

A PHRASE WHICH RESTS UPON CONFUSION.
LLEWELLYN Y EL PROBLEMA DE LA “OBSERVANCIA DEL DERECHO”¹
A Phrase Which Rests Upon Confusion.
Llewellyn and the puzzle of “law observance”

LUCA MALAGOLI²
Università degli Studi di Genova, Italia

Resumen

El objetivo del presente artículo es el análisis de algunas tesis formuladas por Karl N. Llewellyn, con relación a la fórmula (confusa y engañosa, en la perspectiva del autor) “observancia del derecho”, sobre aquello que en el debate contemporáneo se definiría como “el problema de la desviación” y, más en general, el rol del derecho legislado en la determinación del cambio social. Según el autor, la así llamada “observancia del derecho” no es cuestión de normas jurídicas, sino más bien de prácticas sociales. Dichas prácticas no son generales y comunes a toda la sociedad, sino diferentes y específicas con base a los “grupos” y a los diversos contextos culturales y socioeconómicos. Entonces, si aspira a ser eficaz, la legislación debe radicarse en la elaboración de medios específicos adecuados para modificar las prácticas propias del segmento de sociedad que pretende afectar.

Palabras claves

Prácticas sociales, Observancia del derecho, Derecho legislado, Cambio social.

Summary

The aim of the article is to analyze some theses advanced by Karl N. Llewellyn, concerning the phrase (confusing and misleading, in the author’s view) “law observance”, and related to what in current debate is called “the problem of deviancy” and, more generally, to the place of legislation in determining social change. According to Llewellyn, so-called “law observance” is not a matter of legal rules, but of social practices (“folkways”). Those practices are not “general and common” to the whole society, but, instead, different and specific according to “groups” and to diverse socio-economical contexts. So, in order to be efficient, lawmaking must concentrate on informed effort to devise appropriate means for modifying the practices and the conduct patterns of a specific social segment.

Keywords

Folkways, Law Observance, Lawmaking, Law Enforcement, Social Change.

¹ Agradezco a Pierluigi Chiassoni por haber leído (y brindado muchas observaciones útiles para mejorar) una primera versión del presente artículo. Agradezco también a Julieta Rábanos y Natalia Scavuzzo por la traducción al castellano del presente artículo. Agradezco, asimismo, a dos revisores anónimos por sus muy útiles observaciones. Una versión anterior de este artículo ha sido presentada el 3 de diciembre de 2019 en la Universidad de Valdivia (Chile), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en el marco del Seminario Austral. Agradezco a Daniela Accatino Scagliotti y Sebastian Alonso Aguero San-Juan por la interesante oportunidad y por los muy valiosos comentarios.

² Luca Malagoli (Génova, 1983) es investigador en Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Correo electrónico: lmalagoli@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4200-2720>



1. Premisa

El objetivo del presente artículo es el análisis de algunas tesis formuladas por Karl N. Llewellyn (1962, pp. 399-411) con relación a la fórmula (confusa y engañosa, en la perspectiva del autor) *observance of the law*, sobre aquello que en el debate contemporáneo se definiría como “el problema de la desviación” y, más en general, el rol del derecho legislado en la determinación del cambio social.

Enunciadas concisamente, las tesis de Llewellyn sobre los temas antes mencionados pueden resumirse así: i) la así llamada *law observance* no es ya una cuestión de *legal rules*, sino de prácticas sociales (que el autor, adoptando un término acuñado por William Graham Sumner, denomina *folkways*) que son aprendidas, en su mayor parte, sin alguna referencia directa a normas jurídicas específicas. Además, ii) tanto las *folkways* como, mirando bien, el derecho mismo, no son en absoluto *general and common* para la sociedad en su conjunto, sino diferentes y específicos en base a los “grupos”³ y a los diversos contextos culturales y socioeconómicos. Finalmente, iii) la legislación y el llamado *law enforcement*, si aspiran a ser eficaces, deben fundarse sobre un *informed, sustained effort* de individualizar el segmento de población específico del cual se requiere modificar la conducta para obtener un determinado resultado (relevante a los fines de una *policy* legislativa específica), así como en la elaboración de medios específicos adecuados para modificar los *conduct patterns* de tales individuos (1962, p. 399).

En la clave de lectura aquí propuesta, las tesis en cuestión se revelan particularmente interesantes en muchos aspectos.

En primer lugar, ellas consienten en observar “en acción” uno de los puntos programáticos, los cuales, en la reconstrucción del mismo Llewellyn (1962, pp. 42-76), toman como punto de partida (llegando, sin embargo, a éxitos muy diversos) los autores reconducibles al realismo jurídico americano. Se trata, específicamente, del segundo de los puntos expuestos por Llewellyn que, fundándose en una concepción del derecho como medio para la realización de fines sociales, prescribía la valoración de cada una de sus ramas bajo el parámetro de los *purposes* en los que se basan y de los *ends* que realmente alcanzan⁴. En este sentido, por lo tanto, era necesario analizar las medidas destinadas a reprimir y (sobre todo) a prevenir “la desviación”, a la luz de su eficacia efectiva y, más aun, era necesario individuar el cuadro teórico al que tales medidas hacían referencia (implícita), en modo de probar la capacidad explicativa respecto a los fenómenos que tal cuadro pretendía describir.

En segundo lugar, el examen de las tesis de Llewellyn analizadas en los párrafos sucesivos busca aprovechar una de las primeras evidencias del esfuerzo en desarrollar esa *working whole view* que, como Twining ha sostenido persuasivamente, constituye uno de los hilos conductores de toda la obra de Llewellyn. En la elaboración del mencionado marco teórico general, Llewellyn adoptaba, desde sus primeros trabajos, una perspectiva marcadamente interdisciplinaria, programáticamente abierta a un intercambio fecundo con las ciencias sociales, como la sociología y la antropología, pero también economía y ciencia política (Twining, 2002, p. 158)

Por último, el examen de las tesis mencionadas consiente de poner en discusión representaciones inveteradas del “realismo jurídico americano” (principalmente, sino exclusivamente) como teoría descriptiva de las decisiones judiciales.⁵

³ Se verá, seguidamente como Llewellyn precisa tal noción.

⁴ “The conception of law as a means to social ends and not as an end in itself; so that any parts need constantly to be examined for its purpose, and for its effect, and to be judged in the light of both and of the irrelation to each other” (1962, p. 55).

⁵ Representaciones que encuentran un reconocido ejemplo en Brian Leiter: “the Core Claim of Legal Realism consists of the following descriptive thesis about judicial decision-making: judges respond primarily to the stimulus of facts. Put less formally [...] the Core Claim of Realism is that judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather than on the basis of the applicable rule of law” (2007, pp. 21-221).

Comprender el problema de la “observancia del derecho”, de la “desviación” y del “control social”, de hecho, requiere en la perspectiva de Llewellyn adoptar, necesariamente, un enfoque teórico capaz de dar cuenta de los fenómenos jurídico-sociales que incluyen, pero van mucho más allá del actuar de los tribunales.

Concentrarse solo sobre esto último, sin embargo, comportaría brindar una representación más bien distorsionada e “irrealista” del derecho⁶.

Además, el análisis de las tesis de Llewellyn sobre la “observancia del derecho” puede también permitir comprender, más allá de tenaces confusiones y recurrentes malos entendidos, la perspectiva del autor sobre el valor de la función teleológica de las *legal rules*.

2. *Legal Rules and Folkways: una distinción reveladora*

Al comienzo de su análisis dedicado al problema de la “observancia del derecho” (Llewellyn, 1962, p. 399), Llewellyn adopta un “movimiento de apertura” que, a pesar de su (aparente) *naïveté*, no tarda en revelarse dotado de una significativa relevancia heurística. De hecho, el *incipit* del trabajo informa al lector, de forma algo icástica, que “law, like social work, begins when someone takes to doing something someone doesn't like”⁷ (Llewellyn, 1962, p. 399). Un enfoque, como se dijo, lleno de consecuencias e implicaciones, no solo sobre el problema particular que el autor trata, sino también sobre su concepción general de la empresa iusteórica.

En primer lugar, es necesario detenerse sobre el encuadramiento del derecho como *social work*: en esto, parece de hecho posible reconocer un primer indicio de la *law-jobs theory* de la cual Llewellyn elaborará sucesivamente múltiples versiones.

El núcleo de tal teoría puede encontrarse en la tesis según la cual hay determinadas exigencias que un grupo humano (ya sea una unidad mínima, como una pareja o una sociedad, o un grupo mucho más vasto y complejo, como un Estado) debe satisfacer para sobrevivir como grupo y para alcanzar los fines en vista de los cuales existe (Twining, 1985, p. 175). Más en detalle, Llewellyn individúa seis categorías (principales, pero no exhaustivas) de “necesidades” que cualquier grupo debe satisfacer y que corresponden a la misma cantidad de *jobs* a realizar: i) la resolución de los *trouble-cases* (casos “difíciles”, dudosos o controvertidos para cuya solución los instrumentos existentes no parecen suficientes. Se trata, de las tareas en examen, de la más específicamente “jurídica”); ii) el encausamiento preventivo de las conductas y expectativas de los miembros del grupo; iii) el reencauzamiento de las conductas y expectativas de los miembros del grupo producto de cambios producidos dentro del grupo; iv) la individualización de la autoridad y la reglamentación de los procedimientos que disciplinan la toma de decisiones; v) el suministro de incentivos y otros “refuerzos positivos” dentro del grupo; vi) la “tarea” del *Juristic Method* (que, sin estar confinada a tales elementos, incluye las técnicas de los juristas como jueces, abogados, teóricos del derecho y otros especialistas, así como instrumentos de diseño institucional como los diferentes modelos de constitución, diferentes modelos de códigos, diferentes tipos de sistemas procesales, etcétera).

En este sentido, en las versiones más elaboradas de la teoría en cuestión, el conjunto de los fenómenos jurídico-institucionales propios de las sociedades “desarrolladas” representaría el

⁶ El punto es captado con claridad por el ya citado Twining.

⁷ Un poco más adelante, la icástica formulación antes citada es ampliada: “[...] law, as we know it in modern society, is not a good, but an evil; it is a thing to regret; it is an expression of our [...] incapacity to arrange our affairs in any decent fashion. At the same time, that incapacity being present and obvious, law as we know it becomes necessary as a makeshift to fill the gap, it is as necessary as a makeshift; it is a clumsy, rickety thing, but it is our own and some of us still love it” (Llewellyn, 1962, pp 399–400).

cúmulo (principal, pero, como se verá en breve, no exclusivo) de instrumentos con los cuales tal sociedad realiza las “tareas” en cuestión, o, por lo menos, la mayor parte de estas.

Cierto, es indudable que, en las tesis aquí examinadas, Llewellyn esté todavía tan alejado de las más completas formulaciones de la teoría a la que la estructura expuesta anteriormente se refiere. Como ya se intuye del *incipit* citado y como se verá mejor seguidamente, Llewellyn parece en efecto asociar aquí el derecho sobre todo al primero de los *jobs* previamente citados, o bien la resolución de los *trouble-cases*. Sin embargo, para constatar que la relación propuesta con la *law-jobs theory* no constituye una mera y vaga sugestión, basta tomar en consideración la segunda y más relevante de las mencionadas implicaciones heurísticas del planteamiento del problema de la desviación adoptado por Llewellyn.

De hecho, poner el acento en el derecho como instrumento dirigido a resolver “problem[s] of human conduct” (Llewellyn, 1962, p. 399), consiente en poner en luz dos estrategias opuestas para afrontar tales problemas. Adoptando una terminología no empleada por Llewellyn⁸, se podrían denominar las dos estrategias mencionadas como *individualista* y *holística*, respectivamente.

La estrategia *individualista* consiste en concentrar la atención en el individuo “whose conduct is making trouble” (Llewellyn, 1962, p. 399): tal estrategia produce un *case work* y, se espera, también da origen a *individual cures*. Sin embargo, el límite (esencial, a los ojos de Llewellyn) de la estrategia en examen consiste en asumir “the social system as granted” (1962, p. 399) y únicamente preocuparse de (re)adaptar al individuo al sistema mismo.

La estrategia *holística*, por su parte, establece fines y adopta métodos muy diferentes: sobre su objetivo es, de hecho, el estudio del sistema social mismo, para determinar “what it is and how it works” (1962, p. 399). Quiero destacar aquí la referencia al “funcionamiento” y al estudio de la “actividad” del sistema social como instrumento indispensable para comprender plenamente el fenómeno: se trata de un procedimiento marcadamente funcionalista, antiesencialista y típicamente realista, que encuentra varias manifestaciones entre los autores reconducibles a la corriente. Para limitarnos a un ejemplo (ilustre) entre todos, nos remitimos a Cohen: “Functionalism as a method may be summed up in the directive: “if you want to understand something, observe it in action” (1960, p. 80).

Se trata, además, del mismo procedimiento que, desplegado en mayor escala y articulado con mayor precisión, dará seguidamente origen a la *law-jobs theory*, concentrada, como se vio, precisamente sobre el análisis de los “trabajos” en los que el funcionamiento de cualquier grupo social se explica.

Dejando de lado, no obstante, tales éxitos sucesivos de la investigación de Llewellyn y volviendo a su posición teórica de finales de los años 20, al exponer (y al adoptar) la estrategia *holística*, el autor subrayaba que esa presentaba una neta ventaja, respecto a la *individualista*. No solamente, de hecho, esa se presentaba útil también a los fines de las mencionadas *individual cures*, pero, sobre todo, era aun de mayor utilidad “in opening up a chance of modifying the system and of reducing the need of cures” (1962, p. 399).⁹

Así, a la luz de la estrategia *holística*, el análisis de nociones como *law observance* y *law enforcement*, en sus usos corrientes, pone rápidamente a la luz varias imprecisiones y algunas notables confusiones.

⁸ Una terminología que, se espera, no traicione, sino, por el contrario, auspiciablemente contribuya a aclarar las intenciones del autor.

⁹ Es interesante subrayar estos aspectos de la estrategia holística, frente a numerosas críticas que representan los enfoques funcionalistas como inevitablemente dedicados a la demonización del conflicto y el cambio social, e invariablemente dedicados al mantenimiento del *status quo*.

En efecto, según la opinión de Llewellyn, la expresión “observancia del derecho, se basa en una confusión”, ya que parece presuponer que el derecho consta de preceptos que regulan de forma inmediata la conducta y que, en breve, “the law tell us what to do”. Sin embargo, es fácil constatar que las cosas, usualmente, no son así “the words of the law are not: ‘Keep hands off the goods of others’, but ‘Any person duly convicted of larceny shall be sentenced to so many years in prison’” (1962, p. 400).

Cierto, es posible afirmar que, implícita en tal disposición, hay una *policy* dirigida a los miembros de la sociedad a “tener las manos lejos de los bienes de otros”, pero es necesario distinguir netamente entre la *legal rule* y la *policy* que se entiende que ella realiza (1962, p. 401). Por otra parte, a menudo la *policy* en cuestión y el examen de su eficacia son cuestiones, todo, menos simples y claras: quien nutre sospechas sobre los efectos criminógenos de la cárcel, podría de hecho tener dudas, bajo tal perfil, también en el aparentemente banal ejemplo antes propuesto (1962, p. 400).

Dejando por el momento de lado la (compleja) cuestión de la *policy* y concentrándonos en la *rule*, es importante revelar que esta se aplica solamente a personas “que hacen cosas que no queremos que hagan” (1962, p. 401) y que, por lo tanto, puede ser “observada” solo por los jueces, sheriffs, carcelarios y otros *officials* (1962, p. 401). Esta observación lleva a Llewellyn a dedicarse a un ejercicio al que no será jamás particularmente inclinado y respecto al cual manifestará siempre cierto escepticismo: formular una definición de “derecho”¹⁰.

Naturalmente, el autor se apresura a precisar que *no* se trata de una definición exhaustiva, capaz de abrazar “the whole of law” (1962, p. 400), pero, de todos modos, en grado de abrazar aquellos aspectos del derecho contemplados por las expresiones *law observance* y *law enforcement*.

En la perspectiva de Llewellyn, “technical law, as we know it today, is the set of rules specifying what government officials shall or may do when other people do or fail to do specified things. Law, as we know it today, presupposes a government”¹¹ (1962, p. 400). Más adelante, Llewellyn integra la definición, especificando que el derecho consta de “official pronouncements or official action aimed at keeping the action of other officials or other people within the desired lines or limits” (1962, p. 400). Por otro lado, además del mencionado *government*, un presupuesto ulterior del derecho así entendido parece ser la presencia de individuos que *no* lo observan, cuya conducta el derecho está dirigido a contener. En cambio, de aquellos que “observan al derecho”, el derecho parece ocuparse muy poco.

En este sentido, por lo tanto, vale la pena observar que, si lo que comúnmente se entiende como *law observance* fuera universal, el *law enforcement* no tendría más ni espacio ni razón de ser, y, lo que más importa, el concepto de derecho mismo se encontraría en serio peligro de desaparecer (1962, p. 400). Hasta aquí, puede ser útil notar que Llewellyn parece moverse dentro de un cuadro teórico bastante similar al trazado por Holmes en *The Path of The Law* (1897).

¹⁰ Sobre la renuencia de Llewellyn a formular una definición de derecho, véase Twining (1985, pp. 177–179). Como Twining pone en evidencia, en los “trabajos preparatorios” de *The Cheyenne Way* (el libro dedicado al estudio del derecho Cheyenne escrito “a cuatro manos” con el antropólogo Hoebel y publicado en 1941), curiosamente, de los dos autores, el antropólogo insistirá para introducir una definición estipulativa de derecho, mientras que el jurista y teórico del derecho (cuya línea terminará por prevalecer) resaltaba la dificultad en elaborar una definición capaz de no excluir aspectos relevantes del mismo, sobre todo si se aplica a fenómenos jurídicos propios de sociedades sin un cuadro institucional parangonable a aquel de las sociedades estatalizadas y “desarrolladas”. Llewellyn optaba, en todo caso, por la elaboración de un *Weberish “ideal type”* (Twining, 1985, p. 178), y precisamente en esa dirección se mueve la *law-jobstheory*.

¹¹ Como se ve, a pesar de la antes mencionada tenaz y difundida representación, Llewellyn no tiene ninguna dificultad particular para emplear la noción de *legal rules*, ni tampoco niega su “existencia”: como se precisará mejor en el próximo párrafo, en todo caso, será hacia el “fetichismo” formalista de las normas que se dirigirá la crítica del autor.

El mismo es, de hecho, el énfasis en la coerción y la sanción como propiedades relevantes del derecho. Derecho que es entendido como instrumento dirigido mucho más a contener y sancionar la conducta del *bad man* que a direccionar la del ciudadano modelo.¹² Pero, si este último, en la perspectiva de Holmes, encuentra las propias *reasons for conduct*, tanto en el ámbito del derecho como fuera, en las “vague sanctions of conscience” (1992: 162), y la “observancia del derecho” se convertía por lo tanto materia de estudio de la filosofía moral. Llewellyn adopta en cambio una perspectiva diferente, que le permite llevar a la teoría del derecho más allá del cuadro teórico holmesiano, en una línea de investigación original y rica de posibilidades.

Antes de examinarla en detalle, sin embargo, es necesario tomar en consideración una razón ulterior (y no menos significativa) por la cual, conforme a la opinión de Llewellyn, la expresión “observancia del derecho” es confusa y engañosa¹³. La razón última por la cual, conforme a la opinión de Llewellyn, nos es imposible “observar el derecho” es bastante simple: “no sabemos que es el derecho” (1962, p. 401), ni aun en lo que concierne muchas de las situaciones más comunes de la vida cotidiana. Tal afirmación, vale la pena observar, no está en modo alguno en contradicción con la definición (parcial) de derecho que, como se ha visto, Llewellyn ha adoptado aquí. En efecto, en la perspectiva del autor, las legal rules tienen el carácter de líneas guía, y no ya “proposiciones generales” de las que, para retomar la conocida fórmula holmesiana, deducir infaliblemente la solución (correcta) de “casos concretos”. Véase, sobre este punto, la afirmación de Llewellyn:

Now in law, as in all other disciplines, there are to be discovered major lines of guidance which can be stated, which focus the problems of policy for seeing, and which indicate the lines along which their solution is to run. Such “general proposition” do not “decide concrete cases” by any deductive process, because their edges are unclear, because, also, two or more of them can commonly overlap a situation in conflicting ways. What such lines, when well stated, do, instead, is to make the nature of the controversy clear [...] and to suggest lines of wise direction of solution, for consideration (1962, p. 207).

Después de todo, observa Llewellyn, no suscita estupor, si se considera que “we pension a whole profession to tell us what it is, when any of us by accident needs to know”.¹⁴ No es difícil, al respecto, encontrar ejemplos elocuentes: “what is larceny? It is larceny to embezzle? It is larceny —it is any offense at all— to run an electric connection around my power meter, or to tap a telephone wire and steal valuable information?” (1962, p. 401).

El punto interesante, al respecto, no es tanto el hecho que no conozcamos la respuesta a tales cuestiones, sino que, aun si las conociéramos, a los fines de nuestra conducta cotidiana esto no representaría ninguna diferencia: de hecho, “we live adequately without knowing” (1962, p. 401). Se trata, entonces, de entender por qué las cosas son así y de determinar, por lo tanto, *qué cosa* se observa, del momento en que, con toda seguridad, no se trata del derecho.

Al respecto, Llewellyn tiene una idea más bien definida: “prescribed patterns of conduct, prescribed inhibitions, resulting attitudes which vouchsafe rough predictability of what we should do even in a novel situation: these are what we really “observe” (1962, p.401).

¹² Al respect, dijo Holmes: “a man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid been made to pay money, and will want to keep out of jail if he can” (Holmes, 1992, p. 161).

¹³ También en este caso, como se verá, se trata de una razón que retoma y desarrolla temas holmesianos.

¹⁴ Este se trata de un tema recurrente para Llewellyn, que, en *The Bramble Bush*, realizó la siguiente afirmación: “If rules were results, there will be little need of lawyers” (2012, p. 18).

Se trata, en suma, de cualquier práctica, cualquier *pattern of action* efectivamente verificable en un cierto grupo¹⁵ y, especialmente, de aquellas prácticas que no solamente subsisten, sino que son *aceptadas* por el grupo mismo (1962, p. 400). Llewellyn, muy significativamente, denomina a tales prácticas *folkways* (1962, p. 400).

Muy significativamente, se decía: *Folkways* era, de hecho, también el título de uno de los trabajos más importantes (Sumner, 1906) de William Graham Sumner (1840-1910), uno de los padres de la sociología estadounidense, y autor que ejerció una durable influencia en Llewellyn¹⁶. Para comprender plenamente la concepción de Llewellyn, a tal propósito, puede ser útil por lo tanto tomar (aunque sea brevemente) en consideración la noción de *folkways* elaborada por Sumner.

Sobre la base de los resultados de la antropología y de la etnografía a él contemporáneas, Sumner había trazado una genealogía de las prácticas desarrolladas y, seguidamente, “institucionalizadas” por los varios grupos que formaban las llamadas *primitive societies*: “*Men begin with acts, not with thoughts. Every moment brings necessities which must be satisfied at once. Need was the first experience, and it was followed at once by a blundering effort to satisfy it*” (1906, p. 2).

Más allá de las necesidades a satisfacer, el único requisito necesario para iniciar el proceso del cual las *practices* del grupo tomaban origen es la capacidad de distinguir placer y dolor: “*Thus ways of doing things were selected, which were expedient. They answered the purpose better than other ways, or with less toil and pain. Along the course on which efforts were compelled to go, habit, routine, and skill were developed*” (1906, p. 2).

¹⁵ El contexto de la tradición de Llewellyn parece autorizar aquí la adopción de la definición de “grupo” que Llewellyn empleará sucesivamente en *The Cheyenne Way*: “two or more persons who are engaged in some kind of observably joint and continuing activity, and who recognize themselves in some fashions as being part of a Whole. Given in the same concept is some type and degree of actual patterning of behavior-in-the group, a patterning which affords an interlocking of the behavior of individuals, a back-and-forth, a building of this one’s behavior together with that one’s into a working whole. And given in that is, in turn, some degree of predictability of behavior, some quantum of those advance adjustments by one person to the anticipated behavior of another which we call expectations” (Hoebel-Llewellyn, 1941, p.274). Como Llewellyn subraya en varias ocasiones (véase, por ejemplo, Hoebel-Llewellyn, 1941, p. 290-291), tal noción de grupo es suficientemente flexible para comprender a cualquier tipo de grupo, desde la unión temporal de dos niños que juegan a un Estado. En cuanto a tales, finalmente vale la pena observar, todos los grupos (independientemente de su extensión o duración) se miden con las mismas exigencias, que los *jobs* mencionados precedentemente se encargan de satisfacer.

¹⁶ Sobre la influencia de la obra de Sumner sobre la génesis del pensamiento de Llewellyn (en forma especial en los años de su formación en Yale, sobre todo a través de las enseñanzas del principal discípulo de Sumner, A.G. Keller), se reenvía a Twining (1985, pp. 92-94). Como resalta Twining, no es simple estimar el alcance efectivo de la influencia de Sumner en el pensamiento de Llewellyn. Si de hecho es indudable que gran parte del aparato conceptual adoptado por Llewellyn es tomada da Sumner, es también verdadero que, rápidamente, Llewellyn iniciará a someter a una crítica radical los conceptos sumnerianos, de los cuales no tardará a meter en evidencia sus múltiples límites (no es sorprendente, *folkways* será tempranamente abandonado a favor de *law-ways*). Según Twining, la influencia mayor duración ejercida por Sumner en Llewellyn reside en un *general gain in perspective*: una aguda percepción de la relatividad de prácticas culturales y sistemas de creencias, así como en el desarrollo, a través del estudio comparativo de sociedad y cultura, de un cierto grado de *scientific detachment* también en el estudio de la propia sociedad y cultura. Sin querer comprometerse en un análisis global de la obra de Llewellyn (que ciertamente no puede ser adecuadamente desarrollado en la presente sede), basta decir aquí que, limitadamente a las tesis de Llewellyn aquí examinadas, la lectura propuesta por Twining se presenta, tal vez, demasiado prudente. No solo, de hecho, la influencia de Sumner es rastreable aquí desde la terminología adoptada, sino que toda la línea de investigación desarrollada por Llewellyn aparece como la revisión crítica del enfoque de Sumner. De forma análoga a lo que luego sucederá respecto al trabajo de Malinowski, Llewellyn parece entender su obra, al menos hasta aquí, mucho más como una mejora que como una anulación del trabajo de Sumner, despejado de los aspectos que se presentaban mayormente anticuados y demasiado rudimentarios. Extrañamente, el ligamen estrecho entre el trabajo de Llewellyn de 1928 aquí examinado y el trabajo de Sumner parece ser detectado (además, concisamente) solo por Hull (1997, p. 137) y por Manning (2017, p. 15) refiriéndose, sin embargo, al trabajo de Hull.

En virtud de que la sobrevivencia era una empresa afrontada colectivamente por el grupo y no por un único individuo, tal “experimentación” de las prácticas terminaba involucrando a todos los integrantes del mismo grupo: “Each profited by the other’s experience; hence there was concurrence towards that which proved to be most expedient. All at last adopted the same way for the same purpose; hence the ways turned into customs and became mass phenomena” (1906, p. 2).

Por lo tanto, una vez estables tales prácticas son uniformes y *universal to the group* (1906, p. 2). Es importante remarcar que, en la perspectiva de Sumner, el proceso de formación y desarrollo de tales prácticas y costumbres no es el resultado de un proyecto deliberado y conscientemente perseguido, sino, por el contrario, el éxito de una serie gradual de “adaptaciones” y elecciones inconscientes y no deliberadas (1906, pp. 3-4). Naturalmente, también el cambio al que estas están sujetas para hacer frente a nuevas situaciones es igualmente inconsciente y no representa el resultado de *rational reflections and purpose* (1906, p. 4).

Solamente luego que el grupo haya alcanzado un *higher stage of mental development* será posible derivar de las *folkways* reglas y directivas que puedan ser empleadas para afrontar predecibles problemas futuros (1906, p. 4).

En este sentido, es bueno precisar que el derecho positivo propiamente dicho (es decir, la promulgación de nuevo derecho, no consuetudinario) no puede emerger sino cuando “the stage of verification, reflection, and criticism is reached” (1906, p. 55). En efecto, mientras las prácticas y costumbres son, como se vio, inconscientes e involuntarias, las leyes positivas e institucionales son, por el contrario, producto de deliberación consiente y de voluntad (1906, p. 56).

Por otra parte, leyes e institucionales, si están destinadas a tener una influencia significativa sobre la población, deben ser en cierta medida coherentes con el examen de las prácticas y costumbres irreflexivas (1906, p. 55), sobre la relación entre legislación y prácticas consuetudinarias¹⁷. Ciertamente, con cierta franqueza, se verifican situaciones que consideraciones de *expediency* inducen a regular mediante *positive enactment*, sacrificando “elasticity and automatic self-adaptation of custom” (1906, p. 56) en vista de determinados fines que el legislador ha valorado como socialmente convenientes.

En la visión de Sumner, por lo tanto, la legislación, si persigue objetivos bien definidos y adopta medios oportunamente seleccionados, puede representar un *device* útil, mientras que el legislador no olvide la necesidad de conciliar su obra con el *standing ground* de las prácticas consuetudinarias y no cultive ilusiones que un *stroke of the pen* pueda por sí solo determinar el cambio auspiciado. Un ejemplo particularmente dramático de fracaso de la voluntad legislativa de modificar las prácticas existentes en una determinada comunidad fue dado por los estados del sur de los Estados Unidos luego de la guerra civil (1906, pp. 77-78).

¹⁷ En relación con las instituciones, Sumner (1906, p. 54) distingue entre *crecive* y *enacted institutions*. Las primeras se definen así porque toman forma en las prácticas consuetudinarias, desarrollándose a través de los mismos esfuerzos instintivos de los que surge la práctica. Como ejemplo de *crecive institutions*, Sumner indica *property, marriage and religion*. Respecto a las *enacted institutions*, estas son el producto de *rational invention and intention*. Sin embargo, aun las *enacted institutions*, bien vistas, no son puramente artificiales (o, al menos, no lo son aquellas que pueden llamarse *strong and prosperous*). Al respecto, véase el siguiente elocuente pasaje (1906, p. 54): “Banks are institutions of credit founded on usages which can be traced back to barbarism. There came a time when, guided by rational reflection on experience, men systematized and regulated the usages which had become current, and thus created positive institutions of credit, defined by law and sanctioned by the force of the state. Pure enacted institutions which are strong and prosperous are hard to find. It is too difficult to invent and create an institution, for a purpose, out of nothing. The electoral college in the constitution of the United States is an example. In that case the democratic mores of the people have seized upon the device and made of it something quite different from what the inventors planned”.

Por lo general, el legislador debe emanar disposiciones destinadas a modificar (de forma duradera) conductas específicas de los miembros de la sociedad, en lugar de producir *exhortations* destinadas a permanecer como letra muerta¹⁸. En este sentido, si aspira a ser efectiva, la legislación debe ser acompañada y soportada por la puesta en marcha de dispositivos institucionales destinados a garantizar que el *slow and long-continued effort* necesario para incidir a fondo, a través de diminutas y constantes variaciones, sobre las conductas específicas en cuestión¹⁹ (1914, p. 215). De todas formas, en la perspectiva sumneriana, la legislación auténticamente eficaz es aquella gradual, más atenta a la continuidad que a la ruptura con las prácticas existentes y, en todo caso, ajena a todo tipo de “dogmatismo abstracto”. Véase, al respecto, el siguiente y muy elocuente pasaje:

Nothing can be more antagonistic to the spirit of Anglo-American law than speculative legislation. That law is marked by slow and careful growth, historic continuity, practical sense, and aversion to all dogmatism and abstractionism. While it is as broad in its general maxims and generalizations as the facts will warrant and bold enough to draw all the deductions which legitimately follow, it refuses to assimilate unverifiable elements (1914, p. 215).

Es interesante observar que una disposición como el Interstate Commerce Act de 1887 (dirigido a regular a nivel federal las tarifas del transporte ferroviario estadounidense) se presentaba a los ojos de Sumner como el fruto de una indebida y poco razonada concesión a la emotividad popular (1914, p. 189).

Finalizada esta (extremadamente breve y necesariamente parcial)²⁰ revisión de la tesis de Sumner, se está ahora en posesión de los elementos necesarios para un examen más profundo de las tesis de Llewellyn.

Como se verá, las tesis de este último mantienen una relación compleja con las de Sumner, antes brevemente mencionadas: si, por un lado, aceptan y adoptan el marco teórico-conceptual, por el otro terminan por llegar a conclusiones mucho menos escépticas

¹⁸ Debe también precisarse que, en la perspectiva de Sumner, la categoría de la legislación “exhortativa” y “especulativa” era muy amplia: “Any legislation which does not proceed out of antecedents, but is invented in order to attain to ideals, is necessarily speculative; it deals with unverified and unverifiable propositions and lacks all guarantees of its practicability or of the nature of its results. It is, however, very easy and fascinating to plan such legislation; the enterprise is sure to be popular and remonstrances against it are sure to produce irritation” (Sumner, 1914, p. 215).

¹⁹ El análisis de las tesis de Sumner llevado a cabo por los citados estudiosos problematiza la imagen (arraigada) del pensamiento del autor, sintetizada con el *slogan* “statesway cannot change folkways”. Como surge del examen de los tres estudiosos, la posición de Sumner sobre la relación entre *law* y *social change* es, en realidad, más compleja y difícilmente resumible en forma unívoca. En todo caso, si es apropiado tomar distancia de las síntesis demasiado apresuradas respecto a las consideraciones de Sumner respecto a la legislación, es también igualmente oportuno recordar que estas se inscriben en un cuadro teórico (y, sobre todo, ideológico) que privilegia netamente el *laissez faire* en relación a la intervención estatal, y que es explícitamente sospechado en todo programa de reforma ambicioso y radical. Esta configuración (de la cual los tres estudiosos antes mencionados no dan cuenta) se presenta con mayor evidencia en los escritos “militantes” de Sumner, en los cuales el autor “descubre las cartas” con claridad programática. Para un breve ensayo, al respecto, véase, por ejemplo, el siguiente pasaje “We do not need to resist all change or discussion — that is not conservatism. We may, however, be sure that the only possible good for society must come of evolution not of revolution. We have a right to condemn, and to refuse our attention to flippant and ignorant criticisms or propositions of reform; we can rule out at once all plans to reconstruct society, on anybody’s system, from the bottom up” (Sumner, 1914, p. 207).

²⁰ Desde el momento que se ha elegido de reconstruir solamente aquellos aspectos de las tesis de Sumner que pueden contribuir en mayor medida a la comprensión de las tesis de Llewellyn examinadas en el presente artículo, se ha deliberadamente dejado de lado el examen de otras nociones contempladas en la taxonomía de la costumbre elaborada por el autor (como la distinción entre *folkways*, *mores* y *usages*) que, en el diseño general de la obra de Sumner, tienen una gran importancia.

(e ideológicamente mucho menos hostiles) sobre la posibilidad de las *legal rules* de alterar las prácticas sociales existentes.

3. *A microscopic study and a technical job. El estudio de los grupos y el control social en la perspectiva de Llewellyn*

Al menos a primera vista, a la noción de folkways adoptada por Llewellyn presenta numerosas analogías con aquella propuesta por Sumner. En efecto, como se ha visto, Llewellyn sostiene que lo que es realmente “observado” no es el “derecho”, sino el conjunto de “prescribed patterns of conduct and prescribed inhibitions” (1962, p. 401). Para retomar el ejemplo del *larceny*, si no necesitamos conocer la definición jurídica y responder a los complejos interrogantes arriba mencionados para regular eficazmente nuestra conducta en la mayor parte de las actividades cotidianas, es por vía de “those taboo on meddling with other people’s good which we grew up with” (1962, p. 401).

La abstención (o no) del hurto, en resumen, sugiere Llewellyn, depende de la conducta indicada al respecto por las “ways of our environment”, a las cuales nos conformamos no ya porque han sido prescritas por el derecho, sino, es este el punto destacado, “irrespective of whether they do or not” (1962, p. 401). Sólo muy raramente, observa Llewellyn, la conducta es controlada (o modificada, o directamente modelada) “with a conscious eye on the law” (1962, p. 401). Y cuando esto ocurre, es comúnmente en relación con derecho de promulgación reciente, y, desde luego, siempre que se haya tenido noticia de éste.

Esencialmente, la posición de Llewellyn puede resumirse como sigue (1962, pp. 401-402) la así llamada “observancia del derecho”, para ser generalmente efectiva, requiere que se hayan previamente desarrollado folkways que sean conformes a los fines del derecho mismo. En efecto, son esas *folkways* las que son conocidas, aprendidas y practicadas. Por consiguiente, ii) cuando se produce, el derecho legislativo se configura como un problema de inducir un determinado cambio en (algunos de) esos modelos de comportamiento. Se trata, más detalladamente, iii) de elaborar *patterns of actions* en consonancia con los fines perseguidos por el derecho producido, de identificar el sector de la población cuya conformidad a esos fines se busca y de inducir en ésta la adopción de los patterns en cuestión.

Se trata, como se ve, de un (re)planteamiento del problema de la “observancia del derecho” con la cual Sumner podría estar pacíficamente de acuerdo²¹. En esa perspectiva, la cuestión de la prevención de la “desviación”²² y del control social a través del derecho se traduce en el desarrollo de una *sound technique of habit change*. Para obtener ese resultado, el primer paso consistía en retomar, enfatizar, precisar y potenciar una consideración que también Sumner había formulado (Sumner, 1906, p. 39), pero que requería un estudio más profundo.

En sociedades complex and changing como las contemporáneas, “folkways are neither uniform nor stable” (Llewellyn, 1962, p. 402). Estas, en efecto, varían según el grupo de referencia. Por lo tanto, los menores expuestos a las “conflicting ways of various groups” (1962, p. 402) corren el riesgo de no asentarse en prácticas que les eviten incurrir en las sanciones del derecho. Esas constataciones, en el análisis de Llewellyn, conducen a la raíz del problema de la observancia del derecho: mientras que, de hecho, las prácticas son varias y fragmentadas, ya que cada grupo está sujeto a las suyas, el derecho está diseñado para abrazar y regular la sociedad en su conjunto (1962, p. 402).

²¹ Así como suena perfectamente sumneriana la siguiente afirmación: “new law on the books, without more, is an exhortation” (Llewellyn 1962, p. 402).

²² O, en la terminología de Llewellyn, *delinquency*.

En realidad, observa Llewellyn, una cartografía de la “observancia del derecho” concentrada sobre los diferentes grupos que componen la ya decididamente multiétnica sociedad estadounidense de sus tiempos revela un tapiz completo de “observance and opposition group-wise” (1962, p. 402).

Los grupos (y subgrupos) individuales, en resumen, observarán y violarán aquellos aspectos del derecho que coinciden o contrastan con sus folkways peculiares. En este sentido, los análisis de los criminólogos arrojaban un censo bastante preciso: “There are peculiar Italian crimes [...]: personal violence in personal disputes. There are peculiar Finnish crimes: public drunkenness and disorder” (1962, p. 402). Por otra parte, no era solo una cuestión de pertenencia étnico-cultural, sino, también, en una sociedad de mercado compleja, de situación socioeconómica: “One may go on: there are offenses of the central markets, from bucket shopping to the grander manner of financial jobbery, and offenses of the petty markets, such as short weights or city milk graft” (1962, p. 402).

En resumen, parece que puede concluirse que las *folkways of [the] society at large* no garantizan un apoyo vigoroso al derecho en cuanto tal. Por supuesto, Llewellyn no niega que exista una suerte de *passive benevolence toward law enforcement*, especialmente cuando este último toca ambientes y materias que no están en contradicción con las prácticas videntes en el grupo (o en los grupos) de pertenencia²³.

Por otra parte, esa pasividad tiene varias excepciones: las sociedades complejas y pluralistas, en efecto, ven con siempre mayor frecuencia la aparición de actores sociales más bien combativos, respecto del enforcement de ciertos aspectos del derecho. Se trata de los *interested groups*, de los cuales Llewellyn proporciona una lista lo más heterogénea posible, desde la Antisaloon League hasta el KuKluxKlan, desde la Sociedad para la Prevención de la Crueldad contra los Animales hasta la Asociación de los Banqueros Estadounidenses (1962, p. 403).

Dada su disparidad, los grupos en cuestión despliegan una gama de conductas muy diversas (y muy diversamente calificables desde el punto de vista jurídico) con el objetivo de hacer valer sus propias prácticas: desde la intimidación (violenta) para desalentar la implementación de medidas para ellos desfavorables hasta el apoyo explícito de determinadas medidas a ellos favorables. En este último caso, se tratará de un apoyo estratégico al derecho “to force other people in line” (1962, p. 403). En otros casos, en cambio, la acción de los “grupos de interés” se expresa en forma de críticas, presiones, oposición activa y pasiva hacia policy específicas de medidas legislativas que entran en contradicción en diversos grados con sus folkways específicas.

Por supuesto, el énfasis con el cual Llewellyn subraya los fenómenos hasta aquí expuestos no debe inducir a sostener que él, al hacerlo, esté proponiendo (tanto extrema como poco realista) según la cual el derecho en cuanto tal no produce ningún efecto. El punto que desea destacar el autor es que el derecho, de por sí, no tiene efectos suficientemente relevantes en la inducción de conductas conformes a las policies que lo inspiran.

En resumen, el objetivo principal de Llewellyn parece ser la refutación de dos creencias “formalistas” particularmente arraigadas: i) la idea de que la promulgación del derecho sea una operación caracterizada por some inherent magic potency, capaz de asegurar por sí sola todos los efectos deseados; ii) la concepción (a paleozoic holdover, como la califica Llewellyn) según la cual “the law is the same for all” (1962, p. 403).

²³ Ni, por supuesto, tal pasividad es el único elemento que limita a favor del *law enforcement*: del cada vez más compartido punto de vista según el cual “the rules of the game are worth a bidding by” (Llewellyn, 1962, p. 403) y del legado histórico-emotivo que acompaña la noción de “derecho” desde las épocas en las cuales este último era considerado sagrado al atemporal temor a la sanción (que, por otra parte, no actúa con la misma uniformidad sobre todos los miembros de la sociedad), son diversos los aspectos que contribuyen en este sentido. El punto, sin embargo, es que incluso su suma conjunta no basta, por sí misma, para producir el resultado que expresiones como *law observance* y *law enforcement* presuponen.

El derecho, en efecto, ejerce su acción de modos diversos sobre grupos diversos. No se trata sólo de señalar la notoria y *obvious inequality* de los efectos de las leyes sobre el hurto, el *trespass* y el vagabundeo, si se aplican a personas que pertenecen a diferentes segmentos económicos de la sociedad.

Considérese, más bien, el ya mencionado ejemplo de los simples taboos acerca de la propiedad mencionados anteriormente. Pues bien, si, para el ciudadano medio, estos son una guía suficiente para evitar las sanciones de la ley, tales prácticas no demuestran ser igualmente útiles para orientar a conducta del *assistant trust officer* de un banco. Para orientarse en los intrincados escenarios en los cuales se ve involucrado por su profesión, necesitará de elaborados and detailed rules of actions, proporcionadas por el derecho y, precisamente, elaboradas y detalladas al punto de exceder las modestas exigencias del no-especialista.

A la luz de estas consideraciones, la producción legislativa deberá, para ser eficaz, estar basada en un *microscopic study* de las prácticas de los grupos (y subgrupos) que pretende regular y controlar (1962, p. 410)²⁴. Ésta, en cualquier caso, deberá entenderse como *special* y no como general law, o sea deberá haber identificado con precisión las “relativamente pocas personas” cuya conducta es necesario influenciar para inducir la observancia de un determinado set of rules.

Por meras razones de espacio, no es posible, en el presente trabajo, reconstruir en detalle el análisis de la reglamentación de las actividades legítimas desarrollado por Llewellyn²⁵. Me limitaré por lo tanto a tomar aquí en consideración el control de las actividades totalmente ilegítimas.

También en ese caso, como en de la reglamentación, el enfoque más prometedor parece ser el de un estudio empírico cada vez más especializado: en este sentido, es necesario seguir el enfoque de aquellos estudios criminológicos que, oportunamente, subdividen el “catch-all concept ‘crime’” en otras subcategorías (1962, p. 407). Por otra parte, observa Llewellyn, incluso categorías como “homicidio” son demasiado amplias, volviendo necesario la distinción entre contextos, grupos y prácticas de referencia para un control genuinamente eficaz.

Un ámbito fundamental —en el cual Llewellyn, en 1928, escribía que sólo estaba comenzando a ser objeto de un estudio sistemático— a profundizar era el del *professional crime*. Si bien eran múltiples las peculiaridades que distinguían a este último de las actividades lícitas, Llewellyn observaba, sin embargo que era al menos posible establecer un paralelo con éstas: el fenómeno día en efecto ser encuadrado y descrito (con cierta eficacia) en términos económicos (1962, p. 407).

También el *professional crime*, en efecto, fundándose sobre el lucro, depende de un mercado, y el mercado en cuestión depende de la naturaleza de los bienes que constituyen su objeto. Este planteamiento lleva a una constatación bastante relevante, a los fines del control y de la prevención: en efecto, un mercado (convenientemente vuelto) no rentable es un sector de inversión más bien desalentador.

Al respecto, Llewellyn propone un ejemplo tanto simple como elocuente (1962, p. 407). La Biblioteca Pública de Nueva York había registrado un número creciente de

²⁴ Estos criterios metodológicos, por otra parte, serán adoptados por Llewellyn en las investigaciones propedéuticas a la redacción del *Uniform Commercial Code*.

²⁵ Análisis llevados a cabo, particularmente, en las pp. 405–407. En estos, luego de haber distinguido entre la reglamentación del aspecto interno de las actividades de un grupo (sea éste una familia o un sindicato de trabajadores de la industria pesada) y la reglamentación de su actividad extrema (o sea, la delimitación de su interacción con otros grupos), Llewellyn examina diversas modalidades de intervención legislativa, por ejemplo en materia de *antitrust*, las dificultades correlativas (reflejos adaptativos técnico-jurídicos de las empresas que se desean reglamentar, que las vuelven capaces de modificar las propias conductas para superar los vínculos normativos) y de la evaluación de las técnicas más eficaces para neutralizarlas, en el contexto de una siempre mayor especialización de los *administrative departments* del gobierno.

desapariciones de libros. Se trataba, como quedó pronto en claro, de una forma peculiar de *juvenile delinquency*: por supuesto, la posibilidad del hurto estaba abierta a todos los usuarios, pero la ganancia económica de la venta de los libros robados era tan modesta que no resultaba atrayente para ninguna otra categoría,

Un *statute* especialmente diseñado había convertido en delito la venta de volúmenes que portasen el sello de una biblioteca. El personal de la Biblioteca de Nueva York se había asegurado de publicitar adecuadamente esta medida entre los revendedores de libros usados de la ciudad. Rápidamente, los hurtos cayeron hasta casi desaparecer: el mercado se había vuelto no rentable. De este modo, observa Llewellyn, la conducta en cuestión fue controlada sin que hubiese ninguna necesidad de recurrir a la *prosecution under the law*, sino sólo a través de una legislación apoyada por una *informed, specialized inquiry*.

Por supuesto, no siempre las situaciones son igualmente simples y las soluciones, igualmente lineales. Sin embargo, incluso frente a problemas mucho más complejos, una investigación empírica bien conducida y respaldada por un análisis adecuado de costos/beneficios puede resultar muy útil, aunque sólo sea para evaluar la eficacia de las medidas implementadas para contrarrestar determinadas conductas.

Los Estados Unidos del 1928 ofrecían, en este sentido, variados ejemplos de “a curious piece of legal engineering” (1962, p. 409), representado, entre otras cosas, por el así llamado “Prohibicionismo”²⁶. En efecto, encuadrada en los términos de “análisis económico” arriba mencionados, la estrategia perseguida por medidas como la Volstead Act parece claramente opuesta a aquella aplicada con éxito en el caso de los hurtos de la biblioteca de Nueva York. En efecto, esa estrategia consiste en el “leave the demand vibrant and profitable, while seeking to choke off the supply” (1962, p. 409).

Éste no es sólo un procedimiento extraño en términos económicos, sino también completamente contraproducente. En efecto, los “proveedores”, para evitar la presión ejercida sobre ellos, se fueron “especializando”, no sólo corrompiendo a gran escala a las fuerzas del orden, no también dotándose de hábiles asesores legales. Además, los amplios recursos financieros proporcionados por el comercio ilícito los volvían, en gran medida, inmunes por lo menos a sanciones pecuniarias.

Por otra parte, la misma *publicity* de los procedimientos judiciales en contra de ellos terminaba por volverse, en un ejemplo paradigmático de resultado paradójico, a *business asset*.

Sobre todo, el análisis de costos/beneficios de las medidas prohibicionistas ponía de relieve un punto central: puesto que, para ser eficaz, el prohibicionismo debía actuar eficazmente sobre el mercado, la clave del problema estaba en la demanda. Si *the wide public* no deseaba la prohibición del comercio de bebidas alcohólicas lo suficiente como para aceptar los costos en términos de cargas legales no sólo hacia los “proveedores” sino también hacia el “consumidor” eventualmente atrapado “con las manos en la masa”, entonces, concluía Llewellyn, “it might be well to stop pretending that we want a law which we do not want” (1962, p. 409).

Por otra parte, en la perspectiva de Llewellyn, no se trataba, con esto, de negar cualquier utilidad a leyes “concede by enforceable and unenforced” (1962, p. 409) estas, por el contrario, podían desempeñar un papel importante en el (complejo) proceso de inducir en los miembros de la sociedad determinadas líneas de conducta deseadas.

²⁶ Ligado, como es evidente, a la *Volstead Act*, ratificada por el Congreso en octubre de 1919 y en vigor desde enero de 1920 a febrero de 1933. En realidad, Llewellyn considera las restricciones al comercio de bebidas alcohólicas y al correlativo *illicit liquor traffic* junto con otras formas de *crime-for-a-livelihood* como la *commercial prostitution* y la *gambling*. Escribiendo en el 1928, Llewellyn demostraba ser capaz de diagnosticar las serias limitaciones de tales medidas, y un profeta certero de su resultado fallido.

El punto, sin embargo (y se trata de un punto que, una vez más, Sumner podría haber tranquilamente aceptar) es que los costos de tal “proceso educativo” comienzan a aumentar de modo conspicuo cuando la falta de observancia de las leyes en cuestión no sólo es generalizada, sino que es deliberada e intencional.

En resumen, desde una perspectiva “sumneriana”, incluso el Prohibicionismo podía ser encuadrado como un problema de relación entre legal rules y folkways: y no era necesario compartir el escepticismo programático de Sumner hacia la intervención legislativa para concluir que, en este caso, las *folkways* resistían obstinadamente al legislador.

Si, por otra parte, como se ha visto, Llewellyn permanecía en general fiel a las coordenadas sumnerianas (que, en todo caso, aspiraba a revisar y corroborar), era sin embargo mucho más propenso a reconocer el rol central del derecho producido por el legislador, por supuesto concibiéndolo como instrumento oportunamente diseñado para incidir sobre las prácticas identificadas con precisión y estudiadas con atención.

No era sólo cuestión de posición ideológica diferente y de mayor propensión a reformas e intervención legislativa: como Llewellyn especificada, en una nota agregada en 1962, revisando el texto para una colección de sus escritos editada ese año (p. 411), la experiencia del siglo XX había mostrado que los *modern means of communication and of force-application* volvían posible terribly efficient governments que parecían capaces, en un período de tiempo relativamente breve, de remodelar enteramente las folkways a escala masiva.

Por otro lado, la novedad de tales fenómenos no debía exagerarse: incluso antes de la Alemania hitleriana y de la Unión Soviética, la historia mundial registró ejemplos como los de Chaka Zulu o Gengis Khan que, sin los medios modernos, sin embargo, obtuvieron resultados parangonables. Los sociólogos, concluía Llewellyn, no deberían haber descuidado la lección implícita en estos eventos: una observación que suena como una crítica ulterior a Sumner, comparatista programático que, sin embargo, no había sacado todas las conclusiones apropiadas de sus nociones.²⁷

4. Conclusiones

Como la exposición hasta aquí desarrollada ha puesto en relieve, el examen de las tesis de Llewellyn consideradas en el presente trabajo nos permite comprender, en primer lugar, los elementos de su pensamiento mencionados en la premisa: concepción del derecho como instrumento para la realización de fines sociales, concepción igualmente instrumental de las *legal rules*, concepción del estudio teórico del derecho como empresa estructuralmente interdisciplinar y abierta a la colaboración con las ciencias sociales.

En segundo lugar, este examen permite destacar una etapa importante en el itinerario teórico de Llewellyn. En efecto, en las tesis analizadas, el aparato terminológico-conceptual tomado de Sumner y usado por el autor, se muestra, al mismo tiempo, útil y limitante. Útil, ya que consiente abordar los fenómenos jurídicos con una perspectiva (la mencionada “estrategia holística”) que permite indagar los diferentes aspectos salientes. Limitante, ya que adolece de varios defectos que afectan su potencialidad en diversos grados.

Para limitarnos a algunos de los principales problemas que los análisis arriba mencionados dejan abiertos, piénsese a las nociones mismas de *folkways* y de *group* que, tomadas con pocas modificaciones de la construcción sumneriana, requieren, evidentemente, de posterior análisis y precisión.

²⁷ Si bien Sumner no es explícitamente mencionado en las páginas aquí examinadas, lo es en Llewellyn, donde, examinando nuevamente el problema del reshaping of the human nature, se cita nuevamente el ejemplo Chaka Zulu (puesto junto a Hitler como ejemplo de autor de una “reestructuración” radical de la propia sociedad), subrayando que incluso un estudioso atento como “William Graham Sumner [...] forgot to deal with its implications” (1962, p. 198).

Piénsese, más detalladamente, en una dificultad que el mismo Llewellyn había subrayado (1962, p. 410): la tensión entre la representación de los “grupos” como entidades *really solid* (cuyos miembros adoptan en bloque las prácticas sociales relativas) y la representación de la desviación como resultado de la exposición a las *conflicting ways* de grupos diversos. Es claro que, en el esquema teórico propuesto por Llewellyn en el escrito del 1928, tal tensión no es resuelta de modo satisfactorio. No por casualidad que, volviendo sobre los temas en cuestión en *The Cheyenne Way*, Llewellyn abandone el lenguaje sumneriano y profundice la noción de grupo, dando al mismo tiempo mayor relieve a la “variable individual” y a los espacios de autonomía del individuo en la génesis del *trouble case*, el “caso difícil” donde la estructura socio-jurídica del grupo se pone en dificultad.

Más generalmente, las coordenadas teóricas sumnerianas, aun apuntando en la dirección que a Llewellyn le parecía más fructífera, eran sin embargo demasiado vagas e imprecisas. Será esa constatación la que impulsará al autor, sobre la base de influencias como la de Malinowski, hacia un enfoque funcionalista que, desarrollando la (todavía rudimentaria) línea de investigación de la “estrategia holística”, dará origen a la *law-jobs theory*, una construcción ciertamente más rica, profundizada y articulada que aquella presentada en el escrito de 1928 —aunque, probablemente, no menos problemática—.

Referencias bibliográficas

- Ball, H. V., Simpson, G., and Ikeda, K. (1961). *Re-examination of William Graham Sumner on Law and Social Change*. “Journal of Legal Education” 14, 3, 299-316.
- Cohen, F.S. (1960). *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S. Cohen* (editado por Lucy Kramer Cohen). New Haven: Yale University Press.
- Hoebel, E.A.-Llewellyn, K.N., (1941). *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Holmes, O.W- Posner, R.A.(1992). *The Essential Holmes. Selection from the letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Chicago and London: The Chicago University Press.
- Hull, N.E. (1997). *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*. Chicago-London: The University of Chicago Press.
- Leiter, B. (2001). Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered, JSTOR 111 (2), 278-301.
- Llewellyn, K.N. (2012). *The Bramble Bush. On Our law and Its Study* (1939,1951,1960), New Orleans: QuidPro Books.
- Llewellyn, K.N. (1962). *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. Chicago-London: The University of Chicago Press.
- Manning, P.D. (2017), a cura di. *On Folkways and Mores. William Graham Sumner Then and Now* (2015). London-New York: Routledge.
- Sumner, W. G. (1906). *Folkways. A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*. Boston–New York–London: Ginn and Company.
- Sumner, W.G. (1914). *The Challenge of Facts and Other Essays* (a cura di A. G. Keller), New Haven: Yale University Press.
- Twining, W. (1985). *Karl N. Llewellyn and the Realist Movement* (1973). Norman: University of Oklahoma Press.
- Twining, W. (2002). *The Great Juristic Bazaar. Jurists’ Texts and Lawyers’ Stories*. Aldershot–Burlington: Ashgate–Dartmouth.