

## LA FUERZA DEL DERECHO

A propósito de The force of Law

ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

Universidad de Buenos Aires

1

Frederick Schauer es una de las personalidades más atractivas e interesantes dentro del panorama actual del pensamiento jurídico y social. Una personalidad científica muy singular, que ocupa desde hace tiempo con gran solvencia casi todos los campos del debate contemporáneo. No conozco otra figura que abarque un espectro más amplio de temas y problemas y que presente tantas facetas de interés para quien quiera saber hacia dónde marcha hoy la teoría jurídica.

Si hubiera que tipificarlo dentro de la conocida distinción de Bobbio entre filósofos-juristas o juristas-filósofos, por mi parte no dudaría en ubicarlo en el campo de los juristas filosófica y socialmente preocupados.

Mas aun, creo que gran parte de las ventajas que exhibe frente a su contemporánea, derivan de una condición aún más original. Por, sobre todo, Schauer es un exponente cabal de lo que yo no dudo en calificar como una especie superior entre los juristas: la de quienes piensan, sienten y enfocan el análisis del derecho desde la perspectiva del abogado.

Injustamente subestimada, creo que la perspectiva del abogado agrega matices únicos, muy difíciles de encontrar entre los juristas académicos, los filósofos y aun los jueces.

La perspectiva del abogado se nutre, en efecto, de la riquísima fuente de experiencia que ofrece el derecho en acción, desplegado en todas sus diversas y heterogéneas funciones en la vida social. Frederick Schauer hace de su experiencia como abogado, muy breve, pero para el muy intensa, una base central de todo su pensamiento. Piensa, siente, polemiza, elige sus temas y hasta sus aliados y adversarios con el olfato y el instinto del abogado.

En el pensamiento de habla española, el aporte de los abogados siempre ha crucial. Sobre todo, en campos como el diseño institucional, el constitucionalismo, la codificación, el litigio, la composición de intereses y especialmente la innovación de las agendas y temáticas centrales del pensamiento jurídico. Los abogados y a veces los jueces guardan una conexión directa inmediata con la dinámica del derecho y con el progreso del pensamiento creativo. Su sensibilidad a los contextos, a los alcances y sobre todo a los límites del derecho aporta siempre

algo que no es frecuente en el abordaje típico del jurista académico, por lo general comprometido en guerras de escuelas y encerrado en un pensamiento auto referencial, centrado casi exclusivamente en el debate entre autores, un ámbito en el que las ideas nacen y evolucionan casi exclusivamente a partir de otras ideas.

Entre otras muchas razones de este rasgo diferencial, yo subrayaría que, ante todo, la práctica profesional protege de los lugares comunes. Obliga a una constante vigilancia crítica sobre el saber establecido. La práctica profesional promueve una exploración constante de alternativas posibles. *El trabajo académico* -dijo alguna vez Schauer- *se rehúsa a confundir que algo es valioso solo porque es mencionado y reconoce en cambio el valor de cuestionar todo aquello que se encuentra ampliamente dado por hecho.*

Schauer pertenece a esa especie privilegiada y de ello da cuenta su amplísima obra escrita y su presencia activa en debates, conferencias internacionales y sus aportes, situados precisamente en las fronteras y puntos de intersección entre abordajes interdisciplinarios, siempre atento a las tensiones entre el saber establecido y la innovación.

En una entrevista muy conocida efectuada por Nilcoletta Ladavac, Schauer confiesa que inicialmente no había pensado en ser un académico. Ejerció la profesión en Boston y después de varios años sintió comenzó a experimentar el tipo de insatisfacciones que suelen llevar a los juristas a la filosofía. *“Sin embargo - nos dice- siempre he pensado que mi relativamente corta pero intensa carrera como abogado practicante, con varias intervenciones en los tribunales de primera instancia y de apelación con casos importantes bajo mi inmediata responsabilidad, además de un considerable contacto directo con los clientes y otros abogados, me ha permitido apreciar cómo funciona el derecho, apreciación que describe gran parte de mi trabajo académico.*

Es que la forma de expresión y el modo de pensar los abogados desborda cualquier intento de descripción formal- incluso la que el propio Schauer intenta en su excelente manual Thinking like a Lawyer . En su tarea, el abogado desarrolla todas las facetas del razonamiento jurídico y es esa potencia analítica y crítica la que lo habilita a penetrar en el debate de las ideas con la fuerza casi prepotente con que Frederick Schauer suele irrumpir en los grandes temas de nuestras disciplinas.

Schauer polemiza de un modo muy particular. No argumenta al modo académico, aunque por momentos ceda a la tentación de la disputatio analítica oxoniense. Probablemente es el precio que paga por pertenecer a los círculos de la élite intelectual mundial que ha logrado con éxito protagonizar. Su estilo es el del abogado norteamericano. Mas aun, diría que del abogado de todos los tiempos y todos los lugares.

En un ensayo lucido sobre la argumentación en el razonamiento del abogado, A. Hernandez Gil – quien además de jurista, profesor, filósofo y legislador, fue ante todo un gran abogado- analiza las diversas funciones del discurso argumentativo del abogado. El abogado -escribe Hernandez Gil- *dice, pide, alega, suplica, insta, solicita, impetra, propugna, pretende, promueve, propone, reclama, recurre, aduce, tacha, afirma, niega, admite, reconoce, arguye, argumenta, sostiene, invoca, estima, suscita, defiende, postula, formula, proclama, etc.*

Todas estas actividades se refieren al plano de lo táctico. Pero su aporte es aún más importante en el plano del pensamiento estratégico. En este aspecto, lo típico del abogado es el modo como sus destrezas analíticas se proyectan en su capacidad para elegir al adversario, para situarlo en la posición que más conviene, para explotar sus debilidades y vulnerabilidades. Se expresa también en ese aspecto clave de la estrategia que es la producción de la prueba, la construcción de los ejemplos, la determinación de la visión, los objetivos y las metas de la argumentación. Recuerdo, entre nosotros, el aporte de muchos de nuestros grandes maestros, como Genaro Carrió o Julio Cueto Rúa o en España el propio Antonio Hernandez Gil, Eduardo Garcia de Enterría, Juan Vallet de Goytisolo, Federico de Castro, Ramon Roca Sastre o tantos otros que innovaron y lideraron el desarrollo de sus disciplinas.

Estas son las virtudes y destrezas de Fred Schauer. Lo prueba en sus libros y a lo largo de los 190 ensayos publicados en las principales revistas del mundo, en torno todos a temas de alto voltaje. Imaginen las posibilidades de abordaje de un pensamiento de este tipo, en alguien que como Schauer es y ha sido profesor de derecho en las universidades de Virginia y Harvard, y además también profesor e incluso decano de la más importante escuela de gobierno de mundo, la Kennedy School of Government.

Como todo abogado, ninguna perspectiva útil para la argumentación le es ajena. Ello es perceptible en la familiaridad con que transita en las fuentes documentales y jurisprudenciales, los materiales empíricos y la bibliografía de la economía, las ciencias sociales, la psicología cognitiva y los estudios de cultura jurídica. Su género predilecto es el ensayo polémico, el debate, la reconstrucción racional de los conceptos y su siempre implacable crítica constructiva. Su objetivo es siempre el de situar algunos temas centrales de la teoría jurídica contemporánea en la mira de un método de deconstrucción verdaderamente demoledor, como base para una reconstrucción superadora.

La obra que deseo poner a consideración esta tarde es su último libro: The force of law. (Cambridge: Harvard University Press, 2015)-. Una obra escrita -como subraya en el prólogo, como un libro unitario. Escrito desde el comienzo hasta el

fin y con un aparato completo y erudito de notas a pie de página que convierten al libro en un producto académico de no frecuente factura y, como todos los suyos de extraordinaria utilidad para el trabajo futuro de la comunidad académica.

*The Force of Law* es una obra de muy rara singularidad. Por mi parte, diría que es casi única en la producción filosófico -jurídica actual. Como todas las obras de Schauer esta brillantemente construida, escrita, argumentada y resuelta. Es una obra accesible, incluso al profano, y esto es importante porque es ante todo un libro pensado y desarrollado no desde una perspectiva estrictamente de filosofía analítica, sino de una perspectiva de teoría del derecho en su sentido más amplio y abarcativo.

A diferencia de muchos libros actuales, contruidos a partir de recopilaciones de ensayos y presentaciones en seminarios académicos en largas series de centros de excelencia, The Force of Law ha sido pensado y escrito como un libro unitario, de principio a fin. No es la primera vez que Schauer escribe sobre los temas que ocupan el centro argumental de la obra. Pero su enfoque es sustancialmente distinto al de trabajos anteriores sobre el mismo tema o temas conexos.

Es interesante remarcar un rasgo central de la obra. A diferencia de las obras de filosofía del derecho de orientación analítica, la mayor parte de ellas con referencias bibliográficas mínimas y por lo general referidas a autores pertenecientes al círculo al que van dirigidas, Schauer adjunta extensas notas bibliográficas, que contribuyen a abrir todo un abanico de referencias que enriquecen y amplían su perspectiva inicial, Es tanto lo que incluye como lo que deja consignado y planteado para futuras profundizaciones. Su selección de autores y trabajos es excelente y revela una atenta consideración de los debates actuales, siempre atenta al "estado del arte" en disciplinas por lo general ajenas al interés de los filósofos del derecho. Su estilo es claramente el de los ensayos de las law reviews estadounidenses, escritos por lo general con la idea de combinar la crítica y la construcción, desde perspectivas siempre abiertas y en estado de progreso permanente.

*La actividad académica -advierde en este sentido Schauer- es de tipo colectivo y los trabajos académicos usuales tienen muy pocas referencias y tienden a exagerar la novedad de las construcciones de sus autores, ignorando la medida en la que su trabajo se construye sobre lo que ha sido hecho por otros, ofreciendo así escasa asistencia al lector, en su búsqueda de una guía informada acerca también de otros textos y del ambiente académico al que trabajo en cuestión pertenece. Su intento es el de dejar en claro a través de un rico aparato de notas, que sus contribuciones se construyen sobre la base de las de otros y se insertan en una comunidad más amplia de aportes académicos*

Al igual que ese otro también gran abogado, filósofica y científicamente preocupado y descontento con el saber establecido que fue Ronald Dworkin, Frederick Schauer elige su adversario. Al igual que Dworkin hace ya más de

cincuenta años, Schauer elige a H.L. Hart y sus seguidores. Mas que un adversario individualmente considerado, Dworkin y Scheler desafían a toda una tradición establecida, consolidada y protegida por las inercias culturales de la teoría jurídica heredada.

También al igual Dworkin, Schauer elige y, a la vez, construye – o más bien “reconstruye” a Hart en una versión estilizada, investida de aquellas características que lo hacen más vulnerable y accesible a la crítica. La polémica Scheler- Hart que se inicia en esta obra, es en muchos sentidos similar a la que inicio en su momento Dworkin con Hart a propósito de los principios y que tan bien conoció aquel gran abogado que fue nuestro Genero Carrió

Su tema, es el tema central de la teoría contemporánea del derecho. El del concepto del derecho y el del lugar de su rasgo más central y característica: la coerción.

El blanco escogido por Schauer para desarrollar su análisis crítico y su propuesta de reconstrucción de la noción de derecho es la idea de Harta -expuesta en The concept of Law de 1961 de que la naturaleza misma del derecho reside en algo distinto de su capacidad coercitiva.

Recordemos que Hart construyó su concepto del derecho en contraposición a la tradición heredada y desarrollada por Bentham en 1793 y luego John Austin en 1832. Hart Sostuvo que el derecho puede encontrarse allí dondequiera que los funcionarios internalizan un conjunto de reglas, sin necesidad de que las reglas comporten una amenaza en el sentido de que, de no observarse advendrán consecuencias negativas y desagradables. El hecho de que las reglas estén por lo general asistidas por la posibilidad de la coerción puede ser un rasgo importante del fenómeno jurídico. Pero es un rasgo hasta cierto punto secundario. Lo importante, lo que diferencia al fenómeno jurídico de otros fenómenos normativos es la sistematizada y estructurada internalización social de las reglas y no tanto, la amenaza de la fuerza que las asiste.

Contra quienes desde Hart hasta nuestros días sostienen que la eficacia del derecho responde al influjo de una fuerza externa que la gente interioriza a través de un complejo proceso piso-social de interiorización que trasciende la incidencia externa de la fuerza, Schauer plantea la necesidad de reconsiderar el rol central de la coercibilidad. El tema de la fuerza reconoce a su juicio gran relevancia sociológica, psicológica, económica, política y jurídica. Propugna reconsiderar nuestras ideas acerca de la practica social del derecho, para entender mejor el modo como opera el derecho y el papel que cumple en la organización de las sociedades actuales.

Su argumentación es elegante, densa, informada y erudita. El derecho, trata de demostrar Schauer es comúnmente coercitivo. Aun cuando se aceptará que la gente observa las reglas jurídicas simplemente porque son el derecho, queda

pendiente la cuestión de que ocurre si la gente genera razones alternativas para no obedecer al derecho provenientes de otras instancias normativas tales como reglas sociales, fundamentos morales o ideas acerca de la legitimidad del derecho.

La estrategia de Schauer se despliega en toda su amplitud. Ante todo, propone una visión estratégica: define la visión y misión de su proyecto. Invita a devolver a la teoría del derecho un eje central, que asegure su capacidad para dar cuenta de lo que el derecho es, de hecho, en la vida social. Invita a adoptar una perspectiva desde la cual se puedan asumir las nuevas y cambiantes dimensiones y funciones del derecho en la vida social. Nos invita a superar un cierto “esencialismo” y a rescatarlo de una visión “débil” del cometido de la teoría del derecho, que busca en realidad analizar ciertas notas supuestamente esenciales del derecho, predicables del fenómeno jurídico en todo tiempo y todo lugar.

En abierta disidencia contra este enfoque heredado, Schauer invita a hacerse cargo de la realidad del derecho tal como se presenta en sus contextos sociales específicos. Propone una barrera contra un conceptualismo vacío y abstracto, a su juicio sin respuestas ante los desafíos de la dinámica jurídica contemporánea. El objetivo es claro: reconocer la importancia de la coerción, devolverle su papel central en la consideración de su realidad factual

Las razones de esta estrategia son varias, pero la más importante es sin duda la experiencia del derecho en el moderno Estado Regulador. Si la importancia de la coerción pudo ser clave para una visión simple del Estado y de las funciones del derecho en un contexto social como en la Inglaterra del siglo XIX, con mucha razón lo es en el contexto del Estado regulatorio, en el que el derecho opera capilarmente en todos los intersticios de la vida económica y social.

En este nuevo contexto, el principal interés del análisis del derecho y de la ciencia del derecho es su capacidad para delinear y exigir lo que la gente hace. Mas aun, para obligar a que la gente haga lo que en realidad no siempre desea hacer.

Este trata de ser su principal contribución a la causa del hombre desconcertado (puzzled man). Es decir, el hombre común que trata de atender que es lo que es el derecho, para adecuar su comportamiento. Aunque hoy existan derechos y obligaciones sin sanción, el nuevo mapa de la normatividad jurídica exige trazos fuertes, como los que necesita el hombre desconcertado. El ciudadano común es alguien que, ante todo, quiere saber qué dice el derecho, qué corresponde hacer, para poder adecuar su conducta y hacerlo. El hombre desconcertado -algo así como el “buen padre de familia”- esta naturalmente inclinado a obedecer al derecho, simplemente “porque es el derecho”, más allá de que se sienta o no coaccionado.

Hay en esta estrategia un realismo fundamental. Interesa lo que el derecho es, más allá de que su exigencia este o no asistida por la coacción. Para ello, la nota

de coercibilidad nos ayuda a identificarlo mejor, a diferenciarlo, a especificarlo en un contexto de normatividades heterogéneas, superpuestas y no pocas veces, contradictorias. *“La cuestión -escribe Schauer no es si los ciudadanos debieran acatar el derecho porque sea derecho, sino si y en que medida lo hacen”*

### 3

La fuerza fundamental del derecho nos recuerda Schauer, es la de que nos hace hacer cosas que no queremos hacer. Tiene también, por supuesto, otras funciones, pero lo central, lo más visible, es su pretensión de nos adecuemos a sus preceptos, cualesquiera sean nuestros intereses personales o nuestras opiniones.

El derecho no es por cierto el único habitante de nuestro universo normativo. La moral, las reglas de la etiqueta y de la moda, las visiones o valoraciones de lo que resulta o no legítimo configuran también referencias normativas. Sin embargo, el derecho tiene recursos que le permiten obligar y forzar la observancia de sus disposiciones. Está claro que hay normas sin sanciones o disposiciones constitutivas que distan de la estructura clásica de la norma, pensada desde Bentham y Austin hasta Kelsen. Pero ello no puede conducirnos a negar la presencia siempre dominante de la idea de que el derecho puede valerse de su recurso a la fuerza. La fuerza del derecho es lo que distingue al derecho. Lo que lo especifica en el contexto de la diferenciación y complejidad creciente de la normatividad en que vivimos.

Las formas a través de las cuales se expresa la coercibilidad son múltiples. Hay sanciones negativas y también sanciones positivas. Schauer recorre en este punto todo el panorama de derecho contemporáneo y el nuevo Estado Administrativo y ofrece un lúcido cuadro que enriquece lo mucho que se ha escrito respecto de la función promocional del derecho y la combinación entre sanciones negativas y positivas.

La coercitividad del derecho puede no ser una nota esencial -como el vuelo no lo es del concepto de ave-. Lo que importa es que es una presencia dominante y definitoria de la experiencia jurídica común y adoptar este punto de observación permite al análisis jurídico enfrentar todas las dimensiones de la experiencia del derecho. El objetivo es la experiencia del “puzzled man”, el hombre desconcertado. La experiencia de quien simplemente quiere saber cuál es el derecho, para adaptarse a él y no por la amenaza de la ocasión sino porque el derecho debe ser observado porque es el derecho. Esta es la cuestión, no conceptual, sino empírica a la que debe dedicarse una reflexión sobre la fuerza del derecho.

La cuestión que ocupa el centro de The Force of Law es si la gente adopta decisiones o cursos de acción por causa del derecho. Mas aún, si la gente que adopta decisiones por causa del derecho lo hace teniendo o no en cuenta la amenaza del uso de la fuerza u otras sanciones equivalentes.

He aquí una de las facetas de mayor interés de la indagación de Schauer. Para centrarse en el tema clásico de si la gente obedece al derecho, Schauer trasciende el campo de la indagación analítica convencional y se adentra en el terreno complejo y sinuoso de la investigación empírica. Su dominio de la literatura y de los últimos avances de la sociología de la cultura jurídica y la psicología cognitiva revela hasta que punto su enfoque constituye una innovación decisiva en el tratamiento de una cuestión tan vieja como la filosofía del derecho misma.

La gente -nos dice Schauer- muy a menudo hace lo que cree correcto, mas allá de lo que diga el derecho. Debemos considerar que hasta el propio interés personal no es la única motivación de la conducta humana. Existen también el desinterés, el altruismo, la entrega a los demás el respeto a tradiciones y a principios morales y, sobre todo el respeto a ciertos criterios de legitimidad procedimental.

Muy a menudo, los ciudadanos se adaptan al derecho, en la medida en que el derecho acredita procedimientos correctos, trazables, legítimos. La apertura, equidad y corrección del procedimiento tiende a legitimar resultados, a generar consenso en torno a la ventaja de obedecer al derecho, únicamente por que es el derecho.

Lo importante, explica Schauer es evitar los extremos del “hombre malo” de Oliver Wendell Holmes -el que se preocupa solo por lo que le conviene- y el “hombre desconcertado” de Hart -al que le preocupa saber cuál es el derecho para adaptarse al mismo. Entre estos dos extremos hay una gama de posibilidades muy amplia y para su estudio resulta indispensable volver a contar con la guía orientativa que nos brinda la idea de coercibilidad

La tesis de Schauer es la de que la coerción tiene una importancia en la comprensión y explicación del fenómeno del derecho, algo que desde Harta hasta nuestros días viene siendo subestimada. Importa recuperar la importancia central de la coerción para así poder abarcar toda la compleja realidad del comportamiento de acuerdo con el derecho. Un derecho sin coerción es un derecho que poco nos dice de las fuentes y contenidos de la obligación de obedecer al derecho.

La indagación empírica demuestra que las normas sociales penetran en el imaginario social desde abajo hacia arriba. Impregnan nuestras orientaciones normativas. La experiencia actual de la normatividad se presenta a través de conjuntos que, no llegan a articularse como sistemas jurídicos, dotados de normas primarias y secundarias. Lo que los dota de juridicidad es la presencia de la

coacción como posibilidad cierta de convertir a ese conjunto en un auténtico sistema de normas.

El derecho se constituye como tal a partir de un proceso de diferenciación respecto de otras esferas de la normatividad. En el análisis de las normas sociales debe considerarse la existencia de una diferenciación sociológica, una diferenciación procedimental, una diferenciación metodológica y una diferenciación en las fuentes. La coerción es un factor más de diferenciación. Un factor que según sea el entorno y el contenido de la experiencia jurídica puede desempeñar un papel más o menos decisivo en el proceso de diferenciación del derecho respecto de otras formas de normatividad.

#### 4

Lo que define la existencia de la expresión “con fuerza de ley” es entonces la presencia de un poder coactivo, que subyace a la creencia ordinaria de los ciudadanos de que la coerción hace a la esencia del derecho. La coerción podrá o no ser reconocida como una nota esencial del derecho. Pero lo que no dejara en ningún caso es de ofrecer una base cierta y precisa para poder comprender mejor el derecho.

El derecho nos hace hacer las cosas que no desearíamos hacer. Los derechos cumplen funciones que trasciende la del control social o la de asistir con la fuerza de la ley los incumplimientos de las leyes. *“Pero el hecho de que la coerción no sea todo el derecho, ni una característica definitoria de este, no quiere decir que no sea nada o que sea solo una parte irrelevante”*.

Una ventaja adicional es la de que, en una era de reconstrucción del derecho y el Estado, captar la realidad de la diferenciación del derecho nos ayuda a encarar los procesos de diseño institucional. Nos ayuda a comprender el campo propio del derecho dentro del conjunto indiferenciado de la normatividad social.

Es a partir de esa tarea que el pensamiento jurídico puede aspirar a planificar y a hacer del derecho una herramienta de reconstrucción institucional. Entender la faz coercitiva del derecho nos obliga a tomarlo en serio, a exponerlo en la perspectiva de sus posibles aportes.

#### .5

Llegados a este punto podemos interrogarnos acerca de algunos aspectos de la tesis de Schauer que pueden ser de utilidad en un contexto como el de nuestra propia cultura legal y experiencia cotidiana del derecho.

Un primer interrogante ¿Se justifica realmente este largo camino de recuperación de la importancia central noción de coercibilidad? ¿Vale la pena este esfuerzo? ¿Cuál sería el balance final de este empeño? ¿Qué ganamos y que perdemos al cabo de este ejercicio tan impresionante de reconstrucción racional de nuestra concepción acerca de la relación entre el derecho, los ciudadanos y la fuerza?

Podríamos plantearnos acaso una cuestión de prioridades. Acaso no sea suficiente con denunciar la falta de rigor e incluso la insuficiencia de muchas de las categorías de análisis de la tradición hartiana. ¿No convendría acaso hacerse cargo de la realidad creciente de un derecho sin sanciones, del eclipse de la idea de sistema y la de la demanda que experimentamos hoy de un mejoramiento cualitativo de los instrumentos del análisis interdisciplinario? ¿Por qué esta necesidad de volver al origen? ¿Por qué esta confianza en un esfuerzo retrospectivo de muy problemático interés debido hacia el futuro?

Un segundo interrogante tiene que ver con la sostenibilidad de este planteamiento en una era posterior a la del Estado Regulador que sirve de contexto sociológico a los últimos trabajos de Schauer.

Está claro que hoy vivimos tiempos de declinación y segura superación del Estado Regulador ¿Como sostener a rajatabla la importancia de la ley como fuente y como expresión fundamental del derecho en un tiempo en el que la ley es la fuente normativa que más sufre el impacto tanto de su coexistencia con una pluralidad de ordenamientos diversos y cambiantes?

Vivimos, en efecto, un proceso posiblemente irreversible de “deslegalización”. Y digo irreversible porque está muy claro que es un proceso que no responde tanto a una pérdida de confianza en el “valor” y la “fuerza de ley” tradicional sino a cambios profundos en el desenvolvimiento de zonas enteras de la legislación en la que resulta forzoso aceptar el protagonismo creciente de los reglamentos, las decisiones administrativas y judiciales y de la propia autorregulación en su capacidad para derogar reemplazar las disposiciones legislativas.

La proliferación de reglamentos-delegados en materias en las que incide decisiva y permanente el cambio tecnológico es un dato central que menoscaba el papel tradicional de las leyes y los procesos parlamentarios. Campos como las tecnologías de la información y la comunicación, la actividad financiera y bancaria, los transportes, la industria de medicamentos incluyen en las regulaciones internacionales la necesidad de establecer específicamente la capacidad de los Estados y agencias administrativas de adecuar las regulaciones al cambio de las normativas internacionales, lo cual puede verse como expresión de un reflejo casi automático de adaptación a las características propias de la materia legislada.

Otro factor de pareja importancia es sin duda la pluralidad y heterogeneidad de los ordenamientos normativos. El sustrato de pluralismo jurídico que presentan los

regímenes constitucionales inspirados en la tradición federalista como es el caso de la mayor parte de los países de América Latina tiende a presionar sobre el sistema de fuentes heredado. La gobernanza multinivel y el principio de subsidiariedad son principios que desafían el principio de legalidad y que constituyen datos centrales en la experiencia contemporánea del derecho y el Estado, de inexcusable importancia para un replanteamiento de las relaciones entre el derecho y la fuerza.

El derecho de nuestro tiempo se desarrolla en el arco de sistemas constitucionales híbridos, nacidos de una convergencia de influencias histórico-políticas y culturales complejas, que inciden en la vigencia cada vez más preocupante de una cultura de la transgresión. Nuestra experiencia de la ley es compleja y conflictiva. Bajo circunstancias de fuerte stress institucional y fragmentación de las estructuras del poder y la representación político, los fragmentos de esta tradición política compleja tienden a manifestarse con una dinámica centrifuga. Sin caer por cierto en ningún tipo de “anarquismo legislativo”, debemos admitir que, en las sociedades democráticas avanzadas, el primer principio es que, precisamente, que no debemos aceptar ningún principio como definitivamente establecido. Ya nos decía, allá lejos y hace tiempo el maestro Bobbio que “en los planos inferiores de la pirámide jurídica, la fuerza está al servicio del derecho, en tanto que, en los planos superiores, allí donde la política disputa y ocupa el lugar del derecho, el derecho pasa a estar al servicio de la política.

En América Latina, es notable la proliferación de formas alternativas de derecho legislado orientado por propósitos divergentes entre sí, no siempre acordes con las finalidades propias de la legislación.

Algunos autores y una larga serie de evidencias empíricas sugieren que es frecuente que el derecho en América Latina no sea creado para ser eficaz o por lo menos no lo sea de manera prioritaria. Existe en efecto una difundida práctica institucional que consiste en crear normas para satisfacer necesidades institucionales de legitimidad más que para lograr propósitos instrumentales. Lo que en Italia suele denominarse “legislazione programmatica”, expresada en “legge-manifesto” o leyes panfleto es casi una de las formas más frecuentes de expresión de la función legislativa

A veces las normas jurídicas son deliberadamente ineficaces en términos instrumentales. Es que en realidad apuntan a cumplir propósitos distintos de aquellos que se desprenden de una primera lectura o interpretación literal de sus textos. En tales casos, las fallas legales son menos una disfunción técnica que un resultado políticamente deseado.

De un modo recurrente, la ineficacia del derecho está ligada a la existencia de condiciones sociales de tipo cultural o económico que afectan la permanencia y estabilidad misma del sistema legal.

Bajo estas condiciones, el derecho legislado deviene a veces simplemente proclama de redención social, manifiesto político, programa y panfleto, lo cual erosiona y degrada la fuerza legitimadora de los procesos, la dinámica y los actores de la función legislativa.

La matriz de esta verdadera contracultura de la legalidad es compleja y ha dado lugar a una extensa discusión. Baste por el momento señalar que el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales -un "relato"- y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política.

El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación.

Por lo general, las visiones constitucionales ortodoxas soslayan la importancia de esta matriz histórico-cultural profunda. La ley es un producto híbrido que, a la vez pretende operar como un instrumento de disciplina y planificación social, cuando no en un instrumento de cuestionamiento del orden establecido. Las leyes pasan a ser mensajes que prefieren denunciar la persistencia de percepciones y actitudes populares reactivas a la tradición constitucional.

En este tipo de contextos, la ley no es respetada. No porque exista una supuesta anomia social, anclada en supuestas deficiencias culturales de la ciudadanía. Tampoco se desobedece sistemáticamente porque las sanciones sean irrelevantes o porque la impunidad sea una alternativa cierta e inevitable.

El hecho básico es mucho más simple y directo: la ley no es respetada porque no siempre es respetable, en la medida en que su proceso de gestación es sospechoso y poco confiable o porque expresa intereses sectoriales y políticos, no siempre confesables, expresados en el tipo de transacciones que se producen a lo largo del trámite de su producción político-institucional.

Desde esta perspectiva cabe preguntarnos si la empresa de volver a privilegiar la importancia del derecho como factor control social no es un empeño demasiado costoso y si no debemos más bien volcarnos a reconocer que los procedimientos de formación de la ley poco tienen de ejemplares. El ciudadano desconcertado no se siente inclinado a respetar la ley, sencillamente porque las leyes poco tienen de respetables. Mal pueden por lo tanto inspirar respeto o fundar algo así como una presunción de legitimidad, fundada en supuestos difícilmente compartidos por una ciudadanía cada vez más escéptica y desconfiada.

La investigación empírica disponible permite pensar que la cultura de la transgresión no reconoce causas directas, que quepa inventariar y analizar aisladamente. Es más bien el producto de un conjunto complejo de factores que interactúan y se interpenetran entre sí en el seno de una nueva cultura o contracultura jurídica nacida de la pérdida de fe y confianza en el derecho

Los estudios recientes demuestran la importancia de diversos factores. Algunos son histórico-culturales –la tradición mediterránea de la sospecha hacia el poder-, psico-sociales - como a tesis Nino de la “anomia boba”, educativos y culturales – como una larga serie de testimonios y estudios recientes.

MI tesis está más cercana a la de quienes desde la sociología académica, la psicología cognitiva y el análisis empírico de la cultura jurídica enfatizan la importancia de la equidad o corrección procedimental.

La gente respeta las leyes en la medida en que percibe que las mismas transmiten una idea de legitimidad procedimental. Un proceso de deliberación informada y el respeto a las formas y contenidos del proceso legislativo contribuyen a generar confianza. Esta confianza, reforzada por la vigencia de instituciones de control y libre juego de los frenos y contrapesos de la división de poderes y la sensación general de la ecuanimidad y sentido del largo plazo en las soluciones legislativas, generan incluso una presunción de legitimidad.

Este factor de legitimidad deja en un segundo plano la importancia de la fuerza. En este contexto, resulta innegable la importancia de la posibilidad de la coacción. Cabe sin embargo preguntarse por el sentido de forzar una reconstrucción de la teoría del derecho que devuelva a la coacción el papel central que pudo tener en los tiempos de Bentham en la Inglaterra de finales del siglo XVIII y la Europa de la Revolución Francesa o a principios del XIX, cuando escribía Austin en plena construcción de la hegemonía victoriana. La relación entre derecho y fuerza era la de un sistema social que aspiraba a reconquistar el orden perdido en la anarquía y las guerras de la Revolución

Parecería que ya en tiempos del Estado post regulatorio, las prioridades bien podrían ser diferentes. La idea de sanción es tal vez un residuo histórico que conserva gran parte de su vigencia sobre todo en aquellos aspectos del derecho en los que conserva vigencia la idea de la fuerza como instrumento del derecho y los imperativos de afirmación del Estado Nación.

En tiempos de globalización subsisten, por supuesto, aspectos brutales de la relación ente Estado y Sociedad. Así, por ejemplo, el sistema tributario o las normas penales-, ejemplos recurrentes en la argumentación filosófica desde Bentham y Austin hasta Kelsen o Schmitt y Heller.

En la actualidad, otras esferas de la normatividad jurídica, tales como las regulaciones de las finanzas y la economía ven desdibujarse de modo vertiginoso

el papel otrora central de una fuerza externa a la regulación. Se trata incluso de ámbitos de actividad del derecho que prácticamente no contemplan siquiera la posibilidad de litigios y en los que resulta incluso inimaginable siquiera la posibilidad de ejercicio de cualquier amenaza de la fuerza. Cada día, a las 6 PM, cuando baja el martillo de Wall Street se consolidan billones de operaciones, contratos, inversiones, desinversiones, pérdidas, ganancias, etc. sin que se substancie litigio alguno. El sistema funciona y es sencillamente imposible violentarlo. Las rarísimas ocasiones en que ello ocurre, hasta se escriben libros y novelas para explicar cómo pudo ocurrir lo que era inimaginable por imposible.

La posibilidad de la transgresión sencillamente no se plantea. En esas infinitas decisiones de inmensa relevancia e impacto sobre la sociedad, solo operan quienes están absolutamente validados por complejos mecanismos de aceptación, entrenamiento y control cruzado de todas y cada una de sus decisiones. La posibilidad del litigio esta fuera de cuestión. La sola mención de un mecanismo de coerción hasta disuelve un clima de seguridad jurídica indispensable para la vigencia de la lógica de los mercados.

Y lo mismo tiende a ocurrir en los sistemas tributarios actuales. El derecho y los procedimientos a través de los cuales se expresa el sistema están absolutamente computarizados. Tal como ocurre en casi todos los mercados globalizados. Toda inconsistencia, todo vestigio de ocultamiento de datos suscita un inmediato rechazo “por sistema” por parte del propio aplicativo informático. Basta iniciar el trabajo con ese tipo de aplicativos para entender que la posibilidad de cumplimientos forzados es solo una ficción útil, una manifestación casi ritual de la “fuerza de ley”, entendida al modo de Derrida como “el fundamento místico de la autoridad”. Algo no muy diferente al crucifijo en las oficinas públicas. Una expresión de la dimensión mayestática del derecho, con muy poco que ver en los mecanismos de toma de decisiones concretas de los ciudadanos concretos en este tiempo absolutamente concreto del derecho concreto.

Nadie discute que “al final del día, hay una cárcel” y que esa cárcel está en un territorio. Y que quienes la custodian son un cuerpo de seguridad del Estado. Es lo que queda de un mundo que pasó, del que solo quedan algunas construcciones de la teoría del derecho de raíz positivista. Entre otras, la pirámide de Adolf Merkl adoptada por Hans Kelsen, o las doctrinas iluministas del delito y de las penas y, en el extremo, la conceptualización de la coacción del liberalismo vetero-positivista de Bentham y Austin.

El desafío de Schauer no es una invitación de vuelta a ese pasado. Diría que, todo lo contrario. Es una invitación mucho más interesante y sugestiva a hacer un balance mucho más profundo y atrevido que el que hicieron hace casi un siglo Kelsen, en la Europa de Entreguerras o Hart, al imaginar las necesidades teóricas que planteaba a finales de los 50 del siglo pasado la administración del gobierno de un bucólico municipio en Inglaterra.

La imagen de un derecho asistido externamente por la posibilidad de la fuerza no parecería ser la condición natural en la inmensa mayoría de las instituciones del derecho. La gente -insisto- no respeta las leyes simplemente porque las leyes no son respetables. No son respetables sus procedimientos y sus propósitos. No son respetables los actores del proceso legislativo y el tipo métodos deliberativos con que disfrazan su escasa vocación por el diseño y la construcción de soluciones concertadas. Una amplia mayoría ve en las leyes el resultado de acuerdos y transacciones inconfesables.

Como aporte a desarrollos futuros, tal vez debamos priorizar una perspectiva nueva, que, en el contexto del Estado Post Regulatorio, privilegie la importancia de otras funciones hoy más importantes del derecho, tales como la promoción de compromisos tanto públicos como privados, la construcción de confianza y capital social, la coordinación de los recursos e iniciativas sociales y, sobre todo, el desarrollo y consolidación de los procesos de cooperación social.

Todas estas son funciones centrales en los procesos de gobernanza y en todos ellos destacan dinámicas nuevas, en las que la presencia de la coacción desempeña un papel cada vez menos significativo.

He aquí una nueva agenda de investigación, con equilibrios temáticos y prioridades también nuevas, mucho más próximas a las necesidades y demandas de la sociedad actual. Tal vez sea este el camino futuro de la teoría jurídica. Un camino en el que una obra como The Force of Law nos aporta una nueva visión, de singular fuerza y energía estimulante.