
Coacción en el derecho y razón práctica

Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer

Compulsion in Law and Practical Reason

The Limitations of Legal Positivism in a Text by Frederick Schauer

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Universidad de Mendoza

<https://orcid.org/0000-0002-9737-1996>

carlos.massini@um.edu.ar

RECIBIDO: 12/11/2019 / ACEPTADO: 18/12/2019

Resumen: En un libro reciente (*The Force of Law*), el filósofo norteamericano Frederick Schauer intenta justificar un retorno a la versión originaria del positivismo jurídico, la elaborada por Bentham y Austin, en la que se reduce el derecho a imperativos dotados de la amenaza de una sanción para el caso de incumplimiento. Desde esta perspectiva, critica a Hart y sus discípulos, así como a los iusnaturalistas, y propone una visión estrictamente positivista-reductivista del derecho, aunque ampliando la noción de "sanción". El autor del artículo critica de diversos modos esta propuesta de Schauer, principalmente en razón de su reductivismo.

Palabras clave: positivismo, sanciones, fuerza, reductivismo, Bentham, Austin, Hart.

Abstract: In a recent book (*The Force of Law*), Frederick Schauer –American philosopher of law–, tries to justify a return to the original version of positivism in law: the one elaborated by Bentham and Austin, which reduces the law to imperatives with the threaten of a sanction in case of non-compliance. From this point of view, Schauer criticizes Hart and his followers, as well as the natural law thinkers, and proposes a positivist-reducing conception of law, but with a broader conception of "sanction". The author of the article criticizes Schauer's view from many perspectives, mainly because the reductivism found in his ideas.

Keywords: positivism, sanctions, force, reductivism, Bentham, Austin, Hart.

I. UNA NUEVA VERSIÓN DE UNA TESIS ANTIGUA

En un libro de especial relevancia, el filósofo francés Étienne Gilson sostuvo hace unos años la tesis siguiente: los desvaríos y frustraciones de varias de las diferentes versiones de la filosofía occidental se deberían principalmente al abandono de la concepción realista clásica de la filosofía y de su perspectiva general: centrada en la existencia del ser, basada en la experiencia y optimista en cuanto a las posibilidades del conocimiento humano, plural en cuanto a las dimensiones de la realidad y a su conocimiento analógico, etc.¹ Y este abandono –argumentaba el pensador francés– conduce de modo casi inexorable al intento de reducir la realidad y su conocimiento a uno solo de

¹ Véase: GILSON, È., *La unidad de la experiencia filosófica*, Rialp, Madrid, 2004, *passim*.

sus aspectos o dimensiones, de modo de simplificar lo que aparece como complejo, clarificar lo que aparece como brumoso y facilitar todo lo que presenta dificultades relevantes.

Según el autor citado, esta pretensión, que puede denominarse «reduccionista» o «reductivista» (aunque Gilson no utiliza específicamente esas palabras, al menos en el libro citado), ha significado y significa una tentación permanente para el pensamiento occidental, que se manifiesta v.gr. en el intento de Pedro Abelardo de reducir la filosofía a la lógica, el de San Buenaventura de someter todas las «artes» (saberes) a la teología, el de Descartes de sintetizar la filosofía en las matemáticas, el de Kant de contraer la metafísica en los parámetros de la física de Newton y así sucesivamente. Respecto de Buenaventura, sostiene Gilson que «la idea que tenía de la filosofía era algo particular. Nada lo expresa mejor que el título mismo de uno de sus breves escritos místicos: *Sobre la reducción de las Artes a la Teología*. El verbo latino *reducere*, que era una de sus expresiones favoritas, significaba para él traer –o devolver– una cosa [en rigor, todas las cosas] a Dios»².

Y en lo que respecta a René Descartes, Gilson escribe que «plenamente convencido de que había completado virtualmente la Geometría al haberla combinado con el Álgebra, el francés procedió en el acto a otra generalización todavía más audaz. Después de todo, su único mérito residía en haber comprobado la identificación de dos ciencias hasta ahora consideradas como distintas. ¿Por qué, entonces, no llevar este principio al límite y decir que todas las ciencias son la misma? Tal fue la ilusión final de Descartes. De pronto comprobó que, con su método universal para solucionar toda clase de problemas, había hallado lo que iba a ser la obra de su vida. Todas las ciencias eran una; todos los problemas iban a ser solucionados por el mismo método, en cuanto a que o eran matemáticos o podían ser tratados matemáticamente [...] En el delirio de ese espléndido descubrimiento, las matemáticas comenzaron a degenerar en *matematicismo* y a inundar como una riada descolorida la compleja realidad. No hay dudas de que Descartes era un genio, pero a veces me pregunto si aquel sueño no sería más bien una pesadilla»³.

Esta pesadilla de la que habla el filósofo francés, se concretó en diversos intentos reduccionistas, que se generalizaron durante los siglos XIX y XX, pasando a ser una de las perspectivas de consideración más usuales en el pen-

² *Ibid.*, p. 53.

³ *Ibid.*, p. 123.

samiento contemporáneo. Estos intentos significaban claramente un olvido o preterición de la analogía, es decir, de la pretensión –propia del pensamiento clásico– de explicar el todo de la realidad a través de una predicación múltiple pero semejante, diversa pero dotada de una cierta unidad⁴. Ahora bien, este abandono de la analogía como instrumento expresivo y explicativo de la realidad, con la consiguiente opción por alguna forma de reduccionismo, tuvo lugar también en el ámbito de los saberes jurídicos, en especial en el de la filosofía del derecho⁵.

En este ámbito, toda una corriente de ideas, el positivismo jurídico, predominante desde mediados del siglo XIX hasta la segunda mitad del siglo XX, sostuvo que el derecho, es decir, la integralidad del fenómeno jurídico, sólo podía ser comprendido y explicitado a partir de uno de sus elementos: el carácter coactivo de sus reglas, lo que supone su sanción positiva por el estado. Esta explicación, que hunde sus raíces en el pensamiento de Hobbes, adquiere su formulación estándar en las propuestas de Jeremy Bentham y John Austin y alcanza su culminación en la sistemática de Hans Kelsen, se transformó por más de un siglo en la explicación tipo o por defecto de la realidad jurídica, alcanzando casi todos los niveles del lenguaje y el pensamiento corrientes⁶.

Ahora bien, luego de la Segunda Guerra Mundial, toda una serie de autores, entre los que es posible enumerar a Gustav Radbruch, Giorgio del Vecchio, Alessandro Passerin D'Entrèves, Heinrich Rommen, Lon Fuller⁷ y varios más, intentó una crítica en toda la línea a las propuestas originarias del positivismo jurídico. Más aún, algunos pensadores que se auto-titulaban positivistas, se sumaron enfáticamente a algunas de estas críticas, intentando reformular las ideas positivistas de modo que pudieran superar las impugnaciones de que eran objeto en esos años; el más relevante y trascendente de estos autores fue el profesor de Oxford, Herbert L.A. Hart, que sometió a un análisis agudo y a un desafío frontal las propuestas del tándem Bentham-Austin, proponiendo una nueva versión del pensamiento positivista, que ha sido continuada activamente

⁴ MCINERNEY, R., *Aquinas & Analogy*, CUA Press, Washington D.C., 1996, *passim*.

⁵ MASSINI-CORREAS, C.I., «Sobre el *rule of law* y el concepto práctico del derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 20, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá, 2014, pp. 353-385.

⁶ Véase: SCARPELLI, U., *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla-México, 2001, *passim*; y TEBBIT, M., *Philosophy of Law. An Introduction*, Routledge, London & New York, 2017, *passim*.

⁷ Por todos: FULLER, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1969, *passim*.

hasta la actualidad y se ha transformado en la nueva versión estándar del pensamiento ius-positivista⁸.

Pero a pesar de que «pocos positivistas jurídicos en nuestros días –ciertamente no Raz, Gardner, Green o Schapiro– suscribirían esta imagen sesgada, con su cruda reducción de las consideraciones normativas que informan la sanción, adjudicación y aplicación del derecho a [meros] hechos acerca del poder»⁹, el positivismo originario no ha permanecido impasible, ya que algunos de sus representantes actuales han intentado una reivindicación en toda la línea de los postulados del positivismo inaugural, actualizando sus argumentos, renovando su lenguaje y enriqueciendo sus fundamentos. Entre estos autores se destaca Frederick Schauer, profesor de las Universidades de Virginia y Harvard, y autor de un reciente y difundido libro: *The Force of Law*¹⁰ (en adelante FL). Ya en el mismo prefacio de la obra, este autor escribe que «el plan inicial (del libro) era el desafiar una idea, predominante desde que H.L.A. Hart publicara su profundamente importante *The Concept of Law* en 1961¹¹, de que la verdadera naturaleza del derecho radica en un lugar distinto al de su capacidad coercitiva. El objetivo y el blanco de Hart fue la explicación [positivista] del derecho, ofrecida por primera vez en profundidad por Jeremy Bentham en 1793, y luego desarrollada principalmente por su discípulo John Austin en unas conferencias publicadas subsecuentemente en 1832 con el título de *The Province of Jurisprudence Determined*¹². De acuerdo con esta explicación, el rasgo característico del derecho es el modo en que nos dice qué cosa hacer y nos amenaza con consecuencias desagradables si no obedecemos»¹³.

Y más adelante precisa Schauer que «el derecho es difícilmente el único habitante de nuestro universo normativo. La moralidad también formula demandas sobre nuestro comportamiento, tal como lo hacen las reglas de educación, de etiqueta y una innumerable cantidad de normas sociales. Pero el derecho, a diferencia de la moralidad y la etiqueta, posee los recursos para

⁸ Véase: MCCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *passim*.

⁹ DUKE, G. & GEORGE, R.P., «Introduction», en AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 9.

¹⁰ SCHAUER, F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge-Mass. & London, 2015.

¹¹ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

¹² AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing Company, Indianapolis & Cambridge, 1998.

¹³ FL, p. ix.

forzar el cumplimiento de ciertos modos que los restantes sistemas normativos no tienen [...] el derecho tiene sanciones a su disposición que son sistemáticas, muchas veces severas y altamente destacadas. El sistema jurídico puede ponernos en prisión, tomar nuestro dinero, y en algunos lugares azotarnos y hasta matarnos»¹⁴.

Esta explicación de qué es el derecho –sostiene Schauer– permaneció por más de un siglo como la explicación estándar, si bien fue cuestionada desde fuera del ámbito del positivismo, hasta que, desde el mismo interior de la tradición iuspositivista, Hart lanzó un desafío importante a esta tesis. Schauer afirma en este sentido «que el derecho es con frecuencia constitutivo y otorgador de poderes más que coercitivo, es una parte importante del porqué Hart y sus sucesores han denigrado el énfasis en la coerción al intentar comprender en fenómeno del derecho [...] Y si la coerción no es esencial a la misma idea o concepto de derecho, sigue el argumento, entonces la coerción pierde su interés teórico o filosófico en la explicación de la naturaleza del derecho»¹⁵. En rigor, la idea de Hart en este punto no es que en el derecho no exista coerción, sino que no todo en el derecho *se reduce* a la coerción; que existen además recompensas, empoderamientos, distribuciones, coordinaciones de conductas y varios fenómenos humano-sociales más que integran la realidad jurídica sin incluir directamente una dimensión de fuerza física.

Por su parte, Schauer pone de relieve también que, cuando se habla de la fuerza del derecho, no se está haciendo referencia solo a las penas que impone el derecho penal, sino también a las multas, las recompensas, las exenciones impositivas, las clausuras de locales, las prohibiciones de transferencias de propiedad, y así sucesivamente. Esto significa que la cuestión de la coerción en el derecho es bastante más compleja de lo que se piensa habitualmente e incluye un serie de realidades sociales de diferente índole, pero que comparten la característica de ser un intento para forzar a las personas a hacer, o dejar de hacer, ciertas cosas en contra de sus deseos espontáneos. En definitiva, lo que pretende mostrar Schauer en el libro es que la creencia en la fuerza como nota central del derecho se refiere a una realidad más compleja de lo que se admite generalmente y que esa creencia tiene más fundamentos que la más reciente tradición hartiana, según la cual resulta incorrecto definir el derecho a partir solo de su fuerza coactiva.

¹⁴ FL, p. 1.

¹⁵ FL, pp. 2-3.

II. DE NUEVO BENTHAM Y AUSTIN

Para Schauer, Bentham aparece en la historia del pensamiento no sólo como el fundador del positivismo jurídico, sino que resulta ser propiamente el iniciador de la ciencia jurídica (*jurisprudence*) contemporánea, al menos en la tradición analítica, ya que fue él el primero que, de modo sistemático, expuso originariamente la «teoría del mandato» (*command theory*) en el derecho. «De modo más importante, la amenaza de sanciones es para Bentham menos una parte de la definición del derecho que su modalidad más prevalente y su característica más penetrante (*pervasive*). La coerción es algo *añadido* a los mandatos jurídicos para hacerlos efectivos, proveyéndolos de motivos suplementarios para su cumplimiento»¹⁶.

Pero en rigor, quien sistematizó por primera vez la teoría jurídica analítico-positivista fue John Austin, un discípulo de Bentham que fue instalado –por influencia de este último– en una cátedra de derecho de la Universidad de Londres. En esta cátedra, Austin impartió numerosas clases, en las que expuso la doctrina del derecho como mandato coactivo y que reunió en un libro ya citado, *The Province of Jurisprudence Determined*. «Al distinguir –escribe Schauer– la existencia del derecho de su valoración moral, Austin también siguió a Bentham al considerar al mandado respaldado por la amenaza de la fuerza en caso de desobediencia como la característica central del derecho. De hecho, Austin, cuyos compromisos normativos eran menos fervientes que los de Bentham, pero cuyas proclividades (o quizá obsesiones) analíticas eran más fuertes, incorporó la amenaza de la fuerza en sus definiciones de derecho y de obligación jurídica. Derecho, para Austin, era simplemente el mandato del soberano respaldado por la amenaza de un castigo para el caso de no-cumplimiento»¹⁷.

Por supuesto que esta doctrina propuesta por el tándem Bentham-Austin tenía como contraparte asumida tanto la tradición inglesa del *common law* como la más amplia del derecho natural. Estas dos tradiciones se reunían especialmente en el pensamiento de William Blackstone, que resumió estas ideas en su conocido libro *Commentaries of the Laws of England* (1765-1769) y para quien era prácticamente un dogma indiscutible la sentencia *lex iniusta non est lex*¹⁸. El mis-

¹⁶ FL, p. 14.

¹⁷ FL, p. 16.

¹⁸ Véase: MASSINI-CORREAS, C.I., «La máxima *lex iniusta non est lex* y algunas opiniones contemporáneas», en AA.VV., *In umbra intelligentiae, Estudios en homenaje al Prof. Juan Cruz Cruz*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 587-604.

mo Schauer cita un texto del historiador del derecho A.W.B. Simpson, según el cual «en el sistema del *common law* no existe una distinción clara entre sostener que la solución particular a un problema está de acuerdo con el derecho, y decir que es la solución racional, equitativa o justa»¹⁹.

En este contrapunto con las ideas de la tradición central de occidente, Bentham y Austin salieron temporariamente victoriosos (en rigor, todas las victorias son siempre temporarias), ya que su división y separación tajante entre lo que el derecho es –normas coactivas sancionadas por un soberano– y lo que debe ser: racionales y, por lo tanto, justas, fue considerada por más de cien años como la doctrina habitual y razonable en el ámbito de lo jurídico. Puede decirse que, entre los comienzos del siglo XIX y mediados del XX, casi todos los autores de renombre asumieron la tesis del derecho como mandato coactivo; desde Oliver Wendell Holmes y la mayoría de los denominados «realistas» norteamericanos, pasando por Max Weber y culminando en la obra de Hans Kelsen, que puede considerarse como la cima y culminación del positivismo coercitivista, la doctrina jurídica estuvo dominada por los herederos de Bentham y Austin.

Pero después de la Segunda Guerra Mundial y en razón, al menos en parte, de la colectiva toma de conciencia de las atrocidades de las dictaduras –y del sistema jurídico– nazi y stalinista, en el núcleo mismo de la doctrina positivista se comenzó a cuestionar en toda la línea sus afirmaciones originarias, comenzando por abrir la puerta, aunque fuera parcialmente y solo en ciertos aspectos, a la posibilidad de valorar éticamente los mandatos del derecho, sin necesidad de abandonar por ello el ámbito de lo jurídico. Si bien existieron varios precursores, entre ellos Roscoe Pound, el más notable de estos críticos intra-positivistas ha sido indudablemente Herbert L.A. Hart, especialmente en su relevante libro *The Concept of Law* (1961-1994). En este sentido, escribe Schauer que «Allen, Pound y otros han expuesto extensamente los vacíos en la visión de Austin, pero lo que ha devenido la crítica canónica a Austin por sobre-enfatizar la coerción y desdeñar las dimensiones no-coercitivas del derecho, fue la primera parte de *The Concept of Law* de H.L.A. Hart. Sentando las bases de lo que describe como un «nuevo (*fresh*) comienzo» para pensar acerca de la naturaleza del derecho, Hart dedica gran parte de los primeros capítulos de su profundamente influyente libro a una crítica de Austin»²⁰.

¹⁹ FL, p. 19.

²⁰ FL, pp. 26-27.

III. LA POSICIÓN DE HART

Esta crítica de Hart al modelo Austiniano se centra inicialmente en dos puntos principales: (i) que gran parte de lo que se considera habitualmente de derecho (contratos, sucesiones, asociaciones, cesiones, fondos fiduciarios, etc.) es o bien ignorado, o bien comprendido de modo muy insatisfactorio por la explicación meramente basada-en-sanciones; y (ii) que esa explicación deja de lado el papel central del derecho en la constitución o estructuración de esas y otras realidades. En efecto, no sólo se trata de que existan realidades tales como el tránsito automotor, que el derecho ha de regular y coordinar haciéndolo viable y seguro, sino de que también el derecho tiene una función nuclear en la creación o constitución de v.gr. asociaciones civiles o fideicomisos, y otro gran número de entidades e instituciones, a las que no sólo regula y dirige sino que propiamente constituye a través de ciertos procedimientos establecidos por la ley.

Según Hart, la explicación del positivismo austiniano no sólo comprende mal y parcialmente la función regulativa del derecho, sino que se desentien- de completamente de todo aquello que signifique la constitución de entidades jurídicas por parte de las reglas del sistema jurídico. En este punto, Schauer reconoce que para Hart es indispensable formularse esta pregunta: «¿Cómo podemos comprender qué es lo que el derecho está haciendo al constituir estas instituciones y prácticas? El derecho está difícilmente ejerciendo coerción sobre algo o alguien, al menos en el sentido de exigir a la gente que se empeñe o no en cualquiera de estas actividades constituidas por el derecho. El derecho constituye las corporaciones, pero no comanda que alguien tenga que crear una»²¹.

Pero además, Hart no sólo critica en el modelo Bentham-Austin su incapacidad para explicar adecuada y completamente la integralidad del fenómeno jurídico, sino que su cuestionamiento «corta más profundo», como resume Schauer la actitud del profesor de Oxford. «El problema [para Hart] –escribe el autor de *The Force of Law*– no es meramente que las sanciones en el sentido tradicional estén ausentes en la mayor parte de lo que el derecho hace, sino que aun cuando el derecho se presenta en su dimensión más abiertamente regulatoria e imperativa, la existencia de una obligación jurídica es lógicamente distinta de las sanciones y amenazas que el derecho emplea para reforzar sus mandatos y las obligaciones que el derecho crea»²². Y en este punto, Schauer trae a colación

²¹ FL, p. 28.

²² FL, p. 31.

un importante párrafo de Arthur Goodhart, predecesor de Hart como profesor en Oxford, según el cual «es en razón de que una regla jurídica es percibida como obligatoria, que una medida de coerción puede serle incorporada: no es obligatoria solo porque existe la coerción»²³. Esta cita resulta importante en este punto, toda vez que la doctrina personal de Schauer, así como la de Bentham y Austin, es precisamente la contraria.

Ahora bien, en una buena parte de la doctrina jurídica contemporánea, en especial la que sigue los pasos establecidos por Hart, hace suyo el *dictum* de Goodhart y sostiene que tomar a las sanciones como parte de la idea de obligación significa confundir la idea misma de obligación con los instrumentos comúnmente utilizados para reforzarla o asegurarla. «En gran parte de la tradición jurídica contemporánea –sostiene Schauer– la mera posibilidad de obligaciones jurídicas independientes de sanciones resulta suficiente como para sostener que esas sanciones –la coerción– no son parte de la *naturaleza* del derecho [...] La coerción emerge [entonces] como contingente pero no necesaria, útil pero no esencial, ubicua pero no universal, y por lo tanto no como parte de la propia naturaleza del derecho»²⁴. Dicho de otro modo: para los neopositivistas hartianos, críticos del positivismo originario de Bentham y Austin, el fundamento de la obligatoriedad jurídica de las normas ha de buscarse en otro lugar diverso del sistema de sanciones establecido por el derecho, cuya finalidad es la de garantizar o asegurar el cumplimiento efectivo de esas obligaciones.

Para Hart, este lugar radica en ciertas reglas sociales, denominadas «reglas de reconocimiento», que establecen cuáles normas forman parte del sistema jurídico, es decir, del derecho, y están dotadas por lo tanto de obligatoriedad. Según este autor, esto debe ser presentado «en términos de una situación social más compleja, en la cual una regla de reconocimiento de carácter secundario es aceptada y usada para la identificación de reglas primarias de obligación. Es esta situación la que merece ser denominada, si existe algo que deba serlo, como los fundamentos de un sistema jurídico»²⁵. De este modo, el profesor de Oxford alcanza, o al menos pretende alcanzar, el doble objetivo de superar la propuesta austiniiana, y al mismo tiempo permanecer dentro de los límites estrictos del positivismo analítico²⁶.

²³ *Ibidem*.

²⁴ FL, pp. 35-36.

²⁵ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 100.

²⁶ Véase: MARMOR, A., *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2011, pp. 48-59.

IV. LA REACCIÓN DE SCHAUER

Ahora bien, y tal como se consignó más arriba, a pesar de que la mayoría de los autores que se auto-titulan positivistas han adoptado la perspectiva de Hart y abandonado el punto de vista benthamita-austiniano, aún persisten en la academia defensores a ultranza del positivismo originario, es decir, de la concepción imperativo-coercitiva del derecho. Uno de ellos es Frederick Shauer, quien centra la defensa de esta concepción en tres argumentos principales: (i) la perspectiva desde la que debe estudiarse la noción de derecho, es la meramente empírico-sociológica, dejando de lado la pretensión de conocer «naturalezas», «esencias», valores o ideales normativos; (ii) la noción de «coerción» que debe utilizarse en la noción positivista del derecho es mucho más amplia y compleja que la que se limita a las sanciones penales y otras similares, lo que hace posible aplicarla a muchas más realidades y situaciones que aquellas a las que la circunscribía Austin; (iii) si bien la coerción no puede dar una explicación única y total del modo de ser del derecho, es uno de los principales (si no el principal) de los modos de diferenciar el orden jurídico de otros órdenes directivos de la conducta humana; es más, la concepción imperativo-coercitiva del derecho es la explicación más acabada –sostiene Schauer– de la realidad jurídica, si bien no de su «naturaleza» o «esencia», que son conceptos «misteriosos» y en cuanto tales no susceptibles de conocimiento riguroso, pero sí del derecho en cuanto aparece a la experiencia empírica.

Comenzando con la revista de las explicaciones de Schauer acerca del valor epistémico de su postura con la que hemos enumerado en primer lugar, conviene destacar que este autor, desde la primer página de su libro, sostiene que «ha llegado a ser claro para mí que el papel de la fuerza en el derecho no puede ser relegado simplemente a un lado de los debates en la jurisprudencia (*jurisprudence*) filosófica. Más bien, el tópico referido a la fuerza en el derecho tiene dimensiones sociológicas, psicológicas, políticas y económicas, que van más allá de lo conceptual y lo filosófico. Aferrarse a estas dimensiones empíricas de la coercitividad que impregna el sistema jurídico, puede ayudarnos a entender lo que es el derecho, cómo opera y el papel que cumple en la organización de la sociedad»²⁷.

Y más adelante, refiriéndose a la cuestión de las relaciones entre el «debe» y el «es», Shauer afirma que, «para los presentes propósitos, la cuestión no es

²⁷ FL, pp. ix-x

si los ciudadanos *deberían* seguir las directivas del derecho porque es el derecho sino, y en qué extensión, ellos realmente lo hacen [...] entonces la coerción emerge como un fenómeno empírica aunque no lógicamente necesario para que el derecho haga lo que se espera de él»²⁸, destacando después la importancia de «mirar a la obediencia al derecho descriptivamente más que normativamente...»²⁹. Esta perspectiva sociológica –sostiene este autor– es la propia de Bentham y «si estamos tratando de entender lo que diferencia al derecho de los otros sistemas sociales, podemos ser asistidos reconociendo la parcial diferenciación sociológica, una diferenciación que no es menos real ni menos importante que las varias otras formas de diferenciación»³⁰.

De aquí se sigue claramente que la perspectiva de consideración adoptada por este autor para el estudio del derecho es de carácter meramente descriptivo, o como él mismo precisa, «sociológico», es decir, centrado en el estudio fáctico de las conductas en cuanto determinadas por un sistema de imperativos acompañados de sanciones –al menos en definitiva– coercitivas. Por supuesto que la adopción de esta perspectiva supone dejar de lado cualquier consideración propiamente normativa del fenómeno jurídico, es decir, abandonar toda consideración acerca de lo que la gente, en especial los ciudadanos, *debe hacer* para coordinar su vida en común de modo de hacerla razonablemente conveniente³¹, y concentrarse en una mera revista o exposición de determinados hechos sociales de coerción y de respuesta fáctica a esos actos coercitivos.

Y en lo que respecta al segundo de los argumentos desarrollados por el autor, el referido a la amplitud de la noción de coerción vigente en el ámbito jurídico, Schauer sostiene que «cuando se entienden las sanciones como tentativas del estado de proveer motivaciones para la obediencia al derecho, aparte de las motivaciones basadas-en-contenidos para empeñarse en una conducta consistente con el derecho, y por lo tanto coaccionando a la gente para que siga el derecho solo porque es el derecho, no es necesario pensar, al menos para nuestros propósitos aquí, en la vergüenza y varias otras penalidades que dañan la reputación, como si fueran diferentes de la prisión, las multas, las inhabilidades civiles, o bien los azotes»³². Para Schauer, claramente todas son sanciones,

²⁸ FL, pp. 55-56.

²⁹ FL, p. 56.

³⁰ FL, pp. 122-123.

³¹ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 66-73.

³² FL, pp. 133-134.

es decir, incentivos externos para el cumplimiento: «La gente quiere evitar el verdugo y también obviar las formas menos definitivas de castigo o desagrado, pero la motivación humana es más compleja que esto»³³ y lo ejemplifica con el título de un capítulo: «sobre zanahorias y palos» (*of carrots and sticks*), con lo cual incluye claramente a las recompensas entre las sanciones disponibles³⁴.

Y más adelante sostiene que «aún dentro de la categoría de las sanciones, es útil asimismo distinguir la amenaza o la actual aplicación de la fuerza física de otras varias sanciones. La pérdida de la licencia de conducir, por ejemplo, es una sanción, pero no es la aplicación directa de la pura fuerza física. [Pero] es verdad –concluye Schauer– que la mayoría, y quizá todas, de las sanciones del derecho dependen en última instancia de personas con armas, y que es algo importante en la observación común que el derecho depende del monopolio por parte del estado del uso legítimo de la fuerza física»³⁵. De donde se sigue que, desde la perspectiva de Schauer, a pesar de la multiplicidad, complejidad y variedad de las diferentes formas de sanción, todas ellas terminan descansando, directa o indirectamente, en el uso de la coerción física por parte del estado. Por ello, aunque dotada de una sutileza y perfeccionamiento que carecía en su versión originaria, la doctrina coercitiva de la juridicidad continuaría –según este autor– conservando su vigencia y capacidad explicativa.

En definitiva, y en referencia a la tercera de las argumentaciones, es claro que Schauer termina recurriendo al recurso a la coerción –en definitiva a la fuerza física– para explicar y distinguir al derecho de los restantes órdenes normativos: morales, de etiqueta, de normas sociales, etc. «Y de este modo –escribe este autor– si bien las diferencias sociológicas, procedurales, metodológicas y basadas-en-las-fuentes, son todas candidatas para la explicación de la diferenciación del derecho, también lo es la idea de coerción [...] Podemos, por lo tanto, agregar la coerción a la lista de candidatos para la explicación de la diferenciación del derecho, con la conciencia del hecho de que ninguna de estas características diferenciadoras necesita ser excluyente de las otras. Porque, si ponemos aparte las cuestiones acerca de conceptos y naturalezas y otra entidades misteriosas de ese tipo, simplemente queremos entender el fenómeno del

³³ FL, p. 98.

³⁴ Schauer recuerda que Bentham reconocía (aunque no siempre) el carácter sancionatorio de las recompensas, pero se resistía a incluirlas en el ámbito del derecho; por su parte Austin rechazaba la aplicación del término «sanción» tanto a los castigos como a las recompensas; estas últimas no serían propiamente sanciones (FL, pp. 110-112).

³⁵ FL, p. 129.

derecho tal como lo conocemos y lo experimentamos [...] Por lo tanto, aún si ponemos a un lado la posibilidad de que la coerción defina al derecho, o sea un componente necesario del derecho, es contra-intuitivo rehusarse a reconocer que ella es ubicua en el derecho»³⁶.

Esto significa que si bien Schauer reconoce que las dimensiones coercitivas del derecho no son todo el derecho, «si la tarea de entender un fenómeno comienza con ciertos caracteres del fenómeno cuya presencia debe suponer cualquier explicación satisfactoria de ese fenómeno, la coerción debe ser [en el caso del derecho] enumerada entre esos caracteres»³⁷. Y además, «relegar el aspecto coercitivo del derecho a los márgenes del interés teórico sobre él, es perverso»³⁸. De aquí se sigue que, según Schauer, si bien no es posible sostener que la coerción es de la naturaleza del derecho, ya que no existen naturalezas o esencias de ningún tipo, sí es posible enumerar a la coerción como un elemento o dimensión empírica del fenómeno jurídico.

V. MÁS ALLÁ DE LAS TESIS DE SCHAUER

Luego de haber sintetizado escuetamente las tesis centrales del libro de Schauer, en lo que sigue corresponde realizar un análisis estimativo-valorativo de sus afirmaciones centrales, para pasar luego a resumir y explicitar una propuesta alternativa a la desarrollada por el profesor norteamericano. En cuanto a la primera de estas tesis, aquella según la cual el estudio del cometido o puesto de la coerción en el derecho debe realizarse, bajo pena de caer en el ámbito de lo «misterioso» o «perverso» (*perverse*), desde una perspectiva meramente descriptiva o «sociológica», Schauer la expone explícitamente cuando escribe que «este libro es un desafío al modo prevalente de investigación en ciencia jurídica (*jurisprudential*). Para la mayoría de los que practican contemporáneamente la ciencia jurídica, la principal o quizá exclusiva tarea de su empresa intelectual es la de identificar las propiedades *esenciales* (*essential*) del derecho, la propiedades sin las cuales no existiría derecho, y las propiedades que definen el derecho en todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos posibles [...] Recalcando la importancia de la coerción en el derecho tal como él existe y es expe-

³⁶ FL, pp. 158-159.

³⁷ FL, p. 165.

³⁸ FL, p. 167.

rimentado, aunque no insistiendo en que la coerción es una nota esencial de cualquier derecho o bien de cualquier sistema jurídico imaginable, yo desafío los métodos de la moderna ciencia del derecho, así como una de sus conclusiones importantes»³⁹.

El principal problema que se plantea al desafío de Schauer es que el método que califica de «misterioso» y «perverso», parte de la aceptación de que el objeto o materia de los saberes que pueden denominarse «prácticos»: éticos, jurídicos, políticos, económicos, etc., son las diferentes formas de la praxis humana, es decir, de la conducta deliberada y electiva⁴⁰. Ahora bien, no obstante que esa conducta o praxis humana tiene muchas veces una dimensión externa cognoscible de modo empírico-descriptivo: la acción de un padre que le da un reto a su hijo o la de un deudor que paga lo debido a su acreedor pueden ser percibidas sensorialmente y descriptas con referencia a datos empíricos, resulta claro que una comprensión del sentido de ese comportamiento requiere *algo más* que esa mera descripción externa: necesita del discernimiento de su finalidad, de la intención con la que se realiza, del objetivo que se busca al ponerlo en la realidad. Sólo así puede distinguirse un reto de un elogio o el pago de una deuda de un préstamo.

En este sentido, y tal como lo ha explicado con acierto John Finnis, «la reflexión sobre la metodología de cualquier ciencia social confirma que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales al menos que también él participe de la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica [...] Pero las acciones, prácticas, etc. solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidas por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc.»⁴¹. Y más adelante este autor precisa que «¿Puede el teórico hacer algo más que una lista de estas cambiantes concepciones o prácticas y de sus correspondientes denominaciones? Incluso una lista exige algún principio de selección de los objetos que se incluirán en ella. Y la teoría del derecho, así como las otras ciencias sociales, aspira a ser más que una conjunción de lexicografía e historia local...»⁴².

³⁹ FL, pp. x-xi.

⁴⁰ MASSINI-CORREAS, C.I., «Sobre el *rule of law*...», *op. cit.*, pp. 633-637.

⁴¹ FINNIS, J., *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 3.

⁴² *Ibid.*, p. 4.

Ha escrito también Finnis a este respecto que «el trabajo más reciente en filosofía del derecho incluye varias discusiones sobre la ‘naturaleza o esencia’ del derecho humano, entendidas como aquellas propiedades del derecho que son necesarias, o al menos importantes, típicas o características del ‘derecho en cuanto tal, dondequiera que se encuentre’ (o que ayudan a explicar cómo y por qué el derecho humano puede ser considerado un *tipo* o una *índole*, y las leyes o los sistemas jurídicos como sus concreciones (*instances*) o casos particulares (*instantiations*)⁴³. Está claro, desde esta perspectiva, que la pretensión de Schauer de prescindir de las nociones universales, lo deja, según esta opinión, fuera de «el trabajo más reciente en filosofía del derecho».

Y volviendo a uno de los ejemplos que se pusieron más arriba, resulta claro que para saber si una entrega de billetes es un pago y no un préstamo, una donación, o una inversión en una sociedad, no es suficiente con la descripción del movimiento de los brazos y del traspaso de un conjunto de billetes (suponiendo que sepamos lo que son los billetes), sino que es necesario conocer el fin de la acción, su sentido, el valor jurídico que tiene la acción del pago y sus consecuencias en el ámbito del derecho. Con la sola descripción empírica del hecho bruto no se alcanza un conocimiento cabal del significado de la acción de pagar, que consiste en una acción física de entrega de dinero con la finalidad constitutiva de saldar una deuda, y que además está regulada por un complejo normativo jurídico.

Esto ocurre en todos los casos en que se pretende alcanzar el conocimiento de las praxis humanas en cuanto tales, es decir, desde la perspectiva de la realización acabada o paradigmática de su modo de ser propio, que es el propio del pensamiento práctico y el que distingue una cierta índole de praxis y de otra diferente, aun cuando tengan similitudes y paralelismos⁴⁴. Y esto ocurre especialmente en el ámbito del conocimiento jurídico filosófico, o de la filosofía del derecho, si bien todo conocimiento propiamente jurídico participa de algún modo de este carácter práctico-normativo. En otras palabras, un conocimiento jurídico en sentido estricto, que proporcione integralmente el saber necesario y útil acerca del derecho, ha de ser un conocimiento *normativo*, es decir, que incluya el fin que se persigue, el valor que otorga plenitud a la acción-praxis, y la dirección que es necesario seguir para alcanzar el bien que proporciona

⁴³ Véase: FINNIS, J., «Aquinas and Natural Law Jurisprudence», en AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 49.

⁴⁴ MASSINI-CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho-III-El Conocimiento y la Interpretación Jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 61-82.

las razones, o el sentido, a la acción a realizar. «La premisa completamente razonable para el conocimiento del derecho positivo como razón para la acción (como juez, administrador u otro sujeto jurídico) es una premisa moral: la justicia como aspecto fundamental de la promoción del bien común de mi [o de cualquier] comunidad política...»⁴⁵.

Por su parte, Schauer, al colocar la nota central [recordar que para él no existen esencias] del derecho en el uso de la fuerza, intenta reducir el conocimiento jurídico a la descripción de un fenómeno empírico, sin el contexto normativo (valorativo, directivo) que es necesario para comprender su sentido práctico-jurídico. Pero la ausencia de este contexto normativo, que resulta constitutivo del derecho y del conocimiento jurídico, hace imposible la distinción de los fenómenos jurídicos de aquellos que no lo son, así como de los diferentes tipos de concreciones del derecho entre sí. Al descartar las esencias de las realidades jurídicas por «perversas» y «misteriosas», le resulta imposible la determinación de las diferentes índoles, tipos, clases o categorías de la praxis –así como de las normas– jurídicas. Dicho brevemente, se esfuma de modo definitivo la posibilidad de un saber jurídico propiamente tal, que trascienda –como lo expresa Finnis– la mera lexicografía de acciones sin sentido humano-práctico.

VI. EL REDUCCIONISMO DE SCHAUER

La segunda de las argumentaciones centrales del autor del libro analizado se refiere a que es posible superar el simplismo de la exposición de Austin, que reducía el derecho normas coactivas y a su vez condensaba la coacción a la imposición de penas o sanciones represivas, cuyo paradigma eran las que imponían los verdugos. Para Schauer, el ámbito de la fuerza en el derecho tiene una amplitud y complejidad mucho mayor, que abarca multas, recompensas, nulidades, incapacidades jurídicas, daños en la reputación, incentivos y otras realidades similares⁴⁶. De este modo, sostiene el autor, la amplificación de la noción de coacción hace posible aplicar su definición de derecho como reglas coactivas a un ámbito mucho mayor de normas que las previstas por Bentham y su principal discípulo y de ese modo la tesis de la coacción aparece como mucho más razonable y verosímil que en el caso de los positivistas fundacionales.

⁴⁵ FINNIS, J., *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁶ FL, pp. 98-99.

Es indudable que en este caso el argumento Schauer tiene toda la razón: es mucho más creíble una tesis que engloba una gran cantidad de fenómenos jurídicos que una que se limita a unos pocos y deja afuera, como la maleta de los Tres Chiflados, la mitad de la ropa que hay que guardar. Pero habiendo reconocido el valor puntual de este razonamiento, que no obstante no resuelve mínimamente la cuestión central, resulta necesario pasar al análisis de la tercera y última de las argumentaciones elaboradas por el profesor norteamericano: la que sostiene que la concepción imperativo-coercitiva del derecho es la explicación y diferenciación más acabada de la realidad jurídica, si bien no de su «naturaleza» o «esencia»⁴⁷, que son para Schauer conceptos «misteriosos» y en cuanto tales no susceptibles de conocimiento riguroso, pero sí explicativa del derecho tal y como aparece a la experiencia empírica.

A este respecto, cabe destacar en primer lugar en problema que se le plantea a Schauer para alcanzar una categoría clasificatoria en la que incluir a la coerción como *definiens* del derecho, que no pueda ser calificada como «esencia» o «naturaleza» y por ende no revista carácter universal, pero que al mismo tiempo no sea meramente accidental o contingente, y por lo tanto sirva para definir el derecho con una cierta generalidad y estabilidad conceptual⁴⁸. Dicho en otras palabras: que se trate de una categoría o atributo que no incluya necesariamente, es decir, universalmente, a todo el derecho, pero que a la vez no se reduzca a una nota meramente fortuita o eventual.

Lamentablemente, la existencia de este *tertium genus* entre lo natural-universal y lo contingente-ocasional no puede ser defendida razonablemente, ya que los cuantificadores lógicos son de dos tipos: a) universales («para todo...») y b) particulares o existenciales («para cierto...») y no existe una tercera opción, es decir, un concepto que se aplique a todo el derecho y a la vez no sea universal⁴⁹. Por otra parte, una definición real, del tipo de las definiciones de la realidad *derecho*, «es una proposición que establece o fija una característica de algún objeto u objetos de un cierto tipo y que puede ser asignado a esos y solo a esos objetos»⁵⁰. En otros términos, consiste en una proposición universal. Y no puede ser de otro modo, toda vez que una definición que se aplicara par-

⁴⁷ WALUCHOW, W. y SCARAFIA, S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁴⁸ FL, pp. 102-103.

⁴⁹ KALINOWSKI, G., *La logique déductive*, PUF, Paris, 1996, p. 6.

⁵⁰ ZIEMBINSKI, Z., *Practical Logic*, D. Reidel Publishing & Polish Scientific Publishers, Dordrecht-Boston-Warsawa, 1976, p. 51.

cialmente a un cierto tipo de realidades, pero que a la vez pudiera aplicarse a realidades de otro tipo o excluir cierto número de individuos del tipo definido, no sería de utilidad alguna, ni en el ámbito del derecho ni en ningún otro espacio o condición.

Pero más allá de esta objeción de carácter lógico, es preciso volver al núcleo de la argumentación de Schauer: ¿es posible sostener que una norma reviste carácter jurídico, al menos cuasi-universalmente, solo, o casi exclusivamente, porque lleva asociada una sanción? O en otras palabras: si a esa misma norma que denominamos jurídica se le quitara la sanción, ¿dejaría inmediatamente de serlo por ese solo hecho? Acerca de esta perspectiva, que es la de Schauer, Finnis ha escrito acertadamente que «desde este punto de vista, lo que hace (por ejemplo) de la tortura algo moralmente malo no es el sufrimiento de la víctima, sino el dolor del torturador cuando, si lo es alguna vez, es castigado por alguien que, habiendo prohibido esa tortura (¿por qué?), tiene el poder de infligir un castigo por la violación de su mandato»⁵¹.

Pareciera que la clave de este párrafo está en la expresión «¿por qué?» referida al ejemplo de la prohibición de la tortura, ya que la razón para actuar de acuerdo con la norma que prohíbe la tortura solo puede radicar, al menos en principio, en que esta acción atenta contra el bien humano básico de la vida (que incluye la salud y la integridad física y psíquica) y por lo tanto proporciona una razón práctica para no realizarla⁵²; y es por lo tanto el respeto de este bien el que justifica racionalmente la instauración de esa norma prohibitiva, así como el ulterior establecimiento de una sanción para el torturador, esto último en razón de la relevancia que tiene ese bien básico para la permanencia, desarrollo y perfeccionamiento de la vida humana.

De este modo, son los bienes humanos, vistos desde la perspectiva de su realización comunitaria, es decir, como bienes comunes que se participan por quienes forman una comunidad completa de vida humana, los que en definitiva fundamenta que se establezcan sanciones v.gr. para quienes torturan. Ahora bien, resulta razonable que no todo atentado a un bien humano justifica el establecimiento de sanciones para quienes lo realizan; sólo aquellas acciones que implican un atentado grave y considerable al bien común político, y cuya reali-

⁵¹ FINNIS, J., *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 30.

⁵² TOLLEFSEN, C., «Natural Law, Basic Goods and Practical Reason», en AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Duke, G. & George, R.P. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 139 ss.

zación puede impedir un orden razonable de la convivencia y aún la existencia misma de la comunidad completa, autorizan el establecimiento de sanciones jurídicas que, como lo explicita Schauer reiteradamente, revisten muy diferentes modalidades y categorías⁵³.

Sobre este tema, Finnis ha escrito que «las prohibiciones del derecho penal se justifican por un objetivo simple: que determinadas formas de conducta, incluidas determinadas omisiones, acontezcan con menor frecuencia que si no estuvieran prohibidas [...] La ‘meta’ de los sistemas modernos de derecho penal [...] solo puede describirse como una determinada forma o cualidad de la vida en común, en la cual las exigencias del bien común ciertamente son clara e insistentemente preferidas a la indiferencia egoísta o a las exigencias individualistas de permisividad [...]; las sanciones –concluye– son parte de la empresa de ordenar jurídicamente la sociedad, una empresa racionalmente exigida solo por ese complejo bien de los individuos que denominamos bien común»⁵⁴.

VII. BIEN COMÚN Y RAZÓN PRÁCTICA

Reformulada sintéticamente, esta idea, central de la tradición iusnaturalista, afirma que aquello que otorga justificación racional a la obligación jurídica es la exigencia moral de realizar el bien humano común de los integrantes de las comunidades políticas o completas, y la relevancia e inexcusabilidad de esta exigencia es la que a su vez da razón y fundamenta las sanciones (a veces estrictamente coercitivas y otras no propiamente) que el derecho adjunta a las normas jurídicas para garantizar su eficacia social. Sólo en el caso de que esas exigencias del bien común resulten indispensables para la existencia de una armónica colaboración social ordenada a ese bien, resulta justificado hacer en definitiva uso de la fuerza estatal, en sus diferentes y múltiples concreciones⁵⁵.

Por todo ello, si no existe ordenación racional del contenido de las normas al bien común de la sociedad completa, no habrá propiamente obligación jurídica y por ende tampoco habrá sanción en cierta medida coercible. En este punto

⁵³ Véase: MASSINI-CORREAS, C.I., «Privatización y comunidad del bien humano», en *Anuario Filosófico*, n° XXVII/2 (1994), pp. 817-828.

⁵⁴ FINNIS, J., *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 261-264.

⁵⁵ DOUGHERTY, J.P., «Aquinas on Punishment», en Elders, L.J. & Herwig, K. (eds.), *Lex et Libertas. Freedom and Law According to Thomas Aquinas*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, pp. 161-167.

sostiene Finnis que «ninguno de estos actos de voluntad [creadores de normas jurídicas] tendrá la menor normatividad, o capacidad de crear una obligación, salvo por su inclusión en o bajo algún esquema(s) racional de coordinación en orden a ciertos bienes inteligibles. La *voluntad* sin percepción de la *razón* de los bienes indispensables es puro fetichismo; hay algo de primitivo, infantil, en las apelaciones a la voluntad como la fuente explicativa de la obligación, aun en los casos en que un acto de voluntad [...] sea una condición necesaria [aunque no suficiente] para la creación de la obligación en cuestión»⁵⁶.

Por lo tanto, queda en claro que esta obligación jurídica no pertenece, ni directa ni indirectamente, al orden de los meros hechos de fuerza, que son susceptibles de descripciones fácticas, pero nunca capaces de justificar exigencias de carácter deóntico. Por el contrario, las obligaciones en el ámbito del derecho, como en todo el orden práctico, se fundan en exigencias razonables en orden al bien humano común, que suponen la libertad del agente para cumplirlas⁵⁷. Todo este orden de las exigencias que el bien, y especialmente el bien común, plantean a la acción humana libre, suele denominarse «deóntico», vocablo que proviene del griego *déon*, que significa lo obligatorio, lo justo o lo adecuado⁵⁸. Se trata, por lo tanto, de un ámbito real y epistémico distinto del de los meros hechos empíricos y que está constituido por razones para la acción, normas también racionales, y actos electivos o libres. Es el orden que Tomás de Aquino designaba, en su Prólogo al *Comentario de la Ética*, como aquél «que la razón, considerándolo, pone en las operaciones de la voluntad» y al que llama «orden de las acciones voluntarias», cuyo estudio corresponde a la *Filosofía Moral*⁵⁹.

De este modo, solo una ordenación racional y finalista al bien humano común puede generar una obligación que, en el ámbito del derecho, alcance a justificar, en ciertos tipos de casos, el establecimiento de sanciones incorporadas a las normas jurídicas⁶⁰. Por su parte, los datos fácticos conocidos empíricamente pueden proporcionar detalles sobre el contenido y modalidades de las diferentes sanciones jurídicas, pero nunca justificar racional y deónticamente la presencia de la coerción –el uso de la fuerza– en el derecho.

⁵⁶ FINNIS, J., «Aquinas and Natural Law...», *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷ Véase: FAGOTHEY, A., *Ética. Teoría y Aplicación*, Interamericana, Ciudad de México, 1993, pp. 120-125.

⁵⁸ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, t. I, Alianza, Madrid, 1979, p. 749.

⁵⁹ TOMÁS DE AQUINO, *In decem libros Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Spiazzi, R.M. (ed.), Marietti, Torino, I, 1-2.

⁶⁰ FAGOTHEY, A., *Ética. Teoría y Aplicación*, *op. cit.*, pp. 116-125.

De este modo, es posible sostener en definitiva que la coacción, desde el punto de vista «misterioso» y «perverso» del que abomina Schauer, es el último eslabón de una cadena que comienza con la existencia de ciertos bienes humanos básicos o dimensiones del perfeccionamiento humano, que sólo pueden realizarse integralmente en el marco de una comunidad de vida completa, llamada «política» desde la Grecia Clásica⁶¹. El direccionamiento de la conducta humana hacia esos bienes, que por generarse y distribuirse en comunidad se denominan «bienes comunes»⁶², se lleva a cabo fundamentalmente a través del sistema de normas (proposiciones práctico-normativas) que normalmente se denomina «derecho», y que coordinan las actividades humanas para hacer posible la realización del bien humano en común. Este bien común tiene tanta relevancia y es tan básico para el bienestar, la paz social y la supervivencia humana, que las sociedades políticas de todas la épocas han asociado a las normas de derecho o normas jurídicas, la previsión de ciertas restricciones o consecuencias negativas –a veces sumamente graves– denominadas «sanciones», para asegurar el cumplimiento de sus exigencias, indispensables para la vida en común.

Todo este esquema viene presidido por la llamada «razón práctica», que es la que descubre el bien humano, percibe su necesaria dimensión común, y organiza la autoridad política que debe articular la ordenación de las praxis humanas hacia ese bien, especialmente a través de las normas denominadas «jurídicas». Dicho en otras palabras: la razón práctica dirige la acción humana hacia sus bienes propios, que solo se alcanzan en común, a través del derecho-normas jurídicas. Y la exigibilidad y carácter imprescindible de ese bien común humano, hacen conveniente –a veces imprescindible– que las normas centrales de ese orden al bien común sean acompañadas por sanciones de diverso tipo, de modo de asegurar su efectiva dirección de las conductas hacia ese bien⁶³.

Por el contrario, la defensa de la tesis de la juridicidad por la coerción significa un reductivismo decisivo, toda vez que un elemento claramente parcial e instrumental del derecho: la implementación de sanciones para asegurar su cumplimiento, deviene el fenómeno explicativo total del múltiple y complejo fenómeno jurídico. Además, se trata de un argumento reductivo, toda vez que

⁶¹ Véase: KRAUT, R., *Aristotle. Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 192 ss.

⁶² Véase: FORMENT, E., «La filosofía del bien común», en *Anuario Filosófico*, n.º XXVII/2 (1994), 797-816.

⁶³ Sobre la noción de «razón práctica», véase: RODRÍGUEZ-BLANCO, V., *Law and the Authority under the Guise of the Good*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2016, pp. 59 ss.; AUDI, R., *Reasons, Rights and Values*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 13-125.

se pretende condensar en una particular dimensión material del fenómeno jurídico, todo el conjunto de factores deónticos, motivacionales, objetuales, inferenciales, etc. que constituyen la realidad –accidental, pero realidad al fin– del derecho en toda su inagotable riqueza analógica⁶⁴.

VIII. EPÍLOGO

De todo lo expuesto hasta ahora, es posible concluir con las siguientes afirmaciones generales:

- a) La pretensión del positivismo originario de conceptualizar al derecho como el conjunto de normas dotadas de coacción sancionadas por el estado soberano, adolece de debilidades e incorrecciones que la descartan como opción válida en la jurisprudencia contemporánea; esto se manifiesta con el abandono casi total, aun por las direcciones autodenominadas positivistas, en especial de las que siguen las ideas de Herbert Hart, de esa alternativa explicativa como opción válida en el conocimiento jurídico; además, se ha visto que significa un reduccionismo trivial y simplificador en la dilucidación de la noción de derecho en su significación central;
- b) Desde la perspectiva del iusnaturalismo clásico, las normas generales de la comunidad completa no son derecho porque lleven adosada una sanción coercitiva, sino que, a la inversa, la alta exigibilidad del derecho es la que justifica racionalmente que se le asocien sanciones de diferente tipo; a su vez, esta exigibilidad del derecho se explica por su ordenación constitutiva al bien común, que se constituye por la armonización de los bienes humanos básicos, dimensiones del perfeccionamiento humano que solo pueden alcanzarse y distribuirse en el contexto de una sociedad completa o política;
- c) Estos bienes –y el consiguiente bien común político– son descubiertos, determinados y dirigidos en su búsqueda y en su logro por un uso especial de la facultad racional humana: la razón práctica, dimensión de la actividad racional que tiene por *objeto* las praxis humanas y sus concre-

⁶⁴ Véase: MASSINI-CORREAS, C.I., «Riduzionismo, fatti sociali e normatività del diritto», en *Rivista di Filosofia del Diritto*, n° 1 (2013), pp. 227-244; NEY, A., «Reductionism», en *Internet Encyclopedia of Philosophy*, WWW.iep.utm.edu/red-ism/.

- ciones, por *finalidad* dirigir esas praxis hacia el bien humano y por *modo* propio la síntesis compositiva de los diferentes principios y normas en una dirección concreta de la praxis; esta razón práctica es la que preside la sinergia de las normas jurídicas al bien humano común, y dirige, valora y establece las sanciones necesarias para el efectivo cumplimiento de la normatividad jurídica; y también las justifica, haciendo ostensiva su necesidad deóntica para el logro de la perfección –comenzando por la supervivencia– de las personas humanas;
- d) El origen de todos los intentos contemporáneos de reducir el derecho a mera fuerza, a relaciones de dominación o a simples discursos ideológicos, radica en el paulatino abandono, que cruza la historia del pensamiento occidental, de toda la amplitud de la razón para conocer, explicar y pensar la realidad: las realidades metafísicamente trascendentes, a través de la teología, la realidad completa a través de la metafísica, las realidades prácticas a través de la ética, la ciencia política, el saber jurídico, etc.; por lo tanto, si se pretende reconstruir los diferentes ámbitos del saber, entre ellos el saber jurídico, bajo la conducción de la razón humana, será necesario promover una actitud de apertura y despliegue de la potencia racional y consecuentemente dejar de lado los prejuicios, cierres y reductivismos que limitan y disuelven su ministerio propio, y de este modo menoscaban radicalmente las posibilidades del entendimiento humano y de la praxis por él dirigida y valorada.

IX. LISTA DE REFERENCIAS

- AUSTIN, J. (1998), *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing Company, Indianapolis-Cambridge.
- DOUGHERTY, J.P. (1987), «Aquinas on Punishment», en Elders, L.J. & Hedwig, K., *Lex et Libertas. Freedom and Law According to Thomas Aquinas*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano.
- DUKE, G. y GEORGE, R.P. (2017), «Introduction», en AA.VV., *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melbourne-Delhi-Singapore.
- FAGOTHEY, A. (1973), *Ética. Teoría y Aplicación*, Interamericana, México D.F.
- FERRATER MORA, J. (1979), *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid.
- FINNIS, J. (2011), *Natural Law and Natural Rights*, 2a ed., Oxford University Press, Oxford.
- FINNIS, J. (2011), «Law as Coordination» en *Collected Essays-IV-Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford.

- FINNIS, J. (2017), «Aquinas and Natural Law Jurisprudence», en AA.VV. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melbourne-Delhi-Singapore.
- FORMENT, E. (1994), «La filosofía del bien común», *Anuario Filosófico*, n° XXVII/2.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London.
- GILSON, É. (2004), *La unidad de la experiencia filosófica*, Rialp, Madrid.
- HART, H.L.A. (1961-1994), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KRAUT, R. (2002), *Aristotle. Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- MARMOR, A. (2011), *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton & Oxford.
- MASSINI-CORREAS, C.I. (1994), «Privatización y comunidad del bien humano», *Anuario Filosófico*, n° XXVII/2.
- MASSINI-CORREAS, C.I. (2011), «La máxima *lex injusta non est lex* y algunas opiniones contemporáneas», en AA.VV., *In umbra intelligentiae. Estudios en homenaje al Prof. Juan Cruz Cruz*, EUNSA, Pamplona.
- MASSINI-CORREAS, C.I. (2012), «Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho», *Persona & Derecho*, n° 67.
- MASSINI-CORREAS, C.I. (2013), «Riduzionismo, fatti social e normatività del diritto», *Rivista di filosofia del diritto*, n° 1.
- MASSINI-CORREAS, C.I. (2014), «Sobre el rule of law y el concepto práctico del derecho», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 20, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin-Bogotá.
- MACCORMICK, N. (2010), *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.
- MCINERNEY, R. (1996), *Aquinas & Analogy*, CUA Press, Washington D.C.
- NEY, A. (2017), «Reductionism» en *Internet Encyclopedia of Philosophy*, WWW.iep.utm.edu/red-ism/.
- SCARPELLI, U. (2001), *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. J. Hennequin, Cajica, Puebla-México.
- SCHAUER, F. (2015), *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge-Mass./London.
- TEBBIT, M. (2017), *Philosophy of Law. An Introduction*, Routledge, London & New York.
- TOLLEFSEN, C. (2017), «Natural Law, Basic Goods and Practical Reason», en AA.VV. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melbourne-Delhi-Singapore.
- TOMÁS DE AQUINO (1964), *In decem libros Aristotelis ad Nicomachum expositio*, ed. R.M Spiazzi, Marietti, Torino.
- WALUCHOW, W. & SCIARAFFA, S. (eds.) (2013), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- WESTBERG, D. (2002), *Right Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.
- ZIEMBINSKI, Z. (1776), *Practical Logic*, D. Reidel Publishing-Polish Scientific Publishers, Dordrecht-Boston-Warsawa.