON IHERING, Rudolph, 73

 WALKER, Geoffrey de Q., 232
 WALKER, James, 334
 WALKER, Nigel, 157, 200
 WALUCHOW, Wil J., 80, 355
 WATERFIELD, Robin, 65
 WEBER, Max, 72, 372
 WEINGAST, Barry R., 221
 WERTHEIMER, Alan, 306
 WEST, Harry G., 289
 WEST, Richard F., 186
 WILSON, David Sloan, 249
 WINSTON, Kenneth I., 377
 WISPÉ, Lauren J., 172
 WITTGENSTEIN, Ludwig, 61, 132, 212
 WODEHOUSE, P. G., 309
 WOOLLEY, A. D., 65
 WRIGHT MILLS, C., 372

 YAMAGISHI, Toshio, 334
 YANKAH, Ekow N., 71
 YOUNG, Liane, 179

 ZAKI, Jamil, 157
 ZETZEL, James E. G., 76

Se terminó de imprimir en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C.
en octubre de 2015,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658

