

LA LEGISLACIÓN EN HÄGERSTRÖM¹
Hägerström on Law-makingPATRICIA MINDUS²
Uppsala Universitet, Suecia**Resumen**

La relación entre derecho y política es uno de los temas más debatidos en la teoría del derecho. No hay un consenso sobre el alcance y extensión del elemento político y del elemento jurídico en el derecho. Legislación es un concepto ambiguo porque designa a la ley que ha sido promulgada, y, por tanto, el *objeto* primario de muchas teorías jurídicas modernas; pero también el *proceso* de crearla, el cual muchas teorías del derecho, por lo general, colocan fuera del ámbito de la teoría del derecho y, de modo más específico, en la esfera política. La primera sección plantea el problema de la legislación al distinguir un número de diferentes problemas que a menudo aparecen indistintamente bajo esta etiqueta. Los distintos puntos de vista pueden mirarse de acuerdo con un espectro que va desde teorías jurídicas que sostienen que la política permea la ley de manera esencial, hasta aquellas que sostienen lo contrario. El objetivo es situar en este espectro la perspectiva de Hägerström acerca de la legislación. Mi postura es que el realismo escandinavo se mantiene en un punto medio entre la idea de que las construcciones ideológicas afectan al derecho y aquella en que la normatividad jurídica no puede reducirse a la voluntad de quienes, *de facto*, detentan el poder; así, el derecho no puede reducirse a ninguna idea de “voluntad” o “intención”, incluyendo a aquellas de la mayoría o el pueblo. Para fundamentar este argumento, este artículo investiga la perspectiva de Hägerström acerca del establecimiento de una nueva constitución a través de una revolución política, última piedra de toque para mantener la (in)distintividad de la ley y la política. Su conclusión es que el problema no se puede explicar en términos del descubrimiento del interés público, debido a su enfoque no-cognitivistista; pero este tampoco puede ser explicado en términos de la toma de decisiones. Aquí legislar equivale al acceso y control de procedimientos técnicos basados en una forma de fe, o en sus términos propios, “ideas que gobiernan las mentes de los hombres”.

Palabras clave

Axel Hägerström, Legislación, No-cognitivismo, Constitución, Realismo jurídico.

Summary

The relationship between law and politics is one of the most debated topics in legal theory. There is no consensus on the range and scope of the political and the legal element in law. Legislation or lawmaking is conceptually ambiguous because it indicates the law which has been promulgated, and therefore the primary *object* of many modern theories of law, but also the *process* of making it, that many theories of law usually locate outside the scope of jurisprudence

¹ Traducción del artículo: José Gabriel Cornejo, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Correo electrónico: jgcornejo96@gmail.com.

² Profesora de Filosofía Práctica en la Universidad de Uppsala, Suecia; directora del *Uppsala Forum for Democracy, Peace and Justice*; investigadora del *Uppsala Religion and Society Research Centre* y jefa de investigaciones en el *Institute for Russian and Eurasian Studies*. Correo electrónico: patricia.mindus@filosofi.uu.se



and more specifically in the realm of politics. The first section sets the problem of legislation by distinguishing a number of different problems that often appear indistinctly under this label. Standpoints can be viewed according to a spectrum stretching from legal theories holding politics to essentially permeate the law to those claiming the opposite. The aim is to situate Hägerström's view on law-making along this spectrum. My claim is that Scandinavian realism holds middle ground in that ideological constructs structurally affect the law yet legal normativity cannot be reduced to the will of *de facto* holders of power: law cannot be reduced to any idea of will, including that of the majority or of the people. To substantiate this claim the article investigates Hägerström's view on the foundation of a new constitution pursuant to a political revolution, the ultimate touchstone for maintaining the (in)distinctiveness of law and politics. His bottom line is that the problem cannot be explained in terms of discovery of public interest, because of his non-cognitivist approach. But it cannot be explained in terms of decision-making either. Law-making here amounts to access and control of technical procedures grounded in a form of faith, or in his own terms "ideas governing men's minds".

Keywords

Axel Hägerström, Legislation, Non-Cognitivism, Constitution, Legal Realism.

1. Introducción

Axel Hägerström (1868-1939) fue el cofundador de la Escuela de Uppsala y es considerado como la fuente de inspiración del realismo jurídico escandinavo. A través de los años se ha dicho mucho sobre sus investigaciones teóricas: desde su temprano neokantismo hasta su refutación de la metafísica; su filosofía práctica, sobre todo su no-cognitivismo, emotivismo y psicología moral; su metodología, con firme arraigo en el monismo ontológico y con un estricto apego a las tesis de Hume; y, por supuesto, la importancia de estas ideas para el desarrollo del movimiento del realismo jurídico escandinavo, principalmente representado por los seguidores de Hägerström: Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) y Alf Ross (1899-1979) (Mindus, 2009, apéndice). En general, los realistas escandinavos pretendían dar una explicación "realista" del derecho; i.e., tratar al derecho como un fenómeno social entendido en términos de causalidad. En contraste con el realismo jurídico norteamericano, que se concentró en la aplicación del derecho, los realistas escandinavos adoptaron una visión más amplia del sistema jurídico, y, por tanto, de especial interés para aquellos interesados en la legislación.

A primera vista puede parecer un poco sorpresivo que, a pesar de un siglo de literatura, cuando se buscan los registros de la teoría de Hägerström sobre la legislación se encuentre un vacío manifiesto. De hecho, no se ha realizado ningún intento de estudiar la aproximación realista de Hägerström al tema. Sin embargo, muchos aspectos de su trabajo podrían ser investigados bajo este cariz: desde su crítica a la soberanía popular hasta su polémica contra la "ley positiva" en los sistemas de fuentes de derecho; desde su análisis del *quaestor romano* y el juez del *common law* hasta su teoría escéptica de la interpretación; desde su ataque a "la voluntad del Estado" hasta sus lecturas sobre la *volonté générale* de Rousseau; y mucho más. Creo que existen numerosas razones por las que la legislación en Hägerström ha permanecido como una materia no abordada. De manera esencial, estas dependen de superposiciones conceptuales que todavía envenenan gran parte del debate contemporáneo sobre la legislación, lo cual debe atraer nuestra atención. Legislación (*legislation or law-making*) es un concepto ambiguo porque designa a la ley que ha sido promulgada y, por tanto, al *objeto* primario de muchas teorías modernas del derecho; pero también al *proceso* de crearla, que en muchas teorías del derecho se ubica fuera del ámbito de la teoría del derecho.

Para conferir un orden al, de otro modo, cautivante caleidoscopio de problemas surgidos del tema, este artículo investigará la perspectiva de Hägerström sobre la legislación, enfocándose en su aproximación a uno de los dilemas clásicos de la filosofía del derecho: la institución de una nueva constitución a través de una revolución política. En particular, él discutió el caso de la Revolución americana y la Declaración de independencia. Este es un caso importante puesto que los padres fundadores representan el tipo ideal del legislador; el tipo de objeto producido —el texto constitucional— define característicamente el poder último en materia de legislación en un sistema jurídico. La elección también está motivada por el hecho de que el proceso de elaboración de tales políticas constitucionales ha sido, a menudo, considerado como la última piedra de toque para realizar afirmaciones sobre la relación entre derecho y política. De hecho, las revoluciones se encuentran entre los clásicos ejemplos de *fons extra ordinem*.

Por ello, la siguiente sección aborda el problema de la legislación distinguiendo una serie de problemas diferentes que a menudo aparecen de forma indistinta bajo esta etiqueta. Los diferentes puntos de vista pueden mirarse de acuerdo con un espectro que va desde teorías jurídicas que sostienen que la política permea al derecho de modo esencial, hasta aquellas que sostienen lo contrario. El objetivo es situar en este espectro a la perspectiva de Hägerström sobre la legislación. Mi postura es que el realismo escandinavo se mantiene en un punto medio entre la idea de que las construcciones ideológicas afectan al derecho, y aquella en que la normatividad jurídica no pueda reducirse a la “voluntad” o “intención” de quienes, *de facto*, detentan el poder; así, el derecho no puede reducirse a ninguna idea de “voluntad”, incluyendo a aquellas de la mayoría o el pueblo. Para fundamentar esta postura, este artículo indaga en la perspectiva de Hägerström acerca del establecimiento de una nueva constitución a través de una revolución política, la última piedra de toque para mantener la (in)distintividad entre derecho y política. Su conclusión es que el problema no se puede explicar en términos del descubrimiento del interés público, debido a su enfoque no-cognitivist. Pero este tampoco puede ser explicado en términos de la toma de decisiones. La conclusión es que legislar equivale al acceso y control de procedimientos técnicos basados en una forma de fe, o, en sus términos propios, “ideas que gobiernan las mentes de los hombres”.

2. Toma de decisiones en el derecho: ¿cuál es el asunto?

Si tomamos “la legislación como sinónimo de elaboración de leyes o toma de decisiones en el derecho” (Schauer, 2004) —esto es, los procedimientos e instituciones que permiten el establecimiento del derecho que impacta en la comunidad, no siendo mera letra muerta— surge una panoplia de diferentes tipos de problemas. Vamos a enfocarnos en cuatro de ellos.

En primer lugar, está la cuestión de la “ciencia de la legislación”. La frase fue acuñada por John Austin, en referencia a la esfera de interés de Bentham: “la porción de deontología o ética que es la ciencia de la legislación” (Austin, 1873, p. 33), i.e., el ejercicio relativo a determinar la “ley positiva” como debería ser, lo que hoy llamaríamos *policy counselling*. Como muchos positivistas posteriores, Austin clasificó a la legislación como conceptualmente fuera del ámbito de la teoría del derecho y como siendo, en esencia, un asunto de moralidad política. Este es el reino de lobistas y militantes.

En segundo lugar, el objeto mismo de la toma de decisiones jurídicas trae a la mente una oposición fundamental dentro de la teoría del derecho, aquella entre legislación y aplicación. Con frecuencia, esta oposición aparece como una forma de instanciación del dualismo medieval *entre gubernaculum* y iurisdicción, i.e., entre la sede del poder y las fuentes del derecho. Esta distinción entre la esfera política del poder soberano —basándose en el *legibus solutus* de Justiniano, la prerrogativa de los reyes— y el poder “limitado”, respetuoso de las reglas, de los jueces llamados a proteger derechos (que califican, ambos, en cierta medida, como producción del derecho), no rara

vez se ve difuminada por el concepto clave de estado de derecho. Como se sabe, Edward Coke, quien fue quizá el juez más influyente en la historia del *common law*, utilizó el concepto en la Inglaterra a principios del siglo XVII para anular la participación del rey en las deliberaciones de las cortes del *common law* (*Prohibition del Roy 1608 12 Coke Rep 63*)³. El “estado de derecho” se basa, como es conocido, en la tradición filosófica del “gobierno de las leyes” (gobierno a través de la ley) opuesta al “gobierno de los hombres” (gobierno bajo el hombre). La fórmula inglesa que utilizo proviene de la edición de 1771 de la Enciclopedia Británica, aunque, más convencionalmente, la referencia se haga a la fórmula “a government of laws and not of men” de *Marbury vs. Madison* (5 US 137, 163, 1803). Esta oposición clásica en el pensamiento occidental se desarrolló primero en el Político de Platón, a través del mito de la inversión del cosmos desde el tiempo en que Chronos gobierna a la humanidad como un pastor hasta nuestro tiempo: Zenón, “el visitante”, dice: “sin embargo, en cierto sentido es claro que legislar (*hénomothetikê*) pertenece a la ciencia del reinar; pero lo mejor no es que las leyes estén en el poder, sino que el hombre que es sabio y de naturaleza regia sea el gobernante (*phronêsêôsbasilikon*)” (Jowett, 2018, 294a).

En tercer lugar, dentro de esta tradición, la legislación viene tanto en forma de *gubernaculum per leges* como de *sub lege*. La primera describe el estilo de gobierno señalando que la gobernanza debe ser ejercitada mediante la expedición de leyes (generales y abstractas), y no de decretos (particulares), conforme a la famosa definición de Rousseau en *Du Contrat Social: “ce qu’un homme [...] ordonne de son chef n’est point une loi [...] mais un décret, ni un acte de souveraineté mais de magistrature”* (2013). En inglés, esto está comprendido por el apelativo “rule by law”. Al contrario, la concepción del gobierno *sub lege, non sub homine*, sistemáticamente “termina confundiendo con el constitucionalismo” (Portinaro, 2007, p. 353) como doctrina específica acerca del contenido de una legislación asentada, sobre todo, en los derechos fundamentales y la separación de poderes. El gran problema aquí es la conexión entre la forma —*per leges*— de la legislación y su objetivo: disciplinar los “poderes salvajes” de la sociedad *sub lege*. ¿Existe tal conexión? Y si es así, ¿cómo está justificada?

En cuarto lugar, la legislación abarca más de una de las ramas del “organigrama de poderes” de Montesquieu. De hecho, esta involucra a las tres ramas de gobierno: el proceso de aplicación, o poder judicial, en cuyos veredictos está el derecho; la legislación en su sentido propio, o poder legislativo, en cuyas leyes está el derecho; y la toma de decisiones gubernamentales o administrativas, o poder ejecutivo, en cuyos decretos, ordenanzas y resoluciones administrativas está el derecho. Esto plantea la cuestión de si acaso hay una esfera específica y adecuada que deba ser reservada a la legislación, y hasta qué punto esta puede ser ubicada en el diseño general de las disposiciones constitucionales existentes. En otras palabras, ello concierne al problema de si y hasta qué punto la separación de poderes puede garantizar su equilibrio.

Si nos enfocamos de manera específica en la función legislativa, la base de las investigaciones sobre el tema de la legislación a principios del siglo XX fue establecida por uno de los grandes debates en torno a la legislación en una democracia constitucional. Este debate enfrentó a aquellos que, como Hans Kelsen, subrayaron las virtudes de un parlamento que legiferase en pos de leyes codificadas, en la aproximación procedimental a la legitimidad liberal-democrática con su insistencia en la soberanía popular limitada; contra aquellos que, como Carl Schmitt, enfatizaron en la eficacia de la toma monocrática de las decisiones, que más tarde se llamó gobernabilidad, y los vicios del gobierno parlamentario contra los que era necesario reafirmar el principio de soberanía. Este debate, perteneciente a la historia del pensamiento político, es también de interés para los teóricos del derecho: desde la perspectiva histórica, algunos han insistido en que la filosofía del

³ Ver *Prohibition del Roy 1608 12 CokeRep 63*. Para los primeros orígenes de la expresión y evolución del *common law*, revisar: T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (Little, Brown & CO, Boston 1956) 48.

derecho de Hägerström —en particular, sus críticas dirigidas tanto a la escuela histórica como a las teorías de los derechos naturales— se inspiraba en la esperanza de “crear más espacio para la expresión de la soberanía popular a través de la legislación” (Alexander, 2002, p. 167), por lo que Hägerström debería situarse en el campo de los defensores del estado de derecho. En términos más generales, el debate Kelsen-Schmitt se asemeja a la polaridad presente en la mayoría de teóricos del derecho (ver la siguiente sección), esto es, la oposición entre aquellos que se inclinan a describir al derecho, ya sea como afectado estructuralmente por la política, o bien como moldeado en el fondo por su propia racionalidad interna.

Por tanto, la toma de decisiones jurídicas mezcla distintos niveles de abstracción, con diferentes conjuntos de “observables”. Tres de estos niveles de abstracción, que a menudo se difuminan bajo la etiqueta de legislación (“law-making”), son los siguientes: (1) cómo entender y regular las decisiones políticas vs. la toma de decisiones jurídicas; (2) el desacuerdo sobre la naturaleza, alcance y calidad del diseño de la ley vs. el descubrimiento de la ley (creación y aplicación); (3) la controversia entre el énfasis de los “legalistas”, como Thibaut, en torno al gobierno a través de leyes codificadas vs. instrumentos más flexibles, preferidos por aquellos que, como Savigny, recalcan el proceso histórico de aparición del derecho. En términos generales, la cuestión depende de la legitimidad atribuida a la gobernanza a través del razonamiento jurídico basado en casos y creación de decretos, sellos tradicionales de la justicia particular (*epeikeia*), pero también de la (arbitraria) “justice of the cadiz”.

En otras palabras, legislación es un concepto ambiguo porque este indica, al mismo tiempo, la ley que ha sido promulgada y, por tanto, objeto primario de muchas teorías modernas del derecho; pero, también, su proceso de elaboración, que muchas teorías del derecho ubican fuera del ámbito de la teoría del derecho y, con más exactitud, en el dominio de la política. En resumen, la razón por la que la legislación es evocativa de tan diferentes —aunque a menudo interrelacionadas— disputas es que esta se refiere, al mismo tiempo, a dos diferentes sistemas normativos: el derecho y la política.

3. El derecho y su entorno político

No cabe discusión respecto de que la relación entre el derecho y la política sigue siendo uno de los temas más debatidos en la filosofía jurídica contemporánea. No hay consenso sobre el ámbito y el alcance del “elemento político” y del elemento “jurídico” en el derecho. Quiriendo utilizar la frase de Savigny en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, tampoco acerca de cómo participar en diversos tipos de indagación en diferentes sistemas normativos. Todos los sistemas normativos —la ética, el derecho, la política y otros juegos sociales basados en el *habitus*— se apoyan en una habilidad o comportamiento práctico de seguimiento de reglas. Pero esta característica común no indica la *differentia specifica* que distingue un tipo de sistema normativo de otro.

El hecho de que la política y el derecho se relacionen entre sí de alguna manera no suele discutirse, en contraste con el modo en que la relación entre ética y política se concibe, por ejemplo, en la tradición del realismo político. En cuanto concierne a esta última relación, los dualistas del ala fuerte niegan que exista alguna relación entre estos dos sistemas, porque se basan en diferentes formas de racionalidad. A este respecto, la originalidad de Maquiavelo consiste en el hecho de que él derivó la distinción entre los dos sistemas normativos de ética y política de la distinción entre acciones finales e instrumentales. No se encuentra un dualismo tan fuerte entre los teóricos del derecho que discuten sobre la relación entre el derecho y la política, aunque en la teoría del derecho se admite que el dualismo fuerte es una forma posible de dar forma a la relación entre ética y derecho (tesis de la separación).

A pesar de que los teóricos del derecho que adhieren a la tendencia dominante reconocen que existe una relación entre la política y el derecho (contrario a lo que algunos teóricos afirman sobre la ética y el derecho), esta relación no tiene por qué ser de dependencia e influencia mutuas. De hecho, hay filósofos del derecho que conservan un enfoque monista estricto; e.g., la defensa de Robert Alexy de la *Sonderfall These*, en *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), según la cual política y derecho solo constituyen subsistemas de la ética. No obstante, el objeto prevaeciente del debate entre los estudiosos del derecho no es si existen relaciones entre el derecho y la política, sino, más bien, si estas son débiles o fuertes. Por lo tanto, es posible decir que las opiniones difieren en el espectro, el cual se basa en la intensidad de la interacción entre estos dos diferentes sistemas normativos. Este se extiende desde aquellos que sostienen que la política permea el derecho de modo esencial (e.g., *critical legal studies*) hasta aquellos que defienden la impermeabilidad de los dos sistemas normativos (e.g., el positivismo jurídico, en sus diferentes presentaciones). Este artículo pretende situar la mirada de Hågerström sobre la legislación dentro de este espectro.

Los diferentes niveles de abstracción que se combinan en la amplia noción de legislación, resaltada en la sección anterior, también se pueden encontrar en dicho espectro. Consideremos, e.g., cómo la aversión hacia la codificación constructivista o la apelación al “derecho producido por los jueces” pueden situarse, en esta escala de posiciones, en la teoría del derecho: cuyos polos o extremos constituyen lo que Dyzenhaus llama la división básica (*basic divide*) en la teoría del derecho, i.e., entre aquellos que, por un lado, se centran en la distinción entre el “gobierno de las leyes” y el “gobierno de los hombres”, estigmatizando el carácter arbitrario que el derecho puede asumir cuando deja de responder al ideal de legalidad; y aquellos que, por otra parte, perciben el “gobierno de las leyes” (*rule of law*) en continuidad con la tradición del “gobierno a través de las leyes” (*rule by law*), en donde la naturaleza del derecho moderno plantea cuestiones de transposición eficaz en la práctica de las decisiones tomadas por los “hacedores” de la ley y las políticas públicas.

Aquí asumimos que “política” indica un conjunto de “valores” (por ejemplo, de naturaleza económica, social o moral) que, de alguna manera, son elegidos e implementados en la comunidad por el poder del aparato público (más comúnmente el Estado) haciendo uso de la “legislación”. Sobre la base de esta definición, los teóricos del derecho están inclinados a representar al derecho, o bien como afectado en su estructura por la política, o bien como afectado por su racionalidad interna (a veces referida como un ideal de legalidad).

La cuestión divisoria se convierte, entonces, en si el derecho es flexible por naturaleza, i.e., si tiende a adaptar sus formas y naturaleza de acuerdo con las sustancias políticas que lleva; o, de forma alternativa, si el derecho es rígido, i.e., si tiende a mantener las mismas formas y mecanismos con independencia de su contenido. La cuestión central es si acaso el derecho, tal como la perciben los actores jurídicos, cambia su forma y manera de funcionar de acuerdo con los valores que los actores políticos pretenden implementar en la comunidad (Zamboni, 2008, p. 7).

Este enfoque de tipo ideal (*ideal-typical approach*) de aquellos que ven al derecho como permeado por la política consiste en vincular los valores al derecho. Hay muchas maneras en que esto se puede hacer. Los pensadores iusnaturalistas lo hacen descubriendo valores “políticos” últimos, tales como la justicia, que fundamentan la validez del sistema jurídico. El derecho se hace parte del entorno normativo que moldea los valores que se reproducen en él mismo. Sin embargo, esto se puede hacer de maneras que, en apariencia, son muy diferentes al derecho

natural: “Teorías contemporáneas de derecho natural, CLS, la escuela de derecho y economía, teoría de la elección pública, teorías jurídicas feministas, *critical race theory*, postmodernismo, *legal process*, y el movimiento derecho y sociedad, pueden considerarse como abrazando una concepción del derecho como flexible hacia la política (Zamboni, 2008)”. No importa aquí si el castigo por no reproducir determinados valores sociales en el derecho es la injusticia o la ineficacia, la relación entre el derecho y su entorno político toma forma de una manera similar. Esta forma de abordar el tema también es recurrente en las teorías del derecho basadas en formas de razonamiento moral (*e.g.*, Dworkin), o formas de positivismo normativo (*e.g.*, Waldron). En este último caso, los valores políticos a asegurar son aquellos característicos de los ordenamientos jurídicos, y, por tanto, menos distinguibles del segundo enfoque de tipo ideal (*ideal-type approach*) sobre la relación entre derecho y política, es decir, de aquellos que afirman que el derecho es impermeable en esencia. También podría hacerse una observación similar con relación a los “ideales legales” tales como los desarrollados por Lon Fuller.

En el otro extremo del espectro encontramos el segundo enfoque de la relación entre política y derecho, que insiste en el hecho de que la racionalidad interna del derecho constituye su *differentia specifica* y garantiza la impermeabilidad del ordenamiento jurídico frente a los cambios en el ambiente social. Los teóricos positivistas han negado, tradicionalmente, la necesidad de la presencia de elementos “políticos” en el análisis teórico-jurídico. La ciencia jurídica requiere “purificación” a nivel epistemológico. Hans Kelsen, como teórico del derecho (pero no como teórico de la democracia), encarnaba esta idea expresada en el incipit de *La Teoría Pura del Derecho*, donde distinguía el enfoque de “política del derecho” de la “ciencia jurídica”.

Por supuesto, cuando se trata de la ontología del derecho —diferente a lo que es el nivel epistemológico— los positivistas rara vez cuestionan el hecho de que el derecho esté realmente influenciado por la política. Esta idea es, en general, conocida como la tesis de los hechos sociales, que afirma que la validez jurídica es una función de ciertos hechos sociales. Un ejemplo es la “Medusa sobre el poder” de Kelsen, escondida tras las fuentes del derecho. Esto implica que las consideraciones positivistas sobre la relación entre la política y el derecho no afirman que el fenómeno que el jurista es invitado a investigar carezca de alguna conexión con otros sistemas normativos: ni Kelsen, ni Hart niegan que el derecho contemporáneo es, en gran medida, producido por actores políticos, *e.g.*, a través de proyectos de ley y, en general, la legislación. Tanto para Kelsen como para Hart, el derecho está ciertamente abierto a recibir contribuciones a su contenido —en términos de valores— de parte del entorno político circundante. Sin embargo, las estructuras formales del derecho son inmunes a las contribuciones de este tipo. Consideremos, para el propósito, los entornos políticos cambiantes a los que el principio de irretroactividad en el derecho penal puede aclimatarse para poder encajar.

En el espectro que se extiende desde aquellos que sostienen que la política impregna el derecho de forma esencial hasta los que defienden la impermeabilidad de los dos sistemas normativos, el realismo escandinavo se mantiene en un punto medio. Como ha señalado Zamboni, los realistas escandinavos ofrecen una tercera alternativa a estas dos posiciones de tipo ideal: una rigidez parcial del derecho (*i.e.*, el aspecto procedimental de la maquinaria del derecho) hacia las ideas políticas y socioeconómicas que abarca. Para Hägerström, las construcciones ideológicas afectan estructuralmente al derecho, pero la normatividad jurídica no puede reducirse a la “voluntad” o “intención” de los titulares, de facto, del poder. Con mayor especificidad, el derecho no puede reducirse a ninguna idea de voluntad, ni siquiera a la voluntad de la mayoría o del pueblo.

Uno de los aspectos cruciales del derecho es su capacidad para moldear nuestro comportamiento en maneras en las que a menudo no estamos conscientes. Esto se hace a

través del “efecto sugestivo” del derecho, que impacta en las que creemos ser formas correctas o incorrectas de comportarse en sociedad. Para decirlo con Pierre Brunet, el derecho está primero y sobre todo “dentro de la cabeza” (Brunet, 2011, p. 4). Esto implica también que, en la concepción de Hägerström sobre la política y el entorno normativo en el que derecho opera, hay algo más que fuerza bruta: una de sus afirmaciones centrales es que “el derecho no es un simple régimen restrictivo” (1963, p. 223). En realidad, el derecho grava y constituye tanto como prescribe. Piénsese, para el efecto, en las definiciones de personalidad y capacidad. En este sentido específico, para el padre del realismo escandinavo, es una forma de tecnología para regular el comportamiento humano. Pero como cualquier tecnología, solo aparentemente es neutral, mientras que, en realidad, es un conjunto de “constraining affordances” ya que permite algunas cosas al tiempo que obstaculiza otras. Desde esta perspectiva, la ley no puede ser del todo entendida en los términos tradicionales de sistema social de control que se implementa mediante la determinación de sanciones, ni como un conjunto de procedimientos cuya forma sería por entero distinta de su substancia, es decir, el comportamiento humano específico involucrado⁴.

4. Revolución: una intrigante fuente de derecho

Un caso concreto de ejercicio de legislación que Hägerström discutió es el de una revolución que allana el camino para una nueva constitución. El ejemplo histórico que tenía en mente desconcertó a muchos grandes eruditos políticos y teóricos del derecho en el siglo XX, *i.e.* las “colonias norteamericanas en rebelión contra Inglaterra” (1953, p. 31).

Articulada como un clásico ejemplo de *fons extra ordinem*, la Revolución americana instituyó un nuevo orden que no tenía ningún fundamento jurídico en el orden constitucional anterior. ¿Cuál es la mejor manera de explicar este caso desde un punto de vista jurídico? Las normas constitucionales acabadas de fundar ciertamente no derivaban su validez de leyes y ordenanzas precedentes, y, sin embargo, tampoco pueden reducirse a lo que uno u otro funcionario quiso, requirió u ordenó. De hecho, como una fuente problemática del derecho, la nueva constitución no puede explicarse con plausibilidad sobre la base de la imputación formal de legitimidad. Aun así, todavía se necesita encontrar una explicación. De conformidad con la filosofía teórica y la epistemología de Hägerström, se puede dar una explicación en términos causales o genealógicos; por lo regular el primer método se utiliza para describir las causas de un fenómeno, mientras que el segundo apunta a disolver un falso problema. En su discusión sobre la revolución como una fuente problemática del derecho, él se centró en la explicación causal.

En *Inquiries*, Hägerström empezó su abordaje acerca de la legislación en relación con la Constitución estadounidense, en los siguientes términos: “cuando, después de una revolución, surge la cuestión de establecer una autoridad constitucional en el Estado, cuyas decisiones tendrán una aplicación actual, lo primero que debe hacerse es dar fuerza a ciertas normas constitucionales. Lo mismo es verdad ante la cuestión de establecer un nuevo Estado constitucional” (1953, p. 31).

Para abordar el problema tenemos que empezar explicando a qué se refiere con la expresión “normas constitucionales”:

¿Qué significa decir que en realidad existe una constitución, si no es que ciertas reglas para la gobernabilidad de un determinado grupo de hombres son realmente aplicadas? Por

⁴ En *Inquiries*, la fórmula es “con seguridad para los derechos establecidos” (pág. 35). Prefiero la fórmula francesa, utilizada paralelamente con *Rechtssicherheit*, ya que esta expresa no sólo la “certeza del (Estado) de Derecho” en el sentido de los derechos establecidos, sino también la “seguridad” en el sentido político de un Estado establecido.

supuesto, una parte esencial de esto es que dichas reglas están en la base de la teoría jurídica, de modo que en su toma de sus decisiones los jueces de hecho se basen en leyes que están en vigor de acuerdo con reglas constitucionales (Hägerström, 1953, p. 31).

En otras palabras, si las reglas no tuviesen aplicación judicial, no calificarían como nuevas reglas jurídicas, lo que a su vez implica que los jueces (y otros operadores jurídicos) necesitan ser persuadidos sobre la validez de estas mismas normas, y ser convencidos de estar haciendo lo que ellos creen que están haciendo (aplicando la ley), a pesar de que han sido entrenados para aplicar un conjunto de reglas diferente: es decir, la constitución previa.

Nótese que cuando Hägerström reflexionó sobre los Estados constitucionales, no solo se referió a aquello que un teórico político contemporáneo enumeraría bajo esa etiqueta. Los Estados constitucionales, en el sentido de Hägerström, son todas aquellas formas de organización política en las que prevalece alguna forma de *sécurité juridique*⁵ y que, por lo tanto, pueden oponerse al “despotismo puro y al gobierno mafioso” (1953, p. 35). Esto explica por qué uno de los ejemplos citados por Hägerström, conectado al gobierno constitucional, es la *lex salica*: “¿Por qué una regla de sucesión al trono, que ha estado en vigor durante generaciones, en una monarquía absoluta, tiene menos significado jurídico, por ejemplo, que una ley electoral que determina la forma en que se debe constituir la máxima autoridad en un Estado parlamentario?” (1953, p. 35).

De hecho, lo que Hägerström sugirió es una idea de “constitución” separada del “constitucionalismo”: “nosotros ignoramos aquí el poder de las cortes, reconocido en algunos países, de anular leyes en cuanto inconstitucionales” (1953, p. 34). Lo que él busca no es el contenido de la ley fundamental, tal como la separación de poderes o la protección de los derechos, cuya configuración puede variar con el tiempo y el lugar, sino su *función* en relación con la sociedad.

Como era de esperar, su discusión sobre la revolución va en paralelo con su discusión sobre las prácticas inconstitucionales, sobre lo cual declaró: “el poder de creación jurídica de las costumbres [...] se manifiesta en el hecho de que las regulaciones emitidas en conformidad con estas adquieren aplicación efectiva a través de los jueces. Si estas normas contradicen a la constitución formal, en esa medida esta ha dejado de estar en vigor, así como el antiguo orden deja de ser ley positiva como consecuencia de la revolución” (1953, p. 33).

A pesar de que no siempre queda claro qué ejemplos históricos particulares Hägerström habría incluido bajo la etiqueta “Estados constitucionales”, él no parece concebir la posibilidad de que existan Estados que no se ajusten a la etiqueta “constitucional”:

Podemos dejar de lado la referencia particular respecto a los Estados constitucionalmente gobernados, y levantar la pregunta: ¿existe esfera alguna (si uno deja fuera de cuenta el despotismo puro y el gobierno mafioso), que pueda ser llamada un “Estado”, en la que los detentores efectivos del poder no estén sujetos a reglas? [...] No obstante, donde existe puro despotismo y gobierno mafioso, uno puede cuestionarse si en realidad allí hay orden jurídico alguno (1953, pp. 34-35).

Aquí asumo que él está diciendo que los Estados modernos poseen un conjunto demasiado complejo de reglas primarias y secundarias como para hacer que sea absurdo compararlos con

⁵ En *Inquiries*, la fórmula es “con seguridad para los derechos establecidos” (pág. 35). Prefiero la fórmula francesa, utilizada paralelamente con *Rechtsicherheit*, ya que esta expresa no sólo la “certeza del (Estado) de Derecho” en el sentido de los derechos establecidos, sino también la “seguridad” en el sentido político de un Estado establecido.

el caos o la anarquía que caracterizaría al “despotismo puro y al gobierno mafioso”. Esto sería compatible con la afirmación de Olivecrona, en la primera edición de *Law as Fact*, de que no existe un poder estatal único, sino un conjunto de “situaciones de poderes” relacionadas de modos más o menos complejos dentro de un Estado. Mi suposición implicaría que “constitucional”, en la terminología de Hägerström, no tiene un significado axiológico positivo (como la frase clave “estado de derecho”), pero que, de todas formas, indica un orden que se permea con el tiempo, lo que parece ser una *conditio sine qua non* para tener un ordenamiento jurídico en primer lugar. En otras palabras, lo constitucional no es sinónimo de legítimo, pero indica un tipo de orden que es “el propósito mínimo de cualquier Estado” (Bobbio, 1999, p. 165). Más aún, por lo que afirmó en otras ocasiones, parece claro que una constitución, en el sentido de Hägerström, implica un sistema desarrollado de fuentes de derecho.

De estas fuentes del derecho también se puede decir que se formalizan en el derecho positivo de manera predominante:

¿Qué es este sistema organizado de reglas? En una sociedad moderna es, al menos en principio, justo lo que se llama derecho positivo (*lagrätten*). ¿Qué implica, *e.g.*, el hecho de que exista un órgano especial para la legislación en una sociedad? Consiste en los dos hechos siguientes: (i) Que el derecho constitucional, regla de acción ideal, asigne a ciertas personas o complejos de personas una determinada actividad de conformidad con ciertas formas —legislación— y que esta norma se ponga ahora en operación. Y (ii) que, a través de la actividad antes mencionada, se promulguen nuevas reglas (“leyes”), también sobre la base del contenido del derecho constitucional, que a su vez entrarán en vigor en virtud de ese derecho (Hägerström, 1953, p. 44).

Esta es *per se* una razón para concentrarse en las reglas constitucionales, ya que la legislación ordinaria depende de ellas.

Además, Hägerström no dudó acerca de que debíamos considerar a la Revolución americana como una “nueva fundación”, *i.e.*, que rompió con el orden constitucional anterior. Al contrario de muchos recuentos históricos revisionistas que insisten en la continuidad del ordenamiento jurídico a pesar de los cambios (*e.g.*, en el derecho contractual privado o en las obligaciones contractuales internacionales), Hägerström no puso en tela de juicio la naturaleza ilegal del fenómeno y, por lo tanto, su naturaleza extra-jurídica. De hecho, despreciaba a Salmond por buscar la norma en virtud de la cual los norteamericanos acogieron la nueva Constitución basándose en el consentimiento popular expresado de forma directa o indirecta a través de sus representantes, porque “el único derecho que existía entonces era el inglés. Pero este fue infringido por estos procedimientos” (1953, p. 32). El reclamar una base jurídica —la base de la imputabilidad, de acuerdo con una concepción que equipara la validez al derecho formal— es “en este contexto [...] carente y sin sentido. Es cierto que cuando una constitución entra en vigor con la primera formación de un Estado, o a través de la transformación de los fundamentos existentes de un Estado, no es necesario aplicar en el proceso reglas que ya estaban en vigor” (1953, p. 32). Por lo tanto, no es necesario aplicar reglas en el proceso de la revolución. Pero ¿de qué tipo de reglas está hablando? Supongamos que se refirió a normas jurídicas formalmente promulgadas y/o reconocidas, al derecho positivo *in primis* y a la costumbre constitucional. Porque está claro que el régimen de *case-law* no se disolvió durante la noche, y que los jueces continuaron, incluso después de la Revolución, aplicándolo a instrumentos jurídicos como escrituras, bonos y contratos. Pero, cuando se trata de principios constitucionales de legitimidad, por ejemplo, “con toda certeza el derecho inglés ya no tenía fuerza en esta instancia” (1953, p. 32).

Sin embargo, Hägerström admitió que es este el tipo de pregunta que Salmond planteó la que está en el origen de la respuesta insatisfactoria: Salmond buscó las normas sobre las que los norteamericanos se basaban, y estas no podían ser de la Corona inglesa. No obstante, Hägerström reconoció que “el ejemplo es desafortunado, puesto que incluso la pregunta mal planteada debe responderse en este caso de una manera que entra en conflicto con las intenciones de Salmond” (1953, p. 32). ¿Por qué esto es así?

Puesto que no había reglas jurídicas formales —ningún texto constitucional y ninguna ley— que fungiesen de fuente de la Constitución estadounidense, sino otro tipo de reglas: las que él denominó “reglas ideales para la acción”.

Ahora es indudable que lo que se convirtió en la base del Estado recién fundado [...], en las bases de la Constitución estadounidense, [...] eran ciertas reglas para el ejercicio del poder dentro de la región en cuestión, reglas que derivaban su importancia de ser normas para los jueces en el desempeño de los deberes de su encargo [...] Había otras reglas para el ejercicio del poder que allí gobernaban la mente de los hombres y, por lo mismo, tenían eficacia *de facto*. Se consideró que la Corona inglesa había perdido sus derechos sobre las colonias en cuestión por causarles daño, y que el poder había sido transferido a su base natural, el pueblo. Había reglas [...] según las cuales el propio pueblo tenía ciertos derechos fundamentales. Estas reglas tenían poder real en el ámbito de las ideas, y fue tan solo a través de su aplicación en la creación de leyes que el fundamento de la constitución pudo llevarse a cabo. Dado que funcionaban de esta manera, como la base del sistema jurídico, no hay ninguna razón por la que no debamos considerarlas como reglas jurídicas positivas que eran lógicamente anteriores a las disposiciones constitucionales particulares (1953, p 33).

En otras palabras, según Hägerström, para poder comprender qué tipo de “ley” se está realizando, tenemos que considerar como derecho positivo no solo a las reglas que han sido promulgadas o que corresponden a la ley “formal” (en este caso, el derecho inglés que estaba perdiendo terreno; hablando de manera general, las leyes positivas), o lo que los realistas norteamericanos habrían denominado derecho “sustantivo”, *i.e.*, las reglas aplicadas por los jueces (en este caso, habiendo cada vez más nuevas normas constitucionales de competencia y *case-law* en general). Lo que Hägerström entiende como “sustantivo” no se encuentra ante todo en las normas positivas o en la jurisprudencia, sino en un ámbito diferente: lo que él llama “el ámbito de las ideas”. Pero ¿cuáles serían estas ideas en términos más concretos? ¿Qué significarían en la jerga del jurista?

En el argot filosófico de Hägerström, la referencia se dirige a ideas o representaciones que tienen un efecto sugestivo en nuestro comportamiento; que producen un impulso conativo hacia la acción. Estas ideas no necesitan corresponderse con la realidad, ni tener contenido cognitivo. No obstante, para desempeñar su función y no arriesgarse a perder su potencial sugestivo, deben superponerse con acciones similares que fortalezcan las ideas expresadas por otras autoridades de la sociedad y mantengan un tipo de coercibilidad psicológica.

Cierta crítica podría ser fácilmente dirigida contra la afirmación que Hägerström hizo sobre la superposición de las autoridades (*overlapping of authorities*), tanto desde un punto de vista descriptivo como normativo. De hecho, él presupuso importantes superposiciones entre los mandatos de diferentes autoridades, idea que apunta a una visión conformista de la sociedad. A pesar de que es probable que no haya sido errónea en los tiempos en que fue escrita la teoría de Hägerström, esta idea debe ser considerada como un punto débil en su teoría porque se apoya en una visión estática de la sociedad, de difícil compatibilidad con lo que usualmente se designa bajo la etiqueta de globalización o, a fortiori, con cualquier teoría normativa del

multiculturalismo. No obstante, dejemos de lado esta afirmación y centrémonos en el segundo punto que él señaló: la coercibilidad psicológica.

El tipo de normatividad que caracteriza estas ideas probablemente se explica mejor con el concepto de poder ideológico desarrollado por Max Weber en *Wirtschaft und Gesellschaft*. Aún así, una manera interesante de proponer el mismo punto es comentar que este tipo de normatividad puede expresarse en los términos clásicos de Gelasio I: la normatividad depende de su expresión vis directiva como opuesta a la vis coactiva. Para explicitarlo, Hägerström incluye en el derecho positivo a los principios implícitos —o no siempre articulados con claridad— de legitimidad que fundamentan un orden jurídico particular. Tales principios de legitimidad, como el principio de soberanía popular y representación política en el caso estadounidense, son las “otras reglas para el ejercicio del poder”, las cuales mencionó que “gobernaban las mentes de los hombres y, por lo tanto, tenían eficacia de facto”.

¿Significaría esto que Hägerström concibe a los principios fundamentales de la constitución, en cierto sentido, como apropiados o adecuados, haciendo que la constitución sea, en esencia, un asunto de declaración sobre cuál es la organización de poder adecuada para la comunidad que está siendo regulada por la constitución disponible? Si asumimos que este es el caso, ¿se estaría sugiriendo que podemos señalar ciertos requisitos normativos útiles para comparar los tipos de legislación? ¿Implicaría esto, por ejemplo, que la soberanía popular es un principio de legitimidad adecuada para regular los poderes legislativos dentro del ordenamiento constitucional? ¿Derivaría la validez (jurídica) de la Constitución estadounidense de la declaración de una especie de verdad (política)? No. A continuación, explicamos por qué.

5. Diseño constitucional como descubrimiento del interés público

La concepción ilustrada sobre del Estado de derecho, el consentimiento del pueblo, la soberanía popular y la representación política, fueron pensamientos recurrentes en el desarrollo del clima de ideas que condujeron a la Revolución americana. A ojos de Hägerström, esta es materia de un hecho histórico y no del descubrimiento de ninguna verdad constitucional. En específico, “fueron los pensamientos lockeanos y no los rousseauianos los que vencieron en la Revolución francesa, habiendo sido tomados de la Declaración de derechos americana”; la importancia de este legado intelectual se hace aún más clara en tanto que él especificó que “toda la democracia moderna, incluida la socialdemocracia, tiene su fuente en estas ideas” (Hägerström, 1963, p. 164). La forma en la que Hägerström describió la autoridad ideológica de las ideas de representación política (para él, el legado primario de Locke) a primera vista pueden dar la impresión de que él creyera que dichas ideas se acomodan mejor al interés real del pueblo. Tal impresión se refuerza por sus comentarios sobre la legislación en las conferencias de 1921 *El Estado y sus Formas (Statochstatsformer)*, donde concedió lo que parece ser su opinión política personal. Mientras él discutía las diversas teorías sobre la soberanía popular y la democracia representativa, subrayó lo siguiente:

La doctrina inglesa-francesa de la representación como delegación del pueblo, vinculada por mandato, es en sí misma implausible desde una perspectiva científica. Sin embargo, debería ser preferida, ya que, con sus ideas fundamentales sobre la libertad e igualdad del individuo, esta doctrina fue la base a partir de la cual la representación del pueblo por medio del voto masivo —*un individuo, un voto*— se desarrolló históricamente (1963, p. 169).

Tales puntualizaciones llevaron a los lectores a concluir que “es probable que Hägerström también quisiera decir que la mayoría del pueblo tenía interés en develar mitos conservadores

y sustituirlos por ideas más racionales” (Fredriksson, 1994, p.209). La forma en que tales estándares racionales se establecerían dentro de la teoría general de Hägerström es un problema que dejaré a otro estudioso. Aquí lo que tenemos que entender es, ante todo, por qué el diseñar principios constitucionales no es una cuestión de develar el interés público.

Si la constitución de alguna manera “describiese” los nuevos valores o intereses sociales, entonces deberíamos concluir que las reglas de la constitución equivalen a lo que todos quieren o, al menos, a lo que la mayoría requiere. Sin embargo, en diversos escritos, Hägerström dedicó mucho esfuerzo para explicar que el derecho, y en específico el derecho constitucional, no puede definirse como la voluntad del pueblo, ni como la voluntad de la mayoría.

En primer lugar, Hägerström repudió todas las lecturas antropomórficas de la sociedad como el *Magnus Homo* de Agrippa; ello, debido a su individualismo metodológico. Por lo tanto, el derecho no puede ser lo que la *Geimeinschaft* quiere. No hay alma comunal à la Ferdinand Tönnies: el derecho no es lo que la “sociedad” requiere porque la “sociedad” no puede tener ninguna voluntad unitaria. Por tanto, Hägerström estaba lejos de ser un “comunitarista” en cualquiera de los significados contemporáneos del término, y no defendió el holismo o el organicismo, a los que consideraba ser solo “fantasía” (1963, p. 169) y “poesía” (1927, p. 17). Rechazó también la creencia en “valores comúnmente compartidos” (1961, pp. 131-135). Como subrayó en *De socialistisk tiernas historia*, “para el hombre moderno está claro que no estamos aquí en aras de la unidad de la sociedad, sino que, por el contrario, la sociedad existe para el individuo” (1963, p. 30). En segundo lugar, el derecho tampoco es lo que todo el mundo requiere. Esta posición es, de cualquier modo, más plausible que la primera. Porque, al afirmar que se iguala lo que todos quieren, se postula una definición compatible con el individualismo metodológico. Sin embargo, hablar del derecho como lo que todos quieren es, de forma abierta, algo contraintuitivo: con certeza el delincuente no anhela la aplicación del derecho penal. En tercer lugar, el derecho no puede explicarse en términos de la voluntad del electorado en los regímenes democráticos; el propio órgano elector llegó a existir gracias a una ley determinada, con independencia de si esta era constitucional u ordinaria. Así “la voluntad de la asamblea representativa [...] es una mera ficción legal. Por lo tanto, no puede definirse como una verdadera voluntad dirigida hacia la ley” (1963, p. 265). En general, él desconfiaba del énfasis contemporáneo en la soberanía popular (1904, pp. 12-13). Para él, los principios constitucionales tampoco pueden ser equivalentes a la voluntad de la mayoría. En muchas ocasiones insistió más en que la idea misma de la representación política es una mera ficción⁶. Esto incluye la representación política con mandato imperativo.

Si el derecho existiera en esta voluntad [de la mayoría], no podría subsistir. Entonces deberíamos temer que todos los países en los que un parlamento participa en la soberanía del orden social en su conjunto pudieran desmoronarse algún día porque el Sr. Olofson, del pueblo de Skuttung, o cualquier otro miembro del parlamento que no esté informado de los secretos del manejo estatal, no tienen la suficiente razonabilidad como para dirigir su voluntad hacia el mantenimiento del Estado. Sin embargo, *mirabile dictu*, nadie se molesta en investigar la voluntad del Sr. Olofson en este sentido (1963, p. 143).

Si admitimos que la constitución no se corresponde ni con las exigencias normativas de la sociedad, ni con aquellas de sus miembros, todavía no se puede deducir que esta no se conciba como un modo veraz de dar forma a intereses fundamentales en el ámbito público. Para

⁶Ver e.g. *Representationsidéens djupare grundvalar*.

Hägerström, sin embargo, concebir a la(s) ley(es) fundamentales(s), en tanto que formación dentro del concepto de *bonum commune*, es ilusorio: no existe algo así como el “bien común”, y hablar del interés del pueblo es una ficción en el análisis del derecho. Por ejemplo, en *On the Relation between the State and the Law* de 1924, él enfatiza que “en condiciones modernas por lo regular no existe [una voluntad unitaria]. Estratos enteros de la población pueden desear una alteración revolucionaria en las bases del derecho” (1963, p. 112). El derecho está siendo construido con independencia de si es del interés de aquellos obligados a obedecerla.

Dejando de lado la idea de un bien común, él sugirió que el poder ideológico sobre el gobierno representativo, que llegó a expresarse en la concepción de Locke, se entiende mejor como una sistematización de las nociones comunes en la sociedad.

La doctrina anglo-francesa derivada de Locke acerca de la representación del pueblo solo modela ideas generalizadas que son importantes para los intereses de la gente. Por lo tanto, los maestros políticos no traicionan a la gente; solo buscan, en tanto sea posible, clarificar el misterioso mundo de las ideas que surge con espontaneidad de las necesidades de la gente, al igual que el dogmatismo teológico trató de aclarar las ideas generadas por las necesidades religiosas (Hägerström, 1963, p. 165).

Esto significa que lobistas e ideólogos no imponen sus sistemas o convicciones; la *vis coactiva* pertenece a los organismos encargados de hacer cumplir la ley, no a ellos. La *vis directiva* que controlan encuentra expresión en dirigir o gobernar las mentes, interpretando el mundo para enmarcar las creencias en maneras determinadas. Aun así, su sistema o convicciones representan su forma de entender lo que ellos creen que las tendencias sociales están indicando, lo que ellos consideran que son las necesidades del pueblo, lo que asumen es el *habitus* irreflexivo que emerge en la comunidad.

Los principios fundamentales de la constitución no tenían “efectividad *de facto*” porque los padres fundadores o los legisladores en general habían descubierto la forma correcta para dar forma al mandato constitucional; lo que hicieron fue dar nombre a los estados de ánimo que preexistían al orden constitucional, y transmitieron el consenso sobre ellos a través de un proceso de identificación política, haciendo que la gente, incluidos los jueces y los legisladores de niveles inferiores, se identifiquen a sí mismos con los principios de legitimidad expresados por los padres fundadores.

6. Gobernar la mente

Los principios constitucionales fundamentales eran aquellos que parecían ser “evidentes en sí mismos” a ojos de quienes tenían la prerrogativa de establecer la agenda del debate público, *i.e.*, el bastión del poder ideológico. Esto es muy diferente a concebir a estos principios como la forma correcta de legislar en favor de la comunidad en cuestión.

El hecho de que Hägerström se haya interesado sobre todo en el poder ideológico ejercido por (lo que la ciencia política contemporánea califica como) “agenda setters” se desprende con claridad de su crítica de la idea del valor igualitario de las papeletas emitidas en sistemas basados en el sufragio universal: “el poder de cada elector [...] en realidad no es igual de importante. La importancia del voto depende de la capacidad de imponer las propias ideas al electorado en la lucha general por la mayoría” (1963, p. 122). Incluso cuestionó la idea de que el establecimiento formal de la constitución pueda contrarrestar de manera radical la fuerza social de la formulación de opiniones: “Es bastante dudoso si el monarca en una monarquía absoluta en realidad necesita ganar más poder que el influyente líder del partido en un Estado

democrático” (1963, p. 122). De los ejemplos que ha propuesto se desprende con claridad que el poder ideológico funciona como un legislador extrajurídico, entendido como una fuerza social capaz de imponer aportaciones normativas en el marco constitucional. A veces se tiene la impresión de que Hägerström creía que el poder de establecer la agenda podía vencer a otras formas de poder social, como el poder económico y político, a pesar de que no discutió el problema de manera explícita.

También se debería observar que este enfoque no equivale a ninguna teoría schumpeteriana de corte elitista sobre la legislación en la que los intereses de la élite toman forma jurídica. En realidad, explicar la autoridad del derecho requiere una teoría mucho más sofisticada acerca de las fuerzas ideológicas detrás de la legislación. En *On the Relation between State and the Law* de 1924, él especifica que “la ley rusa, en efecto, no depende solo [...] del hecho que una cierta sección de rusos desee que lo que el Zar quiera surta efectos. Depende también, en gran medida, de cosas tales como las convicciones religiosas sobre la persona del gobernante, la indolencia de las masas, la disciplina del ejército, y así sucesivamente” (1953, p. 41). Las razones por las que el sistema jurídico se mantiene en una sociedad, como una forma legítima de *Herrschaft*, dependen de “un popurrí de todo tipo de factores heterogéneos” (1953, p. 39) como:

el hábito del pueblo de obedecer decretos que se presentan con argumentos de autoridad [...] el sentimiento popular de justicia, el interés de clase, la inclinación general a adaptarse a las circunstancias, el miedo a la anarquía, la falta de organización entre la parte descontenta del pueblo, y [...] la costumbre heredada de observar lo que suele llamarse “ley del país” (*law of the land*). [En esa virtud] la ley se mantiene sin que intervenga ninguna voluntad (1953, pp. 38-39).

La conformidad del propio comportamiento con la ley u “obediencia habitual”, para utilizar la frase de Austin, constituyen la posición predeterminada antes del orden jurídico. La desviación colectiva, como opuesta de la desviación individual, es lo desconcertante; y, para coordinar la acción entre los individuos que se necesita para producir fenómenos de desobediencia colectiva, tales como una revolución, se requiere un elemento, y este elemento pertenece al poder ideológico y su fuerza de dirección.

Básicamente, en la sociedad surgen convicciones sobre cómo manejar el aparato público y cómo promover el interés público. No obstante, estas opiniones normativas son “misteriosas” e inconsistentes. Los ideólogos y los líderes de opinión sistematizan estas nociones inarticuladas, al cumplir la función de dar voz. Sin embargo, la voz nunca está dada para todos, o para la sociedad como un todo y, por lo tanto, las actitudes normativas a las que los líderes de opinión dan voz ocasionan conflictos. En suma, no hay un bien común, solo hay opiniones en conflicto sobre lo que el bien público *debería ser*. “En consecuencia, no se puede decir que el poder gobernante en principio [...] satisface el bien común. Lo que se está satisfaciendo son solo los intereses particulares que uno en realidad tiene con respecto al bien público” (Hägerström, 1963, p. 116). ¿Pero por qué es tan importante esta distinción?

Porque deriva de su no-cognitivismo (la posición meta-ética que niega que se pueda decir que las normas son verdaderas o falsas). Entonces, los principios de legitimidad constitucional —más allá de la creencia o fe que las personas puedan tener en ellos— son primero que nada *enunciados normativas*. No puede haber descubrimiento de su verdad; entenderlos no es una cuestión de búsqueda puramente cognitiva; no preexisten a su encarnación institucional. Afirmar lo contrario estaría en desacuerdo con uno de los puntos

básicos de la opinión de Hägerström. De hecho, afirmar que las normas constitucionales son una cuestión de verdad es una declaración que está en las antípodas del enfoque no-cognitivistista que caracterizó al realismo escandinavo.

Como es bien conocido, Hägerström fue el primero en desarrollar un programa articulado no-cognitivistista, comenzando ya en su conferencia inaugural de 1911, *On the Truth of Moral Propositions*: “Incluso si es absoluta, una realidad nunca puede incluir en sí misma un valor supremo. La existencia de una voluntad divina o de una exigencia interior jamás puede implicar, en y por sí misma, que nosotros debemos seguirla, que el seguirla sea el valor supremo. Existencia y valor significan algo completamente diferente” (1962, p. 87). Él emergió como un verdadero adversario de toda confusión regresiva entre el *ser* y el *deber*, que veía como la marca distintiva del deseoso pensamiento del derecho natural. Sobre todo, su propósito era defender un método “científico” y “libre de valores”, como opuesto al dogmatismo idealista que entonces prevalecía en la academia. Hacía parte del proyecto escandinavo de abandonar los programas científicos que reducían la complejidad social y la emoción humana al marco tradicional de un principio metafísico que defendía un sistema moral, estético, y así sucesivamente. Por este motivo, Hägerström se destacó como un firme defensor de la separación radical entre el *ser* y el *deber* —*fundamentada*, en última instancia, en su refutación del dualismo ontológico—. Al contrario que la mayoría de enfoques positivistas, Hägerström no solo adoptó la famosa tesis sobre la separación entre derecho y moral, sino que también afirmó que los enunciados normativos no son adecuados para ser estudiados en términos de su valor de verdad. Esto es de gran importancia para el enfoque realista sobre la legislación, ya que impide *a priori* cualquier indagación acerca de la *bondad* de una política específica o de la *rectitud* de un conjunto determinado de principios constitucionales. En resumen, la política no es una cuestión de verdad. Para decirlo con Hobbes: *auctoritas non veritas facit legem*.

Nótese que el no-cognitivismismo no implica que las normas no puedan ser emitidas o promulgadas a través de actos de legislación, a pesar de que no gozan del mismo estatus ontológico que los objetos naturales. Sin embargo, sí implica que, en el razonamiento normativo, la suposición básica —“valor”— solo se plantea como un axioma que no puede justificarse como tal. Por lo tanto, razonamos y argumentamos *desde* un cierto punto de partida (que a menudo implica una serie de suposiciones no normativas inarticuladas), no *sobre* el valor como tal. Si esto no fuera así, el no-cognitivismismo implicaría una prohibición del razonamiento por principios como puramente irracional. Hägerström nunca defendió abandonar las discusiones normativas, y siguió siendo durante toda su vida un apasionado por la política. Sin embargo, desde su perspectiva debe quedar claro que las discusiones normativas, para tener sentido, no deberían centrarse en el valor como tal, por ejemplo, en la “existencia” de los derechos del hombre, las libertades inalienables, la justicia inmutable, el contrato original o social, o cualquiera de los otros casos de “jerga” criticados por Hägerström. Es probable que centrarse en el valor conduzca a conflictos crecientes: Hägerström adelantó la advertencia de que todo tipo de interés siniestro “se encubriría bajo un manto de rectitud” (1939, p. 215) y, luego, será cada vez más difícil de obtener un compromiso pacífico en una atmósfera tan envenenada como la de la elaboración de opinión pública. La suya es una comprensión clave de que, quien sea que hable en nombre de la comunidad, promueve una visión específica de lo que es el interés de la comunidad; expresar cualquier punto de vista así es “enmarcarlo” en una perspectiva particular. Enmarcar (*framing*) puede ser una

⁷ Para una discusión sobre la conexión entre esta perspectiva y formas de naturalismo, especialmente en Ross y Olivecrona, ver: T. Spaak “Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences” (2008).

heurística efectiva, i.e., atajo mental o sesgo cognitivo que afecta el resultado de los problemas de elección en la medida en que varios de los axiomas clásicos de elección racional no se sostienen. Esta dimensión es, en gran medida, descuidada, por no decir ocultada, por las concepciones más tradicionales y populares sobre la legislación, en las que la transposición de concepciones (políticas) del *bonum commune* en la ley es a menudo presentada como una cuestión de conocimiento o habilidad técnica. Esto es así porque el enmarcar un problema no es una acción neutral en valores. Hägerström considera que al poner bajo la lupa a los intereses de los “framers”, los conflictos pueden evitarse antes de que se descontrolo por efectos de la retórica.

¿Qué determina, en última instancia, la formación de las reglas constitucionales de competencia durante una revolución o un cambio de poder similar? ¿De qué tipo son las ideas que rigen la mente de los hombres? “Los factores políticos que son de verdad determinantes para la constitución son los intereses luchando entre sí a efectos de determinar qué norma debe gobernar sobre la génesis del derecho positivo” (Hägerström, 1963, p. 135). Estamos enfrentándonos constantemente a una lucha en torno a políticas constitucionales.

No obstante, sería un ardid concluir, a partir de lo dicho, que Hägerström habría cedido a los postulados del otro lado del espectro de las políticas del derecho, que esbozamos en el punto 3. Las reglas constitucionales se moldean por aportes normativos, derivados de actores con poder de establecer agendas. Por tanto, no son ni verdaderas ni falsas. No se puede decir que ningún ideal de legalidad sea “verdadero”. El funcionamiento interno del derecho tampoco cambiará esto. ¿Quiere decir esto que las reglas constitucionales solo equivalen a retórica política y que la constitución, en esencia, es un asunto de toma de decisiones?

7. Diseño constitucional como toma de decisiones

A fin de comprender por qué el problema de la “primera constitución histórica”, en tanto que test de verificación de los aportes normativos en la legislación, no puede resolverse anulando la racionalidad interna y la fuerza motivadora del derecho, interesa contrastar la visión de Hägerström con la lectura de Carl Schmitt sobre las *fons extra-ordinem*, relacionada con la distinción política básica entre “amigo” y “enemigo”. A pesar de la tesis histórica general de Hägerström, que es muy similar a la de Schmitt⁸, su refutación sobre la postura particularista que Schmitt asumió en su discusión teórica general sobre la soberanía en *Political Theology*, los distancia en el espectro mencionado de antemano en el punto 3.

Schmitt argumentó que “cada ordenamiento jurídico se basa en una decisión, y asimismo el concepto de ordenamiento jurídico, que es aplicado como algo evidente, contiene dentro de sí el contraste de los dos elementos distintos de norma y decisión jurídicas. Como cualquier otro orden, el orden jurídico se basa en una decisión y no en una norma” (2005, p.10). Esta fuerte postura particularista se desarrolló más tarde en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), donde Schmitt expuso el decisionismo asociado con su nombre. Yo lo llamo “particularista” porque, para Schmitt, no hay una sola característica básica de las acciones en virtud de la cual estén siempre bien o mal; para determinar si éstas se adecúan a una norma se requiere una decisión determinada de quien tiene el poder de tomar decisiones; una decisión que confiere a la acción (o más bien a su interpretación) la calidad de cumplir o desviarse de la norma. Así, no es la norma sino la decisión particular del *legislador* lo que da raíces a la regla. En consecuencia, él afirmaba que la ley nunca puede aplicarse o ponerse en práctica por sí misma “tanto como no puede ser interpretada e impuesta por sí misma”.

⁸ He desarrollado un paralelismo en *A Real Mind* (2009), capítulo 6.

Ahora bien, las revoluciones representan con exactitud el tipo de caso en el que el soberano, en la propuesta de Schmitt, tendría la posibilidad de proponerse a sí mismo como el gran legislador, rompiendo así la condición ordinaria de normalidad social o “medio homogéneo” (*homogeneous medium*) (2005, p. 13). De este modo, el soberano representaría la institución en su más alto nivel, donde coinciden legisladores y encargados de la toma de decisiones. Desde la visión de Schmitt, no puede haber un ordenamiento jurídico funcional sin una autoridad soberana, concebida como un elemento previo al derecho (*pouvoir constituant*), necesaria para decidir cómo aplicar las normas jurídicas generales a casos particulares y, más importante, decidir sobre el estado de excepción (2005, pp. 5—35). Puesto que lo que hace al soberano es la capacidad de decidir sobre el estado de excepción —la verdadera señal de una dictadura— la toma de decisiones políticas vence a la racionalidad jurídica en Schmitt, que se sitúa en un extremo del espectro con muchos otros que también sostienen que la política permea en esencia al derecho.

Por el contrario, para Hägerström, tanto las revoluciones como el *consuetudo contra legem* no derivan su validez de leyes y ordenanzas precedentes (la validez entendida como base formal de imputación); no obstante, no pueden reducirse a lo que un funcionario u otro quiere: en realidad, a su juicio, la validez no se sigue en virtud de la mera toma de decisiones. Así pues, no hay una decisión soberana en la base de la constitución. La constitución, como la estructura última de establecimiento de poder para la elaboración de leyes en un cuerpo social, debe descansar en algo más. Pongamos entre paréntesis que, como negó Schmitt, esta base puede ser una norma; no queda claro si un conjunto de normas pudieran ser, *grosso modo*, normas sociales, ni si, por lo tanto, en ausencia de las definidas tradicionalmente como leyes promulgadas, surgirían otros tipos de normas para desempeñar funciones proto-jurídicas. El punto clave que Hägerström señaló fue que la base de la constitución no puede ser una decisión, porque entonces terminamos perdiendo nuestra capacidad para identificar qué decisión es la que cuenta.

Por lo tanto, la indistinción entre derecho y política sobre la cual se basa la teoría de Schmitt sobre la soberanía conduce a consecuencias incongruentes. De hecho, si la ley equivaliera a la voluntad del soberano, entonces, en caso de que un soberano desobedeciera la constitución, tendríamos que concluir que la constitución ya no estaría en vigor, lo que a su vez disolvería la identidad existente entre la voluntad y la ley. Tal teoría de la soberanía, la de Schmitt, implicaría entonces que “la constitución, en la medida en que regula las actividades de quienes están en el poder supremo [...] está... desprovista de todo significado” (Hägerström, 1953, p. 30). Esto sucede porque “si, en los Estados constitucionales, la autoridad suprema debe basarse en la constitución establecida en todo acto de legislación, se deduce que ninguna regla constitucional puede ser descrita como un mero mandato o declaración de intenciones por parte de los detentores del poder” (1953, p. 34).

El rompecabezas que presenta Hägerström puede reformularse con facilidad: si el derecho equivale a la voluntad o al mandato del soberano, y si el soberano deja de obedecer a la constitución, entonces la constitución deja de ser válida, lo que a su vez disolvería la identidad entre la voluntad del soberano y el derecho (“la ley”), de modo que ningún criterio de identificación del derecho podría subsistir. Desde tal perspectiva, no tendría sentido hablar de inconstitucionalidad. En otras palabras, esto significa que en la medida en que la constitución no es aplicada, no es una constitución o lo es solo en la medida en que se aplica. Si el soberano de Schmitt —con independencia de si se trata de un organismo monocrático o un cuerpo colegiado— decide *no* aplicar las reglas fundamentales de la constitución, no estamos frente a un mero fenómeno de desuetudo, sino más bien

frente a una imposibilidad conceptual de romper las reglas fundamentales, ya que estas solo pueden ser fundamentales en tanto que se apliquen. Es una *reductio ad absurdum* en la que carecemos de un criterio para identificar lo que cuenta como derecho. Aquí Hägerström anticipó críticas posteriores a Schmitt concernientes a la incompatibilidad conceptual entre la soberanía y los sistemas jurídicos.

Además, en cualquier comunidad que tenga un sistema desarrollado de fuentes de derecho —una *conditio sine qua non* para que cualquier organización sea etiquetada como constitucional según Hägerström— las normas materiales que proveen fundamento sustantivo para la toma de decisiones jurídicas aparecen junto con normas secundarias, tales como las normas de competencia. Por ello, afirmar que la autoridad política legítima depende de una “autorización jurídica” no es tan indefendible como sugiere Schmitt. Este punto es claro para Hägerström, que subrayó los diferentes niveles de normas incluidos en el sistema (1963, pp. 212-213). La ley puede determinar, para cualquier norma jurídica material, qué persona o institución tiene la competencia para interpretarla y aplicarla. Pero que un sistema jurídico, a través de sus normas de competencia, provea la interpretación autorizada de sus normas jurídicas materiales difícilmente implica que deba incorporar al soberano en la comprensión tradicional de este término. De hecho, “la voluntad del Soberano es considerada [...] como una regla de acción, por encima de todas las demás, desde un punto de vista valorativo. La voluntad del monarca, la ley más alta: ese es el lema del autócrata. Tal voluntad es sagrada y venerable. Por consiguiente, estamos en el camino de una de las supersticiones sociales más profundas que existen” (1939, p. 100).

Esta línea argumentativa deriva de su ensayo de 1913 sobre la superstición social, donde Hägerström ya había elaborado esta idea en relación con el concepto de soberanía. Estaba claro para él que la soberanía no puede ser “el más alto poder *fáctico*. En realidad, tanto el rey como el pueblo apelan a la soberanía para mantener su poder” (1939, p. 99). El “hecho” social (soberanía) que fundamentaría tales teorías proporcionando el cierre del sistema de fuentes es realmente una postura normativa. En consecuencia, Hägerström insistió en que este modelo de soberanía no se fundamenta en los Estados constitucionales, sino en el despotismo: “Es el despotismo puro lo que sirve de modelo para la teoría en discusión. En particular, ha sido ocasionada por la idea (que no está respaldada por los hechos de forma adecuada) del emperador romano como *‘princeps legibus solutus’*. Se ha asumido que todo el derecho debe descansar sobre un poder no sujeto a ninguna ley” (1953, p. 35) (1916, p. 190). En pocas palabras, acusó a las teorías del mandato de estrechar el enfoque en *rex facit legem*, olvidando la otra cara de la moneda: *lex facit regem*. Como a menudo señaló, Napoleón, por ejemplo, ganó su posición dentro de los ejércitos revolucionarios.

Esto significa que la cuestión de la prioridad —a menudo formulada de modo confuso, tanto en términos lógicos como cronológicos— de la “autoridad política” sobre las normas fundamentales, como el derecho constitucional, es para Hägerström un falso problema: “¿acaso en los Estados de gobierno constitucional no debe el derecho constitucional haber primero ganado autoridad, sin importar de qué manera esto haya sucedido, para que una persona determinada pueda tener alguna autoridad desde el punto de vista jurídico?” (1953, p. 31). De modo especial, él insistió en este punto en *On Question of the Notion of Law*, en el mismo pasaje donde citó a Schmitt: si el punto de vista que Schmitt defiende prevaleciese en la sociedad, *i.e.*, aquel según el cual el soberano es el que decide sobre el estado de excepción, esto constituiría en sí mismo la estructura fundamental del orden político, de tal manera que quien alguna vez ocupase el cargo considerado como soberano estaría obligado, por ejemplo, a respetar la indulgencia de la anulación de su propio cargo, convirtiéndose en un objeto

sin significado de censura. Parece que las teorías que no distinguen entre derecho y política, como la *reductio ad unum* de Schmitt, tal vez no encuentren su mejor realización institucional en los *princeps legibus solutus*, sino, más bien, en la impotencia del *Reichpräsident*-títere:

El titular del poder político sin duda encontrará que no está dentro de los límites posibles que, respecto a la conformación de leyes, descuide las acciones que se esperan de él, si decide mantener su propia posición jurídica. Pero, debido a que su poder depende de su posición jurídica —lo que, desde luego, sucede en condiciones estables de la sociedad— él sencillamente *no puede* actuar como gobernante político sin tener en cuenta las leyes que están por encima de él (1953, p. 73).

Esto, a la larga, se debe al hecho de que, en la visión de Hägerström, no somos “los señores del derecho, sino sus esclavos” (1963, p. 253). Y esto depende del hecho de que el derecho y su elaboración son un esfuerzo colectivo; esfuerzo que requiere la capacidad de coordinar acciones (nuestras elecciones individuales en entornos sociales hostiles son propensas a producir poco efecto).

8. Conclusión

Nuestra dependencia de juegos sociales como el derecho también explica por qué lo que cuenta en la formación de nuevos elementos normativos, como los que se cristalizan en principios constitucionales de legitimidad en el curso de revoluciones e importantes cambios de poder, no es la mera fuerza física (*vis coactiva*), sino el poder de la sugestión (*vis directiva*) que convence a muchos a cambiar el curso de la acción. Hägerström entendió que la legislación no se trata, en última instancia, de una cuestión de imponer la toma de decisiones. Nuestra dependencia de juegos sociales como el derecho también explica por qué la formación de nuevos elementos normativos no se produce a partir de la elección de actores individuales, sino de centros que trabajan en redes, y que son capaces de aprovechar formas específicas de poder social. Estos no tienen por qué ser los jefes de instituciones monocráticas, tal como sucede en el diseño constitucional tradicional, ni la élite del poder económico o político. Sin embargo, tales centros deben ser capaces de despertar un impulso conativo en las acciones de una multitud de personas coordinadas. En opinión de Hägerström, las sedes del poder ideológico, incluyendo los de los generadores de opinión, desempeñan un rol crucial en esta cuestión. Aun así, coordinar e inspirar la acción no es una cuestión de verdad: en lo sustancial, la legislación no es un proceso de descubrimiento de la mejor manera de promover el interés público o el bien común. “El mundo de las ideas del que se compone la ley positiva es, en realidad, un conjunto de ficciones que están determinadas, en gran medida, por intereses escondidos que se mantienen cubriéndose a sí mismos con un velo” (Hägerström, 1963, p. 118). Más bien, la política de la legislación consiste en controlar el acceso a la tecnología utilizada en una comunidad para el reconocimiento de lo que cuenta como derecho, esto es, el acceso y control sobre los mecanismos que determinan qué declaraciones normativas cuentan como aportes en la maquinaria legal:

El disparo del gatillo *puede* ser causado, naturalmente, por la voluntad del tirador [...]. Pero esto es del todo irrelevante para la cadena causal [...]. Al apretar el gatillo, el explosivo se detona, y esto en secuencia enciende la pólvora que pone la bala en movimiento. Esto es, con exactitud, equivalente al impacto de un voto sobre la validez de un proyecto de ley propuesto (1963, p. 133).

La batalla política se refiere a qué procedimiento “hace mejor su trabajo”, pero la forma en que funciona la legislación, al menos en los Estados constitucionales, obedece a su propia lógica, con independencia de la voluntad de políticos y funcionarios.

En su mayor parte, el elemento de aprobación de las leyes parece ser el procedimiento. “Esto es tan obvio que no necesita previo aviso: una propuesta de una nueva ley obtiene validez a través de los votos de la mayoría, de acuerdo con las regulaciones parlamentarias, y no a través de la voluntad de los miembros del Parlamento” (1963, p. 132). Para Hägerström, en otras palabras, un voto en el Parlamento es, por consiguiente, similar a apretar el gatillo de la poderosa maquinaria legal, la explicación última de la complicada red de factores que fortalecen la validez del derecho. Más allá de lo que los miembros del Parlamento podrían desear en sus corazones, el voto por sí solo pone a la “máquina” en marcha:

La consecuencia de la aprobación del proyecto de ley es que ellos [quienes viven en el Estado] se ven afectados de forma inmediata y pasiva, y se sienten comprometidos con la obediencia; que quienes ganan beneficios a través del proyecto de ley experimentan un sentido particular de poder [...]; que los jueces se sienten obligados a juzgar de acuerdo con este; que los funcionarios del Estado se sienten obligados a aplicarlo. (1963, p. 134).

Para Hägerström, ya que obedecemos al derecho por estar prescrito de acuerdo con formas o procedimientos correctos (*formenligt*), la legislación equivale a ser un proceso que convierte a las declaraciones políticas en declaraciones jurídicas. Esto no es, como Kelsen famosamente sostuvo, un “gran misterio” (1984, p. 411).⁹ Es, no obstante, un mecanismo de reducción de la complejidad que establece un estándar de reconocimiento para permitirnos vivir de un modo suficientemente ordenado. Sin embargo, la batalla política está tras el control de la capacidad de la maquinaria legal para transformar determinadas declaraciones normativas en “obediencia habitual”.

Como al final de *En straffrättslig princip undersökningar 1939*, Hägerström declaró:

nadie en realidad cree que la voluntad del conductor *como tal* tenga alguna influencia sobre el movimiento del coche. Son solo los movimientos específicos suyos, debido al mecanismo, lo que lo pone en movimiento. Y el mismo resultado se obtiene si el conductor lleva a cabo esos movimientos *con o sin* su voluntad. Sin embargo, fuera de la conexión mecánica entre sus movimientos y el movimiento del coche, el conductor tiene la *posibilidad* de decidir sobre este último a través de su voluntad. Lo mismo sucede *mutatis mutandis* en el caso del legislador.

Referencias bibliográficas

- Alexander, G. (2002). Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian. *The American Journal of Comparative Law*, 50 (1), 167.
- Austin, J. (1873). *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*. London: Murray.
- Bishop, J. y Solo, M. (eds.). *Politics in the Information Age*. Dordrecht: Springer.
- Brunet, P. (2011). Le droit est-il dans la tête? A propos de Karl Olivecrona, De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit. *JusPoliticum*. (8), 4.

⁹ “Es ist das große Mysterium von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakt vollzieht und darum mag es gerechtfertigt sein, daß nur in unzulänglichen Bildern das Wesen Desselben Veranschaulicht Wird.”

- Bobbio, N. (1999). *Teoria Generale Della Politica*. Torino: Einaudi.
- Coke, E. (1608). *Prohibition del Roy*. 12 Rep 63.
- Cotterrell, R. (1989). *The Politics of Jurisprudence*. London: Butterworths.
- (1995). *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Durante, M. (2011). Normativity, Constructionism, and Constraining Affordances. *Ética Política/Ethics & Politics*. VIII (2), 180-200.
- Dyzenhaus, D. (1998). Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. *University of Toronto Quarterly* 68 (1), 514-516.
- (2013). Austin, Hobbes, and Dicey. En Freeman, M. y Mindus, P.(eds.). *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* (pp. 215-236). Dordrecht: Springer
- Eleftheriadis, P. Law and Sovereignty, *Oxford Legal Research Paper Series*<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486084>
- Floridi, L. (2011). *The Philosophy of Information*. Oxford: OUP.
- Fredriksson, G. (1994). *20 filosofer*. Stockholm: Nordstedt.
- Hägerström, A. (1904) *Stat och rätt. En Rättsfilosofisk Undersökning*. Uppsala: Almqvist & Wiksell.
- (1927). Der römische Obligations begriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. *Almqvist & Wiksell, Uppsala-Leipzig* I.
- (1939). *Socialfilosofiska Uppsatser*. Stockholm: Bonniers.
- (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala: Almqvist & Wiksell.
- (1961). *Rättenochviljan. Två Uppsatser av Axel Hägerström*. Lund: Gleerup.
- (1963). *Rätten Och Staten: Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi*. Stockholm: Natur & Kultur.
- (1964). *Philosophy and Religion*. London: Allen & Unwin.
- Hirschmann, A. O. (1970). *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge:Harvard University Press.
- Hofmann, H. (2002).*Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jowett, B. (2016). *Statesman (Annotated)*. California: CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Kaufmann, M. (1988).*Recht Ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitt's Staats- und Rechtslehre*. Freiburg: Alber.
- Kelsen, H. (1970). *The Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.
- (1984). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre [1923]*. Aalen: Scientia Verlag.
- Lane, J. (2013). Filósofen Som Kulturkritiker: Axel Hägerströms Politisk Teori. *Norsk Statsvitenskapelig Tidsskrift*. 28.
- McCormick, J.P. (1997). *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*. Cambridge: CUP.
- McIlwain, H. (1940). *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca: Cornell University Press.
- Mindus, P. (2008). À l'origine du non-cognitivism moderne: Axel Hägerström. *Analisi Diritto*, 159-176.
- (2009). *A real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer.
- (2012). Global Harmony and Rule of Law: An Empirical-Analytic Approach. En Bustamante, T. y Onazi, O. (eds.). *Global Harmony and the Rule of Law* (pp. 33-48). Leipzig: Steiner.
- (2013). Updating Democracy Studies: An Outline of a Research Program. En

- Portinaro, P. Beyond the Rule of Law: Judge's Tyranny or Lawyers' Anarchy? En Costa, P. y Zolo, D. (eds.). *The Rule of Law*, (pp. 353-367). Dordrecht: Springer.
- Plous, S. (1993). *The Psychology of Judgment and Decision Making*. Columbus: McGraw-Hill.
- Plucknett, F.T. (1956). *A Concise History of the Common Law*. Boston: Little, Brown & CO.
- Rousseau, J. (2013). *Du Contrat Social*. Paris: J'ai Lu.
- Salmond, J. W. (1893). *The First Principles of Jurisprudence*. London: Stevens & Haynes.
- Schauer, F. (2004). The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, 90 (7), 1909-1956.
- (2009). Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin. En M. Del Mar, Z. Bankowski (eds.). *Law As Institutional Normative Order*, (pp. 41-43). Aldershot: Farnham.
- (2013). Positivism Before Hart. En M. Freeman, P. Mindus (eds.). *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, (pp. 271-290). Dordrecht: Springer.
- Schmitt, C. (2005). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty [1922]*. Chicago: Chicago University Press.
- SCOTUS/Supreme Court of the United States (1803). *Marbury Vs. Madison. Sentencia del 24 de febrero de 1803*. 137. 163.
- Spaak, T. Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences. SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1354154>>
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1981). The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science* 211 (4481), 453-458
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: OUP.
- Zamboni, M. (2008). *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Berlin: Springer.