

# Iuris

# Dictio

Nº 25, JUN. 2020

E-ISSN 2528-7834

*Dossier:*

*Realismo jurídico contemporáneo*



# Iuris Dictio

**Director editorial**

Diego Falconí Trávez

**Coordinador editorial**

Efraín Caravantes

**Comité científico**

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), András Jakab (Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias, Hungría), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

**Comité editorial**

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

**Asistentes editoriales**

Analía Andrade, Aura Chiriboga, José Gabriel Cornejo, Sebastián Correa, Josselyn Espinosa, María Paula Marroquín.

**Diseñadora**

Mayra Overney-Falconí

**Webmaster**

Jaime Páez

**Maquetador**

Krushenka Bayas

**Traductora**

Megan Edwards

**Revisores pares**

Sebastián Agüero, Pablo Alarcón, Toalí Bayancela, Andrés Botero, Juan Cevallos, Eddy de la Guerra, Diego Falconí, Johanna Fröhlich, Juan Francisco González, Pau Luque, Luca Malagoli, Marco Morales, Diego Moreno Cruz, Mareva Orozco, Giuseppa Ottimofiore, Lina Parra, Pier Paolo Pigozzi, Juan Carlos Prado, Julieta Rábanos, Pablo Rapetti, Sebastián Reyes, Catherine Ricaurte, Marco Segatti, Farith Simon, Vicente Solano, Rafael Vásquez, Jaime Vintimilla, Matija Zgur

*Licencia legal:* Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .I97 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho .

Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: [revistaiurisdicio@usfq.edu.ec](mailto:revistaiurisdicio@usfq.edu.ec)

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio>

## POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

*Iuris Dictio* es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

*Iuris Dictio* se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

### 1. Política de secciones

*Iuris Dictio* posee tres secciones: monográfico, miscelánea y reseñas.

#### Monográfico

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).

#### Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).

## **Reseñas**

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3 mil palabras y deben ser originales e inéditas.

## **Entrevistas**

Esta sección está destinada a la recoger entrevistas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad. La entrevista debe ser original e inédita y debe plantearse como un diálogo con preguntas y respuestas. Su extensión no deberá superar las 7 mil palabras.

## **2. Proceso de revisión por pares**

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

## **3. Frecuencia de publicación**

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio y otra en diciembre. Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

## **4. Política de acceso abierto**

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difunde bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems), intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

## **5. Envíos Online**

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

## **6. Normas para autores/as**

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

## **7. Derechos de autoría**

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

## **8. Edición de la revista**

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

## **9. Tiempo de publicación**

*Juris Dictio* publica los artículos, reseñas y entrevistas que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

## **10. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas**

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el Committee on Publication Ethics (COPE) en el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors (<http://publicationethics.org>).



# ÍNDICE

## DOSSIER

Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo. El realismo jurídico (apuntes para una introducción) Foreword of the dossier. Contemporary Legal Realism. Legal Realism (Notes for an introduction) MAURICIO MALDONADO .....	13
What is a Realist Theory of Law? ¿Qué es una teoría realista del Derecho? BRIAN LEITER .....	27
An exercise in legal realism Un ejercicio de realismo jurídico RICCARDO GUASTINI .....	37
El deber de resolver en la justicia bajo una perspectiva realista y empática The duty to resolve in court from a realistic and empathetic perspective ERICA BAUM .....	49
American Legal Realism in Dispute Resolution. Alternative Dispute Resolution as a “Realist” Project Realismo estadounidense en la resolución de conflictos. La resolución alternativa de conflictos como un proyecto “realista” CARLO VITTORIO GIABARDO .....	63
Explaining Judicial Populism in Hungary – a Legal Realist Approach Explicar el populismo judicial en Hungría. Una aproximación desde el Realismo Social MÁTYÁS BENCZE .....	83

<i>A Phrase Which Rests Upon Confusion. Llewellyn y el problema de la “observancia del derecho”</i>	
<i>A Phrase Which Rests Upon Confusion. Llewellyn and the puzzle of “law observance”</i>	
MÁTYÁS MALAGOLI .....	97

Legal (post)realism and prescriptive legal science: Can legal realism provide normative guidance?	
Post-realismo jurídico y teoría prescriptiva del derecho: ¿puede el realismo jurídico proporcionar orientación normativa?	
TOMÁŠ GÁBRIŠ .....	113

Una teoría realista de la interpretación	
A Realistic Theory of Interpretation	
MICHEL TROPER .....	125

La legislación en Hägerström	
Hägerström on Law-making	
PATRICIA MINDUS .....	141

## MISCELÁNEA

La negligencia del Estado brasileño en la lucha contra la corrupción en el sector privado y sus consecuencias	
The negligence of the Brazilian state in the fight against corruption in the private sector	
CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE GODOI .....	167

## ENTREVISTAS

Entrevista a Javier Couso Salas. El antes y el después del contexto constitucional chileno a partir de las manifestaciones sociales ocurridas en octubre del 2019	
Interview with Javier Couso Salas. The before and after of the Chilean Constitutional context since the social protests occurred in October 2019	
MARÍA PAULA MARROQUÍN Y ANALÍA ANDRADE .....	189

# Iuris

# Dictio.

Nº 25, JUNIO 2020

E-ISSN 2528-7834

*Dossier:*

*Realismo jurídico contemporáneo*





PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.  
 EL REALISMO JURÍDICO (APUNTES PARA UNA INTRODUCCIÓN)  
 Foreword of the dossier. Contemporary Legal Realism.  
 Legal Realism (notes for an introduction)

MAURICIO MALDONADO MUÑOZ<sup>1</sup>  
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

“Must a name mean something?”, Alice asked doubtfully.  
 “Of course it must”, Humpty Dumpty said with a short laugh: “my name means the shape I am — and a good handsome shape it is, too. With a name like yours, you might be any shape, almost”.

Lewis Carrol  
*Through the Looking-Glass*

### 1. Los muertos que vos matáis...

El realismo jurídico nació como una alternativa al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, dominantes en las discusiones de filosofía del derecho de entonces. Sea el realismo norteamericano (vid., *inter alia*, Tarello, 1962; Leiter, 2015), sea el realismo escandinavo (vid., *inter alia*, Bjarup, 2005), trajeron aparejadas algunas novedades a la vez que elaboraron algunas críticas hacia estas “corrientes” tradicionales. En efecto, como ha dicho Barberis (2015, p. 227), mientras que el iusnaturalismo pretendía estudiar al derecho como un conjunto de valores y el positivismo como un conjunto de normas, el realismo buscaba estudiarlo como un conjunto de hechos<sup>2</sup>. En sus inicios, el realismo jurídico buscaba, sobre todo, alejar al (estudio del) derecho de algunos rezagos “metafísicos” (Hägerström llegaría a hablar de pensamiento místico, mágico [vid., en general, Mindus, 2009]). Piénsese, por ejemplo, en la atención que prestó el realismo escandinavo a nociones como aquella de “derecho subjetivo”. Hägerström (1953), justamente, dice que dicha noción —al no encontrar bases empíricas— descansa en una idea “metafísica”. Olivecrona (1971), por su lado, dice que los derechos subjetivos se revelan, simplemente, como “ideas de la mente humana”. Y también Ross, quien, en su afamado Tù-Tù (1957), defiende la tesis según la cual la noción de derecho subjetivo se encuentra desprovista de cualquier tipo de referencia semántica<sup>3</sup>. Las críticas de los realistas escandinavos respecto de los derechos subjetivos —que estos autores extendían también a otras “figuras jurídicas” (deber, autoridad...)— coinciden con el reproche del pensamiento místico, mágico y metafísico. Mario Jori remarca, por ello, la labor de desmitificación del realismo jurídico, aunque también aclara:

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mmaldonadom@usfq.edu.ec  
 Por varias razones, coordinar el dossier n. 25 de Iuris Dictio ha significado un reto en distintos niveles. Es por ello que deseo expresar mi agradecimiento a Diego Falconí y Efraín Caravantes, quienes han facilitado la tarea.

La idea de este dossier nació como una especie de modesto homenaje personal a los maestros de Génova, París y Chicago.

<sup>2</sup> Aunque hoy el realismo pueda ser estudiado de la mano del “positivismo excluyente” (vid., *inter alia*, Escudero Alday, 2014).

<sup>3</sup> Para una crítica de la tesis de Ross, vid. Brozek (2015).

Cada práctica social existe y no existe como tal, y continua existiendo como tal incluso si está basada en creencias falaces, que no por esto son menos reales en cuanto factores sociales. La religión existe incluso si Dios no existe. En tal caso, deberían ser puestas en entredicho las pretensiones de la religión, no la existencia o influencia social de sus creencias (Jori, 2010, p. 15) <sup>4</sup>.

Pese a sus aportes, sea el realismo escandinavo, sea el realismo norteamericano, fueron parcialmente abandonados, desprestigiados, incluso caricaturizados (piénsese en el así llamado *digestive realism* [Tuzet, 2015]). No es un acaso que Leiter (1997) atribuya muchas críticas al realismo jurídico a lo que él ha llamado “Frankification of Legal Realism”: la reducción de las tesis del realismo jurídico a unas cuantas tesis de J. Frank. Pero el realismo ha conocido, en las últimas décadas, un refflorecimiento. Y algunas de las escuelas más importantes de filosofía del derecho del mundo hoy se declaran abiertamente realistas. Así, en Génova, París (Nanterre), Girona, Chicago y varios otros lugares, encontramos a algunos de los más importantes teóricos contemporáneos del derecho, todos realistas: Guastini, Troper, Ferrer Beltrán, Leiter<sup>5</sup>, solo por mencionar algunos. El realismo, que algunos habían declarado muerto, está más vivo que nunca. A los que tantas veces lo han matado, podría responderseles con la vieja y famosa frase de la comedia francesa (incorrectamente atribuida a algún escritor español): *Los muertos que vos matáis, gozan de buena salud*.

## 2. Realismo e interpretación

Me gustaría empezar señalando que a pesar de que el realismo jurídico fue crítico —con razón— de ciertas tesis de Kelsen (vid. Ross, 2008), hoy otras han sido incorporadas a este. Hay quien sostiene, efectivamente, que el propio Kelsen habría sido, al menos en el ámbito interpretativo, un realista genuino (vid. Chiassoni, 2012; Barberis, 2015)<sup>6</sup>, aunque tal cosa sea, al parecer, incompatible con su teoría de la ciencia jurídica. Esta aparente contradicción, criticada por algunos realistas (vid. Guastini, 1999; Núñez Vaquero, 2014), no ha impedido que se aprecien algunas de las contribuciones (preterintencionales) de Kelsen a la teoría realista de la interpretación (vid., *inter alia*, Guastini, 2011; Troper, 2006). Esto es particularmente interesante en la medida en que el realismo es tenido, ante todo, aunque no exclusivamente<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> Traducción personal.

<sup>5</sup> El proyecto de “naturalización del estudio del derecho” (de una “teoría del derecho naturalizada”), constituye, en la forma propuesta por Leiter (2007), uno de los aportes más interesantes del realismo jurídico contemporáneo. Su papel ha de destacarse también porque ha supuesto un *punte* entre la teoría analítica “anglosajona” y la teoría analítica “continental” (vid. la introducción a la versión castellana de *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, de Ratti [2012]). En el ámbito del realismo analítico “continental”, en cambio, las relaciones han sido siempre estrechas, quizás sobre todo por la influencia que ha ejercido y los nexos que ha creado el realismo genovés con Nanterre y Girona, enriquecidos, luego, en modos diversos; una influencia, vale decir, que se ha extendido también al ámbito iberoamericano (Ratti y Ferrer Beltrán, 2011).

<sup>6</sup> Bastaría con recordar ese maravilloso trabajo que es “*On Interpretation*” (Kelsen, 1949 [2000]).

<sup>7</sup> Basta aquí recordar la atención dada al problema de las “concepciones realistas sobre la legislación” en un *special issue* de la revista *The Theory and Practice of Legislation* (Brunet, Millard y Mindus (eds.), 2013). Dice Brunet, en la introducción a la discusión: “Does realism really have something to say about legislation? On the one hand, it is well known that American and Scandinavian legal realists were primarily concerned with judicial law-making. Some of them clearly recognized this, such as Julius Cohen who complained about legal realists not paying due attention to legislation, though it was ‘one of the prime sources of policy-making’. Legislation here indicates the process of passing a statute, not its resulting normative text. We all know that statutory interpretation was one of the main topic of the realists yet it deals with the result of the legislative process. On the other hand, a common claim made by the legal realists is that judges do legislate. In point of fact, this idea was already expressed by Holmes in 1881: ‘the philosophical habit of the day, the frequency of legislation, and the ease with which the law may be changed to meet the opinions and wishes of the public, all make it natural and unavoidable that judges as well as others should openly discuss the legislative principles upon which their decisions must always rest in the

como una especie de “teoría del derecho orientada a la teoría de la interpretación”. No porque, como quizás alguien se sienta tentado de decir, para los realistas solo existan los jueces, o porque solo ellos sean dignos de atención, sino porque la labor de los intérpretes —a menudo ignorada o pensada como una mera labor de aplicación— es decisiva para comprender al derecho como *es, no como debería ser*<sup>8</sup>. Por supuesto, esto solo puede lograrse mediante una teoría genuinamente descriptiva de la interpretación: propiamente hablando, una teoría de la interpretación es una teoría no del significado, sino de la atribución del significado (Guastini, 2011)<sup>9</sup>.

El juez no es —como habría querido la tradición iluminista de base montesquíviana— la mera “boca de la ley”; no es, digamos, una especie de muñeco de ventrilocuo que solo habla por y en nombre del legislador sin poder pronunciar él mismo palabra alguna. El juez, por el contrario, desempeña un papel esencial en la “construcción del derecho”: en cuanto “intérprete auténtico” (en el sentido kelseniano del término), habla con voz propia. Sin embargo, el realismo no se concentra solamente en la interpretación judicial. De todos modos, no solo los jueces interpretan, también lo hacen otras autoridades no jurisdiccionales, e incluso los doctrinarios. No hay, en realidad, nadie que tenga que ver con el derecho que no sea a la vez (en cierto sentido) un intérprete<sup>10</sup>.

Sin embargo, es cierto que la interpretación de los jueces es, por decirlo de algún modo, especial. Ello, en el sentido de que sus interpretaciones, en general, “constituyen derecho”, es decir, cuentan —de acuerdo con las reglas del sistema— como decisiones jurídicas: decisiones que producen efectos jurídicos. Quizás sea oportuno decir que aquí el realismo jurídico se presenta como una de las teorías que Celano (2009, pp. 23 ss.) llama —sobre huellas kelsenianas— “teorías nomodinámicas”<sup>11</sup>: el fenómeno de la autoridad (de la autoridad interpretativa, en particular) es ineludible en el caso de cualquier sistema jurídico. Lo que los jueces deciden —incluso cuando pueda decirse que “se han equivocado”— constituye siempre una decisión con valor jurídico.

Para algunos, esto puede resultar inquietante. Piénsese, por ejemplo, en las perplejidades que genera que los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones

---

end, and should base their judgments upon broad considerations of policy to which the traditions of the bench would have hardly tolerated a reference fifty years ago’. Nevertheless, as Pierluigi Chiassoni suggests, it would be too hasty to conclude that legal realism does not have a theory of legislation in terms of process. In fact, it does: it results from realistic theory of law itself. Law is not in its ‘sources’, ‘statutes’, or ‘texts’ but in the use of its sources, statutes and texts, the meaning of which is always indeterminate and will be determined only by a process. *Ay there’s the rub*: legal realists did not all agree about indeterminacy. Of course, Frank might have enjoyed destroying lawyers’ illusions about certainty, but Llewellyn committed himself to his work with the commercial code because he felt that ‘the social practice of law implies stable expectations as to the content of the law at any given time and place’ (See Dagan and also Hart on Llewellyn). What this special issue has contributed in illustrating is that, within the realist tradition, law-making, both as a process and its result, needs to tackle an even deeper challenge linked to indeterminacy: “even when the law is fully determinate, it cannot on its own tell a judge how to decide a case, for it does not answer the question of whether the judge should decide in accordance with the law” (Green). Understanding this challenge makes a case for renewed interest in realism”. En este dossier hemos incluido la traducción de la contribución de Patricia Mindus (2013), publicada en ese número de la revista: “*Axel Hägerström on Law-making*”. Sobre el papel generalmente atribuido al *bon législateur* (Bobbio, 1971a), al ideal que presupone, vid. el trabajo, en clave realista, de G.B. Ratti (2017), quien estudia dos modelos de “Rational Law-Giving”.

<sup>8</sup> El realismo abraza esta tesis típica del positivismo metodológico (Bobbio, 2011). En ese sentido, todo realista es un positivista, aunque no todo positivista sea también un realista.

<sup>9</sup> Al menos en una primera aproximación, el derecho no es otra cosa que un lenguaje (el derecho está formulado en palabras, está hecho de “entidades lingüísticas”). Esa es la razón por la que los juristas analíticos italianos, y en especial los de la *escuela de Génova* (vid. Ratti y Ferrer Beltrán, 2011), consideran como una especie de piedra fundamental a un artículo de Bobbio de 1950: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*. El derecho es un discurso, y un discurso no es sino un hecho: se entiende aquí claramente por qué el realismo *à la génovaise* considera el trabajo de Bobbio como una de sus bases.

<sup>10</sup> Entre otros, vid. Guastini (2013, cap. IV), aunque en clave más amplia que la que aquí se puede discutir.

<sup>11</sup> Sobre la “nomodinámica” del derecho, vid., al menos, Kelsen (2006).

contemporáneas, cuya función primaria, de acuerdo a la tradición, es fungir de “límites al poder”, sean a su vez determinados en sus límites mediante las decisiones de los jueces: los derechos serían, así, “límites limitados por el supuesto limitado” (vid. Cianciardo, 2009, p. 23). ¿Pero cómo escapar de esta aparente “paradoja”? Celano (*inter alia*, 2009, pp. 25-ss.) ha insistido varias veces en que el derecho, justamente desde una perspectiva “nomodinámica”, tiende a transformar los “problemas de justicia” (“¿Qué exige la justicia en el caso X?”) en problemas procedimentales y de competencia (“¿Quién es competente y bajo qué procedimientos para decidir qué exige la justicia en el caso X?”). El derecho es una institución, en este sentido, que tiende a transformar problemas sustanciales en problemas formales. El derecho, no obstante los ideales que pueda llegar a perseguir según se plantee en cada sistema jurídico, está determinado por esta cuestión procedimental (y de competencia) en la que, incluso más allá de la cuestión de la “corrección”, se encuentra el problema de la definitividad (de la “respuesta final”): los jueces de última instancia, en particular, adoptan decisiones finales que inciden directamente, y en último término, sobre los derechos y las obligaciones jurídicas de las partes en conflicto (“los pronunciamientos de autoridades interpretativas cuentan como derecho por lo que al juego [del derecho] respecta” [Celano, 2009, pp. 162-ss.]). Estos “procedimientos”, y los “jueces”, son categorías jurídicas, de modo que están previstas por el derecho (por las “fuentes”, si se quiere), que es de donde los jueces obtienen un marco jurídico para adoptar sus decisiones; pero los jueces, sobre todo en el caso de aquellos de última instancia, frecuentemente toman decisiones por fuera del sistema de las fuentes, o las interpretan en modos diversos según las diferentes circunstancias y épocas (vid. *inter alia*, Tarello, 1980). ¿Qué hace que los jueces no abusen de este poder “potencialmente ilimitado”? ¿Un sólido diseño institucional, una serie de *contraintes* (como creen los realistas parisinos<sup>12</sup>), unos jueces virtuosamente democráticos? Parece claro, en todo caso, que la “paradoja” de los límites-limitados no tiene una vía de escape segura: no se ve cómo, de manera completa y consistente, se pueda huir de esta especie de *cul-de-sac* en que la teoría de los derechos fundamentales —como por lo demás todo el derecho— está enfrascada.

Empero, hay que insistir en que el realismo —incluso en su variante “radical”, como se puede decir que sea el caso de Troper<sup>13</sup>— no asume que la interpretación sea una actividad completamente “libre”<sup>14</sup>. Y sin embargo, Troper señala que, en cuanto “auténtica”, toda interpretación es constitutiva del significado de una disposición, de modo que, en sentido estricto, no existiría ningún “significado preexistente” de un texto normativo sino hasta que es interpretado (y nada impide que algunas interpretaciones puedan resultar, incluso, hilarantes). Esta posición suele atarse a la idea, exquisitamente escéptica (criticada por Hart [1961]), de que los jueces no se podrían “equivocar”: que el realismo no dejaría espacio conceptual para el “error judicial”. Esta afirmación resultaría ciertamente *contraintuitiva*. Un jurista práctico sería difícilmente persuadido por la idea de un juez “infalible”. Pero aquí hay que aclarar que el realismo no ignora la distinción entre *infalibilidad* y *definitividad* de las decisiones (sería como confundir “fresas” y “elefantes” [vid. Guastini, 2013; Arena, 2018]). Lo que sí se puede decir es que, aun aceptando tal distinción, hay que tener claro que en la práctica el problema de la “corrección” es en algún punto desplazado por el problema de la “definitividad”: es el

<sup>12</sup> Vid. el trabajo de M. Troper (2006), cuya traducción se ha incluido en este dossier.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Existen tanto vínculos de hecho como vínculos específicamente jurídicos que limitarían la interpretación jurídica. Por ejemplo, en el caso de órganos de interpretación colegiados, un juez difícilmente podría persuadir a los demás jueces señalando que cualquier interpretación es posible, incluso la más descabellada; diciendo, verbigracia, que es mejor no discutir sobre la “interpretación correcta” porque, de cualquier modo, en la interpretación *everything goes*. Un juez de este tipo sería tomado por loco. Y la verdad es que la mayoría prefiere aparecer, frente a sus congéneres, como alguien cuerdo.

caso, por ejemplo, de las cortes de “última instancia” (en sentido lato) cuyas decisiones no son ulteriormente controlables. Aun si las decisiones por ellas adoptadas fuesen “erróneas” serían siempre válidas en términos de las reglas del sistema, esto es, en términos de que estas pueden producir efectos jurídicos (*erga-omnes* o *inter-partes*).

Más aún, la “interpretación correcta” de un texto normativo con frecuencia está sujeta a discusión. La interpretación en sede judicial suele darse en *circunstancias de conflicto* (Comanducci, 2011, p. 54). Las partes procesales —a menudo enfrentadas entre ellas— plantean interpretaciones disímiles de los mismos textos normativos. Las mismas disposiciones, según el enfoque de estas partes, expresan normas antitéticas (existe aquí una especie de “conflicto por el significado”<sup>15</sup>). La disposición D1, según la parte procesal P1, expresa la norma N1; mientras que, según la parte procesal P2, expresa la norma N2. N1 y N2 pueden ser del todo opuestas. ¿Cuál de las dos es la interpretación correcta? Todavía más, las normas jurídicas presentan problemas de “interpretación en concreto”, de modo que incluso si las partes estuviesen de acuerdo en la existencia de una única interpretación “válida”, por la que una norma N1 dice, por ejemplo, que “está prohibida la entrada de vehículos en el parque”, aún podrían estar en desacuerdo acerca de si ella se aplica o no a las bicicletas. Es cierto, en todo caso, que los jueces suelen empeñarse en la justificación de sus decisiones justamente en términos de la corrección de estas. No hay duda: sobre ello no queda sino tomar nota; pero también es cierto que los jueces, en tanto miembros de órganos colegiados, bien pueden estar en desacuerdo acerca de tal interpretación correcta. No hace falta sino ver los “votos salvados” de los jueces que, en disidencia, se alejan del voto de la mayoría. ¿Cuál de las dos interpretaciones es la “correcta”? Lo cierto es que, equivocada o no, solo la decisión mayoritaria posee un valor estrictamente jurídico<sup>16</sup>.

### 3. Realismo (moderado) y error judicial

Para el realismo radical, como se puede decir con las palabras de J.C. Gray (1997), el derecho es lo que dicen los jueces: *All the Law is judge-made Law*. Aquí “derecho” no designa tanto al conjunto de disposiciones del ordenamiento (que serían solo sus “fuentes”) cuanto al conjunto de significados atribuidos por los intérpretes auténticos a tales disposiciones. En este sentido se dice que, de acuerdo con el realismo radical, todo ejercicio de interpretación judicial sería genuinamente “creativo”. En último término, nuestro intérprete resultaría un ejemplo vivo de la conversación entre Alicia y Humpty Dumpty:

But “glory” doesn’t mean “a nice knock-down argument”,’ Alice objected.

“When I use a word”, Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean” — neither more nor less.

“The question is”, said Alice, “whether you can make words mean so many different things”.

“The question is”, said Humpty Dumpty, “which is to be master — that’s all”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Se trata, este, de un tipo —según terminología de la teoría de juegos— de “juego no-cooperativo” en donde las partes deben tomar sus decisiones independientemente de los otros “jugadores”. En general, vid. Maldonado Muñoz, 2019.

<sup>16</sup> Creo que, en estos casos, las interacciones de los jueces pueden ser reconstruidas —en términos de la teoría de juegos— como “juegos cooperativos”: casos de interacción estratégica en donde, para “ganar” el juego, es necesario hacer alianzas, conformar coaliciones. En general, vid. Maldonado Muñoz, 2019.

<sup>17</sup> Dice Guastini (2012, pp. 50-ss.): “La teoría de la pesadilla, tal como la he presentado, es una forma radical de escepticismo. Según esta teoría *anything goes* en materia interpretativa, y ello es así por una razón de tipo Humpty-Dumpty, a saber, que “whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them” [la expresión de es B. Hoadley]. Entendida como una descripción del contenido y del modo de funcionar de (la mayoría de) los sistemas jurídicos actuales esta tesis es bastante correcta. Es un hecho que los jueces de última instancia, como así también otras autoridades interpretativas cuyas decisiones

Digamos que es por esto que los realistas radicales sostienen que no existe espacio conceptual para el “error judicial”. La razón es del todo simple: el derecho no sería un “punto de partida”, sino un “punto de llegada”. El derecho sería, pues, el resultado de la interpretación auténtica que consiste no en el conocimiento de normas, sino en su producción. Sin embargo, esta tesis puede estar sujeta a varias objeciones. Antes que nada, como decía Kelsen (2006, p. 152), polemizando justamente con Gray, “[t]he court always applies preexisting law, but the law it applies may not be substantive, but adjective law”. En otras palabras, y como dice Barberis, “los jueces o la fuerza crean derecho solo a condición de respetar la formalidad jurídica” (2011, p. 211). Por ello, al menos en una primera aproximación, una tesis así planteada genera una conclusión contraintuitiva: si el derecho es solamente el derecho producido por los jueces, ¿por qué razón las normas que les atribuyen competencia les confieren un poder, justamente, jurídico? Más aún, como dice el propio Barberis (2011, p. 206; 2015, p. 232), el realismo radical parecería sugerir, así, que los enunciados legislativos no expresarían significado alguno, cosa por lo demás implausible.

Es por esto que Guastini aparece como un realista *moderado*, no ya como un realista radical:

Si no existe ningún significado antes de la interpretación —ni siquiera el significado literal *prima facie*, adviértase— entonces toda interpretación es creativa del (de un) significado, vale decir, de la (de una) norma. Sin embargo, si toda interpretación crea la (una) norma, fatalmente se cae en una noche en la cual todas las vacas son negras. Se hace imposible, y de cualquier forma carente de todo interés, distinguir entre distintos tipos de interpretación: en especial, entre interpretaciones meramente decisorias (todas las interpretaciones judiciales lo son) e interpretaciones creativas. El análisis de la jurisprudencia al respecto resulta, por decir lo menos, pobre (Guastini, 2018, p. 531)<sup>18</sup>.

Sin embargo, hay que invitar a nuestro lector a no apresurarse. No es que Guastini, aceptando los defectos del realismo radical, acepte también que hay espacio conceptual para el error judicial. Para él, de hecho, en sentido estricto no se puede hablar de “interpretaciones erróneas”: se puede decir solamente —desde el punto de vista descriptivo— que existen “interpretaciones en sentido estricto” (i.e., aquellas interpretaciones reconducibles al marco de significados plausibles de un texto) y “construcciones jurídicas” (aquellas interpretaciones creativas que constituyen un significado que usualmente se halla fuera del marco de significados plausibles de un texto normativo)<sup>19</sup>; mientras que —desde el punto de vista prescriptivo (evaluativo)— se puede hablar de interpretaciones “aceptables” e “inaceptables”, “buenas” y “malas”. Nótese que, en este último caso, también podríamos decir “correctas” e “incorrectas”. De acuerdo, pero el punto es que un enunciado que califique a una determinada interpretación de tal modo sería siempre evaluativo, y entonces carente de valor de verdad.

---

no pueden ser revocadas (v.g., los órganos constitucionales supremos respecto de ciertas cláusulas constitucionales), pueden atribuir a los textos normativos cualquier significado que deseen, y es también verdad que por lo general el derecho confiere a estas interpretaciones “auténticas” efectos jurídicos directos (cuanto menos *inter partes*). Pero, ¿cuál es el alcance, respecto del significado de los textos normativos, de este enunciado descriptivo (verdadero)? Desde mi punto de vista, ninguno. Sobre la base de este enunciado la única cosa que puede ser sostenida con seguridad es que ciertas autoridades interpretativas pueden *de facto* ignorar el significado pre-existente de los textos normativos (si un significado tal existe). Pero esto no es un argumento a favor de la tesis central del escepticismo radical, a saber, que no existe ningún significado antes de la interpretación. Y, hasta donde sé, los filósofos del derecho no han todavía ofrecido otro argumento que permita defender con seriedad esa tesis”. Más adelante volveré sobre este punto.

<sup>18</sup> Originalmente en Guastini (2011), que se cita luego.

<sup>19</sup> Vid. Guastini (2015).

Sin embargo, en el realismo moderado hay quien cree que existe lugar para dar cuenta del error judicial. Ferrer Beltrán, por ejemplo, sostiene que la tesis del realismo radical, “el derecho es lo que dicen los jueces”, es radical solamente si es interpretada en el sentido de que el derecho (en cuanto es entendido como el “contenido preceptivo” de los textos normativos) es “aquello que cada juez dice que es el derecho”. El realismo moderado de Ferrer Beltrán, justo al contrario, sostiene que tal tesis puede interpretarse en el sentido de que se refiere no a los jueces individualmente considerados, sino a las prácticas interpretativas convergentes de una comunidad de jueces. Para explicar este punto, Ferrer Beltrán trae a colación a las reglas del fútbol aplicadas al ejemplo del gol de Maradona del partido entre Argentina e Inglaterra en el Mundial de México 86 (“la mano de Dios”):

[L]as reglas del fútbol son el resultado de las prácticas interpretativas convergentes, realizadas por los árbitros, sobre las disposiciones contenidas en el reglamento del fútbol. Si se admite que el lenguaje y, por tanto, el significado de esas disposiciones es convencional, entonces es plausible sostener que el significado de esas disposiciones, i.e., las normas del fútbol, es el producto de las convenciones interpretativas de la comunidad de referencia [...]. [La] decisión [del árbitro] no cabe en ninguna práctica interpretativa convergente de los árbitros acerca de la disposición que establece cuándo se produce en un partido de fútbol un gol válido (Ferrer Beltrán, 2012, p. 263).

Buscar describir una práctica (en este caso, interpretativa) no puede pasar por alto que, de acuerdo con ella misma, algunas interpretaciones son consideradas como “objetivamente erróneas”. Sin embargo, hay que observar y subrayar algunas cosas: antes que nada, el error del árbitro en el caso del gol de Maradona es, antes aun que un error en la “interpretación textual”, un error en la “interpretación de los hechos” (en este segundo caso, en realidad, convendría decir “valoración de los hechos”). Así como un juez podría equivocarse en la valoración de las pruebas, y entonces en la reconstrucción de los hechos tal como han acaecido, el árbitro se equivocó justamente porque no vio que Maradona había hecho aquel gol con la mano y no con la cabeza. En suma, la interpretación del árbitro no parece haber sido esta: “un gol con la mano es un gol válido que sube al marcador”, o algo por el estilo. Más bien, parece que, simplemente, el árbitro se equivocó en la valoración de los hechos: “aquel ha sido un gol de cabeza”, que, sin embargo, fue un gol de mano. En este sentido, el error judicial me parece una posibilidad obvia<sup>20</sup>. Pero la tesis de Ferrer Beltrán, si se la mira desde el punto de vista del error judicial en el ámbito de la interpretación textual, es, de cualquier modo, digna de tomarse en cuenta. Antes que nada, como ya se ha dicho, porque en dicha teoría es la comunidad de intérpretes la que “decide” qué cuenta como un error en la interpretación<sup>21</sup>. Y, por otro lado, porque dicha tesis es —en uno de los sentidos de la palabra<sup>22</sup>— enimentemente convencionalista.

Quizás sea posible hacer compatible esta visión con la de Guastini. No quiero decir con esto que Guastini estará de acuerdo conmigo, pero creo que buscar tal compatibilidad es efectivamente una posibilidad. En todo caso, ha de quedar claro que este es un camino a recorrer que para algunos puede resultar accidentado: *lasciate fuori ogni speranza, voi ch'entrate*. Pues bien, como ya se ha visto, Guastini sostiene que se debe rechazar el realismo radical en la

<sup>20</sup> Después de todo, el gol de Maradona no resulta de una “construcción jurídica”, sino de un error arbitral.

<sup>21</sup> Aquí hay —me gustaría decirlo como inciso— un parecido de familia con la teoría semiótica de Eco (2016) acerca de la interpretación textual dirigida a la *intentio operis*.

<sup>22</sup> En general, sobre el “convencionalismo jurídico”, vid. Arena (2014).

medida en que excluye incluso el significado literal *prima facie* de los enunciados normativos<sup>23</sup>. Esto quiere decir, según creo, que no se puede excluir *in primis* que la interpretación jurídica se desarrolla sobre la base de otra práctica que, no hay duda, es convencional: el uso del lenguaje ordinario.

El legislador produce textos normativos formulados en algún lenguaje natural, y sería muy extraño que esta práctica no determine algunos significados preconstituidos por el propio lenguaje. Esto no quiere decir que, en el caso de la interpretación jurídica, exista un sentido “objetivo” para cada enunciado normativo, sino solamente que existen significados que, siendo reconducibles al discurso del legislador<sup>24</sup>, ya en parte vienen determinados en ese mismo lenguaje. Nótese bien, he dicho en el *lenguaje del legislador*, esto es, en el texto como tal, no en sus intenciones<sup>25</sup>. ¿Cómo si no se podría distinguir entre la interpretación en sentido estricto y la construcción jurídica<sup>26</sup>? En esta visión, dice Barberis (2015, p. 338), el juez participa en la creación del derecho, pero no es su entero “creador” (como lo sería en el caso del realismo radical). Si el realismo radical se equivoca al excluir incluso al significado literal *prima facie* de los enunciados (significados normalmente convencionales), ¿no sería un error, por otra parte, no excluir a aquellos significados (también convencionales) identificados por la comunidad de intérpretes como inaceptables, erróneos, algunos incluso hilarantes? Visto, ante todo, que aquí “erróneo” no quiere decir “no definitivo”. Y esta es, como se dijo, una distinción que Guastini acepta. Nuevamente, no es que los realistas no diferencien entre infalibilidad y definitividad de las decisiones (Guastini, 2013, p. 116), es, más bien, que esta diferencia no cambia el hecho de que son los jueces (individualmente) quienes deciden el significado auténtico de los enunciados normativos en los casos concretos, y que tales decisiones, por lo demás, sean siempre jurídicas, se pueda decir o no que el juez “se ha equivocado”. Alguien podría responder: “pero es este justamente el punto” (si el juez se equivoca en la individuación del derecho, ¿por qué su decisión es, entonces, jurídica?). Pero esta no es la conclusión necesaria: dado que distinguimos la definitividad de la infalibilidad, no hay motivo alguno para no decir que una decisión es tanto definitiva como errónea. Con mayor razón, entonces, la distinción serviría cuando la decisión no sea aún definitiva (si, por ejemplo, un juez de instancia ha emitido un fallo contra una interpretación consolidada y establemente aplicada por la comunidad de intérpretes). En cualquier caso, distinguimos la definitividad de la infalibilidad en cuanto la primera es la descripción de un estado de cosas que es el producto de una práctica procedimental, mientras que la segunda —*ex hypothesi*— podría consistir, o bien en un enunciado evaluativo (carente de valor de verdad) acerca de la

<sup>23</sup> Esto, por supuesto, a pesar de los problemas de determinación del “significado literal” de un vocablo o de un enunciado. Al respecto, vid. Poggi (2006 y 2007).

<sup>24</sup> A veces establemente interpretados. En algunos casos, incluso, sin recurrir a los jueces; casos que, suele decirse, no llegan a los tribunales.

<sup>25</sup> La “intención del legislador” es un concepto escabroso, que haría creer que la interpretación jurídica es asimilable a la interpretación conversacional, cosa ciertamente implausible. Ya Kelsen (2000, xiv), se había pronunciado al respecto: “The true meaning of a legal norm is usually supposed to be the one which corresponds to the will of legislator. But it is more than doubtful whether there exists at all such a thing as the ‘will of the legislator,’ especially where the law is the result of a complex procedure in which many individuals participate, such as the procedure through which a statute is adopted by a parliament or the procedure through which a multilateral treaty is negotiated and signed by many plenipotentiaries and ratified by many governments. The intention of the one or more who draft the text of a legal instrument is not at all identical with the will of the legislator, that is the will of those competent to make the draft a binding law, and who often fulfil this function without adequate knowledge of the text”. Vid., también, abonando a los argumentos que pueden servir para atacar a tal concepción, Kristan (2017, 94-ss.).

<sup>26</sup> Vid., acerca de la distinción, Canale (2018).

decisión, o bien, por otra parte, en la descripción de un estado de cosas, esto es, de los usos y prácticas interpretativas de una comunidad de intérpretes en un cierto momento (y entonces pasible de ser verdadero).

¿Pero cómo decidimos que las cosas son así? Justamente, Ferrer Beltrán (2012, p. 266) dice que, a esos efectos, requerimos de un criterio independiente de la sola voluntad individual de quien decide en el momento en que decide. Es la comunidad de los intérpretes —y entonces las prácticas interpretativas— la que “decide” que interpretaciones son erróneas. Ferrer Beltrán parece sugerir que una teoría de la interpretación jurídica es, ante todo, una teoría descriptiva de la práctica efectiva de atribución de significado, y que esta no se puede comprender del todo si es entendida por fuera de las convenciones interpretativas. En otras palabras, bajo esta concepción, una teoría de la interpretación no es una teoría del significado, sino una genuina teoría acerca de la atribución de significado; admitiendo que la diferencia principal, en este caso, es que solo una de las dos podría consistir en la descripción de una práctica<sup>27</sup>. Creo que esta contribución de la teoría gerundense al realismo jurídico podría —y quizás debería— adoptarse por parte del realismo *à la gènoise*. Por lo demás, para hacerlo, como muestra el propio Ferrer Beltrán, no hay necesidad de comprometerse con el concepto de “regla de reconocimiento” de Hart, ni —como diría Guastini— caer en el error teórico de la “obsesión” con los casos concretos. Después de todo, en la teoría genovesa la interpretación judicial es solo una parte de su objeto de estudio.

#### 4. Antes de cambiar el mundo, haría falta entenderlo

El realismo jurídico gènois se ha dedicado, como pocos, a excavar en el lenguaje de los juristas para tratar de desentrañar la forma en que estos razonan y dan, de este modo, forma al derecho. Así como una filosofía del lenguaje es, en algún sentido, una filosofía del pensamiento (en la medida en que nuestros pensamientos son formulados mediante el lenguaje), una filosofía del lenguaje jurídico es, de algún modo, una filosofía del pensamiento jurídico (y entonces del razonamiento jurídico). Tarello (*inter alia*, 1980), Guastini (*inter alia*, 2011), Chiassoni (*inter alia*, 2011a), han dedicado buena parte de sus estudios a elucidar estos aspectos, en particular a la identificación y al tratamiento teórico de los distintos argumentos interpretativos usados en la práctica de jueces y juristas. En el fondo, se trata de subrayar que la práctica de la interpretación es mucho más compleja de cuánto se pueda creer a primera vista; esto, ante todo, porque jueces y juristas trabajan con material diverso en el cual pueden hallarse problemas de equívocidad y de vaguedad, así como contradicciones, vacíos, etc. Esto abona, como ya se ha dicho, a la conclusión según la cual la tesis de la “objetividad” de la interpretación jurídica no es sostenible. Lo decía también Bobbio, haciendo un elenco de razones que encuentro interesante citar:

Baste pensar —dice Bobbio— 1) en la naturaleza misma de la interpretación como una operación que es realizada sobre un material informe, fluido, cambiante, como el lenguaje; 2) en la naturaleza de aquel conjunto de proposiciones lingüísticas que es un ordenamiento jurídico, con frecuencia lagunoso, contradictorio o redundante, y a menudo expresado con fórmulas inocentemente ambiguas o voluntariamente genéricas que permiten o incluso requieren una intervención personal del intérprete; 3) en la historia de la jurisprudencia que [...] siempre ha hecho que asistamos a la contraposición de los juristas de dos escuelas antitéticas, la de los innovadores y la de los conservadores [...]; 4) finalmente, en los ejemplos que todos tenemos a la vista y que han sido inclusive recogidos en publicaciones

<sup>27</sup> Que, quizás, en ciertos casos no sea fácil o posible de determinar (pero ese es otro punto).

recientes acerca de los juicios de valor de los jueces, sobre la existencia de sentencias diversas, incluso completamente discordantes entre ellas, sobre todo en materias políticamente incandescentes (Bobbio, 1971b, pp. 269-ss.)<sup>28</sup>.

La falta de una sistematicidad precisa de la obra bobbiana dificulta una conclusión asimismo precisa; pero se abre la puerta a la interrogante: ¿también Bobbio podría ser considerado, en el ámbito de una teoría de la interpretación, como un realista<sup>29</sup>? La cita apenas reportada podría llegar a sugerir que tal hipótesis podría ser plausible. Después de todo, es Bobbio (1975) el autor de aquella frase que expresa bien su vocación de teórico: “antes de cambiar el mundo, haría falta entenderlo”. Creo que aquí se halla, de hecho, un aspecto del realismo —o, quizás, de los realistas— que habría que subrayar. Un realista no tiene por qué renunciar al lenguaje evaluativo, a tener aspiraciones y deseos acerca de la reforma del derecho, a los valores morales, incluso. Solo que, si es realmente un realista, ha de aceptar que *antes de cambiar el derecho, haría falta entenderlo*. No es infrecuente, por lo demás, que los instrumentos del realismo sean usados como herramientas de análisis previo de algunas posturas que —con una expresión de Chiassoni (2011b)— quizás puedan llamarse “de realismo militante” (esto pueda decirse, por ejemplo, de algunos escritos de Patricia Mindus (v.g., 2019)). “Militancia” jamás irreflexiva, basada en los hechos y en la aceptación ineludible de que nuestro conocimiento es siempre limitado.

Como hace notar Sardo (2018), Guastini —quien se había llamado a sí mismo, en algún momento, uno de los “últimos emotivistas” (vid. Atienza, 2004)— es aquel que seguramente resiste más fuertemente en la defensa del no cognitivismo ético. Claro que esto no le ha impedido, al menos en dos ocasiones (Guastini, 2013; 2016), defender el principio de tolerancia (la ética laica, digamos) usando argumentos pragmáticos que conectarían una metaética no cognitivista con una ética liberal. Barberis es, por su lado, un defensor añoso del *value pluralism*. Y el propio Chiassoni (*l'insospettabile*, dice Sardo) ha mostrado, en sus escritos de “realismo militante” (2011b, 2013), una tendencia siempre más fuerte a la defensa de una ética liberal comprometida<sup>30</sup>. En todo caso, nótese bien, todos ellos defienden la ética laica (liberal), no en virtud de un mal entendido cognitivismo, de la “verdad moral” necesaria de los valores éticos liberales, sino justamente a partir del reconocimiento de que no hay, al menos en línea de principio, éticas *per se* mejores que otras, y que entonces es mejor proceder con cautela, aceptando la riqueza moral del mundo y la fecundidad del antogonismo.

¡Atención!, esto no quiere decir que para ser un teórico realista del derecho sea necesario abrazar el no cognitivismo. Nuestra posición metaética es independiente de que abracemos o no cualquier forma de positivismo metodológico (vid. Caracciolo, 2000; Celano, 2005). Sobre todo si hemos de mantenernos fieles a la distinción bobbiana (Bobbio, 2011) entre la “filosofía del derecho de los juristas” y la “filosofía del derecho de los filósofos”:

<sup>28</sup> Traducción personal.

<sup>29</sup> Bobbio dedicó solo pocas páginas a la interpretación, pero algunas de ellas podrían llegar a sugerir una conclusión de este tipo. En el trabajo que he citado, Bobbio señala que la teoría de la “interpretación lógica” tenía buenas razones para sostenerse entre los defensores de la separación de poderes, pero que ella no descansa sobre la realidad. Dice, de hecho: “La separazione dei poteri sarebbe stata vana (e vanificati i suoi benefici effetti) se si fosse dovuto ammettere che il giudice non è la voce della legge, ma il suo più o meno cosciente manipolatore. Dal punto di vista teorico, la tesi dell'oggettività dell'interpretazione è insostenibile” (Bobbio, 1971b, p. 269).

<sup>30</sup> Dice Sardo (2018, p. 326): “l'insospettabile Pierluigi Chiassoni, in alcuni scritti recenti, ha ammesso la possibilità di una ‘convergenza di principio’ all'interno di uno stesso ‘pazio morale’, difendendo in termini assoluti alcuni principi dell'ideologia liberal: l'obiezione di coscienza, ad esempio”.

In fin dei conti, dove sta scritto che un filosofo del diritto debba argomentare in favore di una certa meta-etica? Si potrebbe ben dire che questo è un mestiere che non gli compete, specie se fa filosofia del diritto “da giuristi”, e non “da filosofi” (Sardo, 2018, p. 330).

## 5. Sobre el dossier

En el dossier 25 de *Iuris Dictio* se hallarán contribuciones de diverso tipo: 1) de “realismo descriptivo” (Leiter, Guastini); 2) de “realismo militante” (Baum); 3) si se me permite el término, de “realismo aplicado” (Giabardo, Bencze); 4) de “cultura jurídica” realista (Malagoli); y, 5) acerca de la plausibilidad de un (post)realismo prescriptivo (Gábriš). Que esto no induzca a suponer que no existan, por decirlo de algún modo, casos de intersección. Hemos incluido, además, la traducción dos textos acerca del tema que nos atañe: 1) “Una teoría realista de la interpreción” (Troper); y, 2) “La legislación en Axel Hägerström” (Mindus).

El análisis de la plausibilidad o no de las tesis allí defendidas se la dejamos a nuestros atentos lectores. Quisiera solo señalar que los textos aquí presentados abonan una vez más a la idea de que el realismo tiene aún mucho que ofrecer, que contra los frecuentes ataques y caricaturizaciones, hoy se presenta, todavía, como una herramienta útil de análisis y comprensión —quizás, también, de hoja de ruta—, ante todo para aquellos que, de manera desapasionada, miran al derecho como lo que es: no una entidad algo esotérica que hay que desentrañar para que se nos revele, no una realidad independiente de nuestras relaciones, sino, justamente, como una especie de “artefacto humano” efectivamente dependiente de ellas.

## Referencias bibliográficas

- Arena, F. (2014). *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*. Madrid: Marcial Pons.
- (2019). Fragole ed elefanti. Il giallo della distinzione tra definitività e infallibilità. In P. Chiassoni, P. Comanducci y G.B. Ratti (a cura di). *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*. Vol. I. Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2004). Entrevista a Riccardo Guastini. *Doxa* 27, 457-473.
- Bjarup, J. (2005). The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. *Ratio Iuris*, 18 (1), 1-15.
- Barberis, M. (2011). Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”. En J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti (eds.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- (2015). “El realismo jurídico europeo-continental”. En J.L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. 1. Ciudad de México: UNAM.
- Bobbio, N. (1950). Scienza del diritto e analisi del linguaggio. En *Saggi di critica delle scienze*. Torino: Francesco de Silva.
- (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Lecce: Laterza.
- (1971a). Le bon législateur. *Logique et Analyse* XIV, 243-249.
- (1971b). Quale giustizia, quale legge, quale giudice. *Quale giustizia* 8 (2), 268-274.
- (1975). “Critica filosofica o condanna politica?”. *Rivista di Filosofia*, 131-137.
- Brozek, B. (2015). Sobre tû-tû. *Revus* 27, 25-34.
- Brunet, P., Millard, E., y Mindus (eds.) (2013). Realist Conceptions of Legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, 1 (1), 1-204.
- Canale, D. (2018). In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica. En G.B. Ratti, P. Chiassoni y P. Comanducci (a cura di). *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini*. Vol. 2. Madrid: Marcial Pons.

- Caracciolo, R. (2000). Realismo moral vs. Positivismo jurídico. *Analisi e diritto*, 37-44.
- Celano, B. (2005). Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 161-184.
- (2009). Derecho, justicia, razones: *Ensayos 2000-2007*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chiassoni, P. (2011a). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.
- (2011b). *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili: Scritti di realismo militante*. Roma: Aracne.
- (2012). *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2013). *Laicidad y libertad religiosa*. Cuaderno 10. Ciudad de México: UNAM.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco.
- Comanducci, P. (2011). La interpretación jurídica. En J. Ferrer y G.B. Ratti (eds.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Eco, U. (2016). *I limiti dell'interpretazione*. Milano: La nave di Teseo.
- Escudero Alday, R. (2014). Disposición normativa, norma y criterio material de validez (un paso más en la relación entre realismo jurídico y positivismo jurídico excluyente). *Analisi e diritto*, 73-90.
- Ferrer Beltrán, J. (2012). El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. En P. Luque y G.B. Ratti (eds.). *Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid: Marcial Pons.
- Gray, J.C. ((1921) 1997). *The Nature and Sources of the Law*. Aldershot: Ashgate-Dartmouth.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones* 11, 27-57.
- (2013). *Distinguiendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48.
- (2016). Dissenting. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, LIX (2), 860-866.
- (2018). *Interpretar y argumentar*. Lima: Legales ediciones.
- Hagerström, A. (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala: Almqvist y Wiksells boktr.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Jori, M. (2010). *Del diritto inesistente: Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa: Edizioni ETS.
- Kelsen, H. ((1949) 2000). *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- (2006). *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Kristan, A. (2017). *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons.
- Leiter, B. (1997). Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Texas Law Review*, 76 (2), 267-316.
- (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- (2015). Realismo jurídico estadounidense. En J.L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1. Ciudad de México: UNAM*.

- Maldonado Muñoz, M. (2019). Construir el derecho (entre juegos cooperativo y no-cooperativos). *USFQ Law Review* 6, 149-162.
- Mindus, P. (2009). *A real mind: The life and work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer.
- (2013). Realist Conceptions of Legislation. En: Axel Hägerström on Law-Making. En P. Brunet, E. Millard, y P. Mindus (eds.). *The Theory and Practice of Legislation*, 1 (1), 7-32.
- (2019). *Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, A. (2014). Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. *Ius et Praxis*, 20 (2), 415-442.
- Olivecrona, K. (1971). *Law as Fact*. London: Stevens.
- Poggi, F. (2006). Contesto e significato letterale. *Analisi e Diritto*, 169-213.
- (2007). Significado literal. Una noción problemática. *Doxa* 30, 617-634.
- Ratti, G.B. y Ferrer Beltrán, J. (2011). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- (2012). Estudio introductorio. En B. Leiter. *Naturalismo y teoría del derecho* (tr.es. G.B. Ratti). Madrid: Marcial Pons.
- (2017). Rational Law-Giving: Structural and Interpretive Queries. *Analisi e diritto*, 83-100.
- Ross, A. (1957). Tü-Tü. *Harvard Law Review*, 70 (5), 812-825.
- (2008). “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”. *Academia* 6 (12), 199-220.
- Sardo, A. (2018). Emotivism is not dead! En G.B. Ratti, P. Chiassoni y P. Comanducci (a cura di). *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini*. Vol. 1. Madrid: Marcial Pons.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.
- (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Troper, M. (2006). Une théorie réaliste de l'interprétation. *Revista Opinião Jurídica* 8 (2), 301-318.
- Tuzet, G. (2015). A Short Note on Digestive Realism. *Revus* 25, 11-14.



## WHAT IS A REALIST THEORY OF LAW? ¿Qué es una teoría realista del derecho?

BRIAN LEITER<sup>1</sup>

University of Chicago, Estados Unidos

### Abstract

A “realist theory of law” has two elements: “realism” and “naturalism”. Realism in the tradition associated with Thucydides, Machiavelli, and Nietzsche aims to describe how things really are without romantic or moralizing illusions; in the legal case, we want to know what law and legal institutions are like in reality, not what we might wish them to be. Realists do not suppose that the way things are will make “moral sense” or turn out to be morally defensible. Naturalists offer explanations of legal phenomena that only invoke entities and mechanisms that figure in successful empirical sciences; naturalists, importantly, are not physicalists. Realism and naturalism about law, in the preceding senses, lead us to Hart’s positivism about legal validity; the thesis that legal reasoning under-determines judicial decision in some range of cases; the recognition that law operates primarily outside courts; and skepticism about natural law theories as ideological delusions.

### Keywords

Legal Realism, Naturalism. Moral Anti-Realism, Legal Positivism.

### Resumen

Una “teoría realista de derecho” tiene dos elementos: “realismo” y “naturalismo”. El realismo tradicionalmente asociado con Tucídides, Maquiavelo y Nietzsche busca describir cómo las cosas son realmente, sin ilusiones románticas o moralistas; en el caso legal, queremos saber cómo el derecho e instituciones legales son en realidad, no lo que quisiéramos que sean. Realistas no suponen que las cosas como son tendrán un ‘sentido moral’ o resultarán ser moralmente defendibles. Los naturalistas ofrecen explicaciones del fenómeno legal que sólo invocan entidades y mecanismos que figuran en exitosas ciencias experimentales; naturalistas, mayormente, no son fisicalistas. El realismo y el naturalismo del derecho, en fases anteriores, nos guían al positivismo de Hart sobre la validez legal; la tesis que el razonamiento legal subestima decisiones judiciales en algunos casos; el reconocimiento que el derecho opera primordialmente afuera de las cortes y el escepticismo sobre las teorías de derecho natural como delirios ideológicos.

### Palabras clave

Realismo legal, Naturalismo, Anti-realismo moral, Positivismo legal.

<sup>1</sup> Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence and Director of the Center for Law, Philosophy & Human Values, University of Chicago. E-mail: bleiter@uchicago.edu Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=jbznB3EAAA&hl=enAdd>



This essay offers a programmatic statement for a realist theory of law. Although I have been influenced by (and written about) the work of earlier American, Scandinavian, Italian and other legal realists, this is not an essay about what others have thought. This is an essay about what I take *realism about law* to mean and what its theoretical commitments are; I shall use other realists to sometimes illustrate the distinctive positions of a realist theory of law, but will make clear where I depart from them.

A realist theory of law involves both a “realist” and a “naturalistic” perspective on law. Let me explain how I understand these perspectives.

“Realism” describes a theoretical outlook that is no longer fashionable in the universities, and also one that has nothing to do with the metaphysical doctrine picked out by the same word. Realists in the latter sense are concerned only about the mind-independent status of some class of entities (for example, values). By contrast, “realism” in the sense at issue here takes no stand on metaphysical questions, that is, the “scholastic” question, as Marx called it, about the “reality or non-reality of thinking”.

Realism, in the sense at issue for jurisprudence, reflects a quite different intellectual tradition, usually associated with Thucydides, Machiavelli, and Nietzsche, among others (see, e.g., Leiter 2012). There are two key components of realism in this sense. First, realists aim to describe how things *really* are without romantic or moralizing illusions. We want to know what law and legal institutions are like *in reality*, not what we might wish them to be. Realists also do not suppose that the way things are will make “moral sense” or turn out to be morally defensible: it can (and often does) turn out that law and its operations are morally objectionable or worse. Realists can be animated by normative hopes, certainly, but they do not build them in to the account of their subject-matter (contrast, for example, Ronald Dworkin’s jurisprudence which builds a moral obligation to obey the law into his account of the nature of law). In the first instance, we need to understand *what is really going on*: for example, what are people’s real motivations, what are they actually doing (independent of what they say they are doing). Thucydides and Machiavelli are the lodestars of the realist tradition in political thought: do not pay attention to the self-serving pontifications of the leaders of Greek or Italian city-states, they teach us; understand that in reality they are all bent on power, glory and survival. Thucydides sets these facts before the reader, and lets the reader draw the conclusion: unbridled lust for power and glory led to the ruin of Athens. Machiavelli addresses himself to those who rule now, and tells them what they must do to hold on to their power. Realists like Thucydides and Machiavelli tell us how politics really works, in ancient Greece or Renaissance Italy; they withhold moral judgment even if, as with Thucydides, there are morals to be drawn from the story told.

Because realism means understanding *reality*, realists are necessarily ‘naturalists’ in the following precise sense: in describing and explaining what is really going on they rely only on those mechanisms and entities that are explanatorily fruitful in the successful empirical sciences (those sciences being our only reliable guide to what is real). Naturalism is the second crucial commitment of realist jurisprudence. Of the historical legal realists, the Scandinavians were most explicit about commitment to naturalism, while the Italians and the Americans, in different ways, presuppose a naturalistic worldview (even though the Americans were philosophically unsophisticated). Insofar as only what is naturalistically explicable can be real, naturalism must be central to the realist worldview.

It is important to understand what naturalism does and does not mean in this context. Quine, the most important philosophical naturalist of the 20<sup>th</sup> century, was, ironically, often a very bad Quinean in many respects. The crucial commitment of naturalism, as even

Quine professed, is *a posteriori*: whatever works in the successful sciences is admissible into a naturalist ontology. Yet Quine remained committed<sup>2</sup> to two failed scientific research programs: physicalism (the idea that everything real must be reducible to physics) and behaviorism in psychology. As another post-Quinean naturalist philosopher, Jerry Fodor, pointed out in the 1970s (Fodor, 1975, pp. 9-26), reduction to physics has not marked the last half-century of scientific research; instead, there has been a proliferation of special sciences —biological and cognitive sciences; most notably— that proceed without even the pretense of being reducible to physics. As another important post-Quinean philosopher, Tyler Burge, has observed:

Promoters of “naturalizing” [i.e., physicalist reductionist] projects are often driven, I think, by misconceptions of science. These misconceptions breed misconceptions of mind. The notion of representation —of reference or attribution that can be correct or incorrect and that helps type-individuate kinds of psychological states— is entrenched not only in common-sense explanation but in scientific explanation in psychology. There is nothing unnatural or supernatural about such explanation. Some of the relevant psychology is well-supported, mathematically rigorous, mature science. There is no basis, even a *prima facie* one, to the worry that psychological notions are invitations to mystery or miracle. Even if there were such basis, the role that these notions play in powerful empirical science would undermine it. [...] I know of no good ground for thinking that [...] [psychologists'] explanatory claims must be twisted into the mold of biological or information-theoretic explanation, or any other explanation in the natural sciences, in order to be explanatorily successful (Burge, 2010, pp. 296-297).

For naturalists, explanatory and predictive fruitfulness is the mark of the real and the knowable, not some *a priori* and empirically unmotivated assumption that everything must be reducible to physics. Quine himself was “officially” a resolutely methodological naturalist in this sense — even allowing that we would have to jettison “empiricism” (the view that all knowledge derives from sensory experience) if telepathy turned out to work (Quine, 1990, pp. 20-21)— yet in practice he remained wedded to the failed science of the middle of the last century. That also explains his behaviorism in psychology, long after the collapse of that research program, which began with Noam Chomsky’s famous critique of B.F. Skinner (Chomsky, 1959), and was brought to a conclusion by the flourishing of the cognitive sciences that Fodor emphasized and to which he contributed.

In short, naturalism is not committed to physicalism, to the view that only physical events and properties are real. Naturalists take successful empirical sciences as a constraint on their ontology, and we now know that unreduced psychological or mental facts are central to the scientific understanding of human phenomena, *contra* behaviorism. But it is an equally important upshot of naturalism, as I understand it, that it rules out appeal to all evaluative or normative facts, which play no role in any successful explanatory paradigms in any discipline.<sup>3</sup> Anti-realism about morals in particular —there are no attitudes or mind-independent facts about what is morally right and wrong— is central to naturalism: psychological attitudes towards value (e.g., beliefs or affective responses) are often crucial to explaining human behavior, but we do not need to posit the existence of any mind-independent (objective) facts about moral values. This kind of anti-realism about morals is currently controversial

<sup>2</sup> In one of his late works, *Pursuit of Truth*, Quine professed commitment to Davidsonian anomalous monism, although for reasons that seem hard to square with his other commitments. See Quine (1990, pp. 70-73).

<sup>3</sup> See, e.g., Leiter (2007); and also, Leiter (2019) Chapters 1, 2 and 4.

among bourgeois philosophers in Anglophone universities, who spend too much time talking to moralizing members of their class and thus suffer from “group polarization” as the social psychologists call it,<sup>4</sup> but it does have the weight of intellectual history on its side: since Nietzsche, most of modernity has rejected both God and an objectively true morality. The absence of objective facts about moral value is fatal to the views of Dworkin and to the Catholic natural lawyers, among others, but I shall not dwell on that here. They are not part of modernity, and it would surely be best if we could pass over them in silence.

In the preceding sense, legal realism is “realism” and “naturalism” about the social phenomenon known as “law”. What do legal realists, so understood, reveal to us about law?

To start, realists about law acknowledge that in any functioning legal system, law operates primarily outside the courts. This was a central contention of H.L.A. Hart’s jurisprudence: legally valid norms guide how ordinary people buy homes, make wills, enter contracts, avoid taxes, and structure many other aspects of their lives. *Adjudication* is a fringe phenomenon in a functioning legal system: most individuals consult lawyers in order to accomplish certain goals, not to end up in court. Jurisprudential theories—once again, Dworkin’s most infamously—that organize their claims about the nature of law around what goes on in court are deeply unrealistic.<sup>5</sup>

Yet law outside the courts appears in two guises: what the “law books” say, and what legal and other actors actually do. “Law in the books” and “law in action” is how realists often mark the contrast, and the difference is important: norms for behavior can be legally valid, as Hart showed, but ignored in practice. The posted speed limits on the roads are the most familiar example in many jurisdictions: it is *clearly* illegal to drive beyond a certain speed limit, and yet it is common for drivers to recognize that no one will actually be sanctioned unless they greatly exceed that limit. In any legal system that has actually existed, there is always a gap between the legally valid rules and the rules that are actually enforced: call this *realism about enforcement*.

The gap is not just between enforcing the rule “in the books” and enforcing a different norm (as in the speed-limit case), but also between how the rules “in action” are enforced against different parties: here facts about economic class, political power, racial or ethnic identity, and other demographic and social characteristics figure in how the same legally enforced rules play out (this is perhaps most notorious in the arena of how police interact with citizens, but it extends well beyond that arena). A realist theory must also capture this second kind of gap—call it *realism about enforcement practices*—between the “law in the books” and the “law in action”. Realism about enforcement calls attention to the way in which valid legal norms are and are not applied in real life; realism about enforcement practices accepts that legally valid norms are applied in real life, but notes how that application really works.

When we do get to those matters that arise in the courts, legal realists emphasize the inevitable indeterminacy of what we call “legal reasoning”, at least in some range of cases (what range of cases will vary by jurisdiction, for reasons that will become apparent). Legal reasoning is supposed to be the “method” by which courts arrive at a judgment based on the facts of the case and the relevant valid law. In reality, in every known jurisdiction, “legal reasoning” may circumscribe the outcome a court can legitimately reach, but it often affords the court latitude about the particular choice of outcome. More precisely, the most plausible version of the indeterminacy thesis about law (Leiter, 2007, pp. 9-12) is that the *class of legal reasons*—that is,

<sup>4</sup> See, e.g., Myers (1975); Lord et al. (1979); Zuber et al. (1992); Sunstein (2002).

<sup>5</sup> Most self-identified realists, including the Americans and the Italians, focus primarily on adjudication, but insofar as they do not generally equate what goes on in courts with a theory of the nature of law, they do not make Dworkin’s mistake.

the reasons that may properly justify a judicial decision— *underdetermines* the decision a judge must reach; legal reasons limits the possible outcomes to the case, but the judge has available equally legitimate legal arguments for more than one decision even within the circumscribed field of possible decisions. The task of a realist theory of adjudication is both to explain why legal reasoning is indeterminate and identify what influences judges to choose the particular decision they do, within the realm of those that are legally available.

There are various possible grounds of legal indeterminacy: H.L.A. Hart emphasized the “open texture” of natural languages (Hart, 2012, pp. 124-136), while the American and Italian Realists have emphasized the interpretive latitude judges enjoy in how they construe statutory provisions and precedents (e.g., Leiter, 2007, pp. 73-78; Guastini, 2011). The idea that judges have interpretive latitude is a claim about the *legitimate* interpretive moves a judge can make when confronted with legal sources, whether legislative or constitutional or judicial. The notion of “legitimacy” at issue here is a thoroughly naturalized one, to be understood in terms of psycho-social facts about legal actors: differing interpretations are “legitimate” insofar as they are *accepted* in fact by other legal actors, especially other judges, as acceptable interpretations. This is often called a “sociological” conception of legitimacy—social acceptance by others is the mark of “legitimacy”— in contrast to the “philosophical” conception which asks whether the interpretations are really justified by reference to some normative standard. That realists rely on a sociological conception of legitimacy means, of course, that the extent of indeterminacy will vary depending on the facts about the attitudes and practices of officials in different legal jurisdictions. This is as it should be: the scope of the indeterminacy of legal reasoning will vary by jurisdiction, even if every jurisdiction exhibits indeterminacy to some degree. That the conception is sociological also explains why, for example, the American Realists can claim that indeterminacy is an issue primarily at the various stages of appellate review: this is an empirical claim about the interpretive latitude officials have in those kinds of cases, and is compatible, of course, with legal reasoning being determinate and judicial outcomes being predictable elsewhere in the legal system.<sup>6</sup>

A realist theory of law is necessarily a positivist theory, and a positivist theory is necessarily a realist one (Leiter 2020; 2007, pp. 59-80). This is not true, to be sure, of all theories that have claimed to be “positivist” theories, but it is true of the most important one, H.L.A. Hart’s, despite his confusions about the American and Scandinavian Realists that I have written about previously (Leiter, 2007, 17-18). But Hart is a realist insofar as he recognizes that law operates mostly outside the courts; that inside the courts, some decisions are legally indeterminate; that the nature of law is naturalistically explicable in terms of psycho-social facts about human behaviors and attitudes, particularly those of officials; and that law is not necessarily a good thing, that it has costs, and that it is always an open question whether law generates moral obligations of compliance. Hart’s mistake regarding legal realism was in taking both the Americans and the Scandinavians to be answering his questions, rather than their own. In both cases, he wrongly understood them to be proffering an analysis of the concept of law, understood as that concept implicit in ordinary language that captured features of law intelligible to an ordinary person familiar with a modern municipal legal system. The American Realists had neither interest in, nor even an understanding of, a project of conceptual analysis,<sup>7</sup> and in fact presupposed in their arguments for the indeterminacy of legal reasoning a positivist conception of legal validity (Leiter, 2007, pp. 59-80). The Scandinavian Realist, Alf Ross —the only one

<sup>6</sup> I am grateful to Leslie Green who has pressed me on this issue.

<sup>7</sup> One exception was Felix Cohen, nowhere cited by Hart.

Hart really engaged with— was also quite clear that his project was not one of ordinary-language conceptual analysis, but rather an effort to explain how central legal concepts like “obligation”, “duty” and “right” could be located within a fairly austere naturalistic worldview (Leiter, 2020); Ross explicitly acknowledged that this analysis could not do justice to the concept of law deployed by an insider to the legal system (Holtermann, 2014, pp. 165—186). Hart’s misguided, albeit influential, dispute with legal realism has obscured the essential connection between positivist and realist views about law.

The connection is particularly clear in the case of the realist indeterminacy thesis. Any thesis to the effect that legal reasons fail to justify a unique decision in some range of cases presupposes that we know the difference between “legal” and “non-legal” reasons, including “legal” and “non-legal” norms. Positivists and anti-positivists will draw the line at different places, and how they draw the line bears on the indeterminacy thesis. If a realist says the judge’s decision reflected his moral judgment about the merits of the case, and if the moral considerations the judge relied on would, in fact, only justify one decision (the one the judge reached), that only shows legal reasoning to be indeterminate if, in fact, those moral considerations were not “part of the law” or “legally binding”. Hard positivism about law and legal validity<sup>8</sup> can easily explain this: the moral norms are not accepted as criteria of legal validity from an “internal point of view” —that is, they are neither invoked as justifying a decision, nor are deviations from them criticized by reference to those norms—and so are not part of the rule of recognition.<sup>9</sup> That positivism is necessary for the realist arguments for indeterminacy to work does not show, of course, that positivism is correct. Positivism is vindicated, however, on naturalistic and explanatory grounds, precisely the same considerations that commend realism: that is, a positivist theory of law figures in the most explanatorily fruitful explanations of legal phenomena, such as judicial decisions (Leiter, 2020; Leiter, 2009; Leiter, 2007, pp. 121-136).

I mentioned already that a realist theory of law, because it is also a naturalistic theory, eschews reference to objective moral values. Here again Hart is a model realist about law: it is not simply that the existence of law in some society is, on his view, a complicated empirical, not moral, fact (a psycho-social fact about the practices of officials in deciding questions of legal validity, and about the obedience of citizens to legally valid norms [Hart, 2012, pp. 116-117]), it is that he correctly glosses moral and normative concepts, like “obligation”, entirely in behavioral terms, that is, what people are disposed to say and do, rather than in terms of any cognitive (i.e., referential) content those terms might have. So, for example, Hart says that,

Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great [...] [T]he insistence on importance or *seriousness* of social pressure behind the rules is the primary factor determining whether they are thought of as giving rise to obligations (Hart, 2012, pp. 86-87).

This is Hart’s reasonable attempt at naturalizing normative talk in terms of things that do exist, namely, the observable behavior (including verbal behavior) of people. Alf Ross pursued a related but different strategy, namely, one of translation of normative talk into talk about predictions of behavior in order to preserve the apparently cognitive content of legal

<sup>8</sup> By “hard positivism” I mean the view that the criteria of legal validity cannot include moral criteria.

<sup>9</sup> Even versions of “soft” positivism are compatible with this conclusion, given that realists most often point to non-legal norms influencing decision that are not norms judges do or would acknowledge as decisive.

claims. But both theorists share the same naturalistic impulse: to purge their theory of law of reference to normative facts.<sup>10</sup>

One must acknowledge that some later positivists in the Anglophone tradition have abandoned the realism and naturalism of Hart's approach; Joseph Raz is the most striking case. Raz is a moral realist in the metaphysical sense: he takes there to be objective moral values (Raz, 2001), although his reasons for thinking this are obscure. Dogmatic confidence in the objectivity of value became a feature of Oxford philosophy starting in the 1970s, finding its clearest theoretical articulation decades later in the work of Derek Parfit, as well as other defenders of explicitly non-naturalist value realism or "realism about reasons".<sup>11</sup> At the same time, Raz remains committed to the positivist thesis that there can be no evaluative or content-based criteria of legal validity. Where Raz's moral realism (in the metaphysical sense) makes itself apparent is in his view that law necessarily claims authority, even if it ultimately lacks a justification for that claim.

On Raz's view, law can only claim authority if it is possible to identify the content of a legal directive without reference to the underlying ("dependent") reasons for that directive. This is a "prerequisite" for claiming authority because what distinguishes a (practical) authority in the first place is that its directives preempt consideration of the underlying reasons (including, e.g., moral reasons) for what we ought to do, and in so doing actually makes it more likely that we will do what we really ought to do.<sup>12</sup> For a realist, the problem with Raz's argument is that it presupposes a highly moralized and unrealistic conception of what it is for law to claim "authority". Raz understands authority in terms of what he calls "the Service Conception", in which a claim to authority is a claim to provide a subject of authority better "reasons" for acting in accordance with what Raz calls "right reason" than the subject would arrive at without the intermediation of the authority (Raz, 1985) (We can gloss, for purposes here, "right reason" as *what one really ought to do*). This view obviously presupposes Raz's moral realism (and realism about reasons quite generally), one that is incredible from a legal realist, i.e., naturalist, point of view. A legal realist can also rightly wonder: why think that when law claims authority it is claiming to help its subjects do *what they really ought to do*? Even a cursory glance at the history of the world suggests this is implausible: of course law *claims authority* in the sense of claiming the right to tell those subject to its jurisdiction what

<sup>10</sup> Of the many dubious claims in Scott Shapiro's book *Legality* (2011), the most startling is related to the issue noted in the text. Shapiro claims that Hart believes that "rules are *nothing but* social practices" (p. 95) but objects that, "Social rules cannot be reduced to social practices because rules and practices belong to different metaphysical categories. Rules are *abstract objects*... Practices, on the other hand, are *concrete events*. They take place within the natural world and causally interact with other physical events" (p. 103). Shapiro deems this a "category mistake" on Hart's part, and uses that alleged mistake to motivate the baroque apparatus of his alternative theory. John Gardner and Timothy Macklem (2011), in their devastating critique of the book (<https://ndpr.nd.edu/news/legality/>), note one possible reply: Hart does not "identify the practice exactly with the rule. He identifies the content of the practice, or part of it, with the content of the rule", so no category mistake there. But Kevin Toh has suggested to me what I think is a stronger response: Hart is only offering a reductive, behavioral analysis of what it is to "accept a rule from an internal point of view"; the unit of analysis is 'acceptance of a rule' not "rule". Indeed, the introduction of social rules in *The Concept of Law* begins with the question, "What is the acceptance of a rule?" (Hart, 2012, p. 55), the answer being the behavior of those who accept the rule, i.e., "criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgments that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expressions in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong'" (p. 57).

<sup>11</sup> Scanlon (201) is the strongest representative of the genre in my view; for doubts even about this version, see Leiter (2019, Chapter 4).

<sup>12</sup> Raz offers this argument to show that no legal positivist can allow that there could be content-based criteria of legal validity; I mostly agree with his conclusion, but not at all for Raz's reasons. See again, Leiter (2020).

they must do, but the idea that this claim to authority is a claim to Raz's Service Conception looks like a moralizing illusion. Legal systems may often claim that they are requiring people to do what is morally right, or God's will, or in the public interest, or the will of the *Führer* and so on, and thus claim authority to direct their subjects' behavior, but they do not do so on the basis that they are thereby performing a "service" for their subjects in helping them conform with the demands of "right reason".

Raz, of course, explicitly repudiates Hart's realist approach to jurisprudence. Against Hart's realist aim of a "descriptive jurisprudence", Raz asserts "there is an interdependence between conceptual and normative argument' such that the account "does not necessarily conform to everyone's notion of authority in every detail. It does claim to be an explanatory account in singling out important features of people's conception of authority" (Raz, 1986, pp. 63, 65). No theorist thinks their descriptive account conforms "to everyone's notion...in every detail", so this is just a strawman. But where is the evidence that Raz's account even captures some "important features of people's [which people?] conception of authority"? There is none. Raz has simply smuggled in a moralized conception of authority<sup>13</sup> —as providing a service for its subjects— without even the pretense that it satisfies even lax evidential demands of a "descriptive sociology" as Hart, the realist, proposed.

There are some important normative upshots of realism about law. First, given *realism about both enforcement and enforcement practices*, it is never sufficient to evaluate a legal system to know what the valid legal norms are; one must know both which valid norms are actually enforced and one must know *how and against whom* they are enforced. Valid legal norms that are just can turn out to be unjust along either enforcement dimension; and unjust legal norms can turn out to be just along either dimension as well. The positivist account of legal validity, which is the only serious account we have, leaves these evaluative questions open (as it should, since it is only an account of validity), and no competing account of legal validity settles them. Those that purport to do so —like Dworkin's and those of some lesser anti-positivists— serve only as ideological obfuscations.

Second, given realism about adjudication, we need to rethink the role of judges, especially appellate judges, in a legal system. Since indeterminacy is an inescapable feature of a legal system, judges must be appointed with that fact in mind. Judges are never merely applicators of the law, they must always make new law, if only interstitially, although sometimes they do more than that (e.g. Leiter, 2015)<sup>14</sup>. The quality of their moral and political judgment thus matters as much as their distinctively legal competence. The lie that judges are simply the instruments of the law-makers is an ideological illusion that all legal realists oppose, as it deceives the public about the essential role of courts in a polity. Political elites are rarely fooled on this core, of course, which is why they typically care a great deal about the composition of the judiciary. Since, however, there is no known political or economic system in which the preferences of elites are conducive to the well-being of the vast majority, legal realism here has an important role to play in promoting public, and perhaps even democratic, accountability.

## Bibliographic references

Burge, T. (2010). *Origins of Objectivity*. Oxford: Oxford University Press.

Chomsky, N. (1959). Review of Skinner's *Verbal Behavior*. *Language* 35, 26—58.

<sup>13</sup> Moralized in the sense that its main aim is to explain why deference to authority by rational subjects can be justified.

<sup>14</sup> Spanish translation as Leiter, 2016.

- Fodor, J. (1975). *The Language of Thought*. New York: Thomas Y. Crowell Co.
- Gardner, J. and T. Macklem. (2011). Review of *Legality* by Scott Shapiro. *Notre Dame Philosophical Reviews*. <https://ndpr.nd.edu/news/legality/>.
- Guastini, R. (2011). Rule-Scepticism Restated. In L. Green & B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, Vol. 1, (pp. 138-161). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law*. 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford: Oxford University Press.
- Holtermann, J. (2014). Naturalizing Alf Ross's Legal Positivism: A Philosophical Reconstruction. *Revus* 24, 165—186.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- (2009). Explaining Theoretical Disagreement. *University of Chicago Law Review* 76, 1215-1250.
- (2012). In Praise of Realism (and Against Nonsense Jurisprudence). *Georgetown Law Journal* 100, 865-893.
- (2015). Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature. *Hastings Law Journal* 66, 1601-1616.
- (2016). Derecho Constitucional, Juicio Moral y la Supreme Corte como Súper-Legislatura. In A. Martínez Verástegui (ed.), *La Constitución como objeto de interpretación* (pp. 77-106). Ciudad de México: Supreme Corte de Justicia de la Nación.
- (2019). *Moral Psychology with Nietzsche*. Oxford: Oxford University Press.
- (2020). Legal Positivism as a Realist Theory of Law. In P. Mindus & T. Spaak (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lord, C. G., L. Ross, and M.R. Lepper. (1979). Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology* 37 (11), 2098–2109.
- Myers, D. (1975). *Discussion-Induced Attitude Polarization*. *Human Relations* 28(8), 699-715.
- Quine, W.V.O. (1990). *Pursuit of Truth*. Cambridge, MA.: Harvard University Press.
- Raz, J. (1985). Authority, Law, and Morality. *The Monist* 68(3), 295-324.
- (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- (2001). Notes on Value and Objectivity. In B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals* (pp. 194-233). Cambridge: Cambridge University Press.
- Scanlon, T.M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge, MA.: Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2002). The Law of Group Polarization. *Journal of Political Philosophy* 10(2), 175-195.
- Zuber, J., H. Crott, and J. Werner. (1992). Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes. *Journal of Personality and Social Psychology* 62, 50-61.



AN EXERCISE IN LEGAL REALISM  
Un ejercicio de realismo jurídicoRICCARDO GUASTINI<sup>1</sup>

Tarello Institute for Legal Philosophy, Italy

**Abstract**

This paper is an exercise in legal realism, regarding in particular: (1) legal realism and legal positivism; (2) validity; (3) legal interpretation; (4) the ontology of law; (5) legal cognition; (6) the rule of recognition; (7) the concept of obligation.

**Keywords**

Legal Realism, Legal Positivism, Validity, Interpretation, Ontology of Law, Legal Cognition, Rule of Recognition, Obligation.

**Resumen**

Este artículo, desde el punto de vista del realismo jurídico, versa sobre los temas siguientes: (1) realismo y positivismo; (2) validez; (3) interpretación jurídica; (4) ontología del Derecho; (5) conocimiento jurídico; (6) regla de reconocimiento; (7) el concepto de obligación.

**Palabras clave**

Realismo jurídico, Positivismo jurídico, Validez, Interpretación jurídica, Ontología del derecho, Conocimiento jurídico, Regla de reconocimiento, Obligación.

**1. Legal Positivism**

I shall begin by discussing a mostly “domestic” issue<sup>2</sup>, related to Italian literature. Beyond its domestic character, it gives me the opportunity to clarify some basic features of legal realism (and legal positivism too).

In Italian legal-philosophical literature, legal realism is often distinguished from and contrasted to legal positivism<sup>3</sup>. This view can be explained only by an odd and narrow concept of legal positivism, identified more or less with the doctrines of XIX century continental legal scholars —who were used to identify the law in force with the set of normative sentences (especially: codes) enacted by the law-giving authorities, assumed such set of sentences to be complete (gapless) and consistent, and moreover conceived legal interpretation and adjudication as a merely cognitive enterprise (Bobbio, 1961, p. 2)—.

Nowadays, however, this picture is by and large considered as a misleading account of legal positivism (Ross 1963; Bulygin 2007). Rather, legal positivism is generally regarded

<sup>1</sup> Riccardo Guastini was professor of General Jurisprudence and Constitutional Law in several universities in Italy, France, and Spain. He is coeditor of three journals: *Analisi e diritto*, *Ragion pratica*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Among his recent works: *Le fonti del diritto* (2010); *Interpretare e argomentare* (2011); *Distinguendo ancora* (2013); *Discutendo* (2017); *Filosofia del diritto positivo* (2017). E-mail: guastini@unige.it ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2125-8196>

<sup>2</sup> Not only domestic, however: see Leiter (2007, pp. 59-ff).

<sup>3</sup> See e.g. Bobbio (1961a, p. 141-ff); Pattaro (1971; Jori 1987). See also Barrère Unzueta (1990, ch. 3).



as a methodological attitude toward the law, while all “classical” positivistic views —as to the very nature of law, the structure of legal systems, and legal interpretation— are by now mostly dismissed. The main theses of contemporary legal positivism are the following.

(i) First, legal positivism, properly understood, amounts to deny the existence of so-called natural law (however conceived), since according to legal positivism law is a human artefact. This is true for whatever form of legal positivism. There are no norms in the very nature of “things” or human relationships —no norm exists without a human act of normative creation—. As Kelsen (echoing W. Dubislav) rightly says: “Kein Imperativ ohne Imperator”, that is, no command without anyone commanding (Kelsen, 1965, p. 237)<sup>4</sup>.

In other words, as stated by Hume, no norms can (logically) flow from facts or knowledge of facts, no normative sentence may be logically derived from a set of purely cognitive premises, such as propositions describing the nature (or any other kind of facts whatsoever). Norms can only stem from those human acts that enact —“posit”— them by uttering normative sentences<sup>5</sup>.

Besides, this formulation of the no-natural-law thesis is *not* equivalent to the so-called “social sources thesis”. To be sure, law is (or stems from) some kind of social fact —from the standpoint of legal positivism, this is a matter of course. But the “social sources thesis” is a quite unhappy way to state this point.

This is so for at least two reasons. On the one hand, such a thesis suggests (or seems to suggest) law to be a set of “social rules” (in Hart’s parlance), that is, customary rules —on the contrary, with the exception of international law, modern (state) law is essentially a set of “posited” rules, issued by some sort of “sovereign” authority—. On the other hand, the “social sources” thesis looks compatible with a form of the natural law doctrine, namely, the doctrine of the so-called “variable natural law”, according to which law does not stem (only) from voluntary human acts, but (also) flows spontaneously from “society”, “social relationships”, “social conscience”, “Volksgeist”, or the like, and changes accordingly over time.

(ii) Second, the core of legal positivism, since Bentham and Austin, is the distinction between expository and censorial jurisprudence —that is, between the law as it actually is and the law as it ought to be (according to some standard of evaluation)<sup>6</sup>—. Describing the existing law and evaluating it are two different and independent intellectual enterprises<sup>7</sup>.

Remark that it is precisely this feature of legal positivism that is currently refused by non-positivist (as well as “soft positivist”) legal scholars —they claim that law cannot even be identified without some kind of moral evaluation—.

<sup>4</sup> According to legal positivism, the so-called “natural law”, is not law properly understood, but a critical morality. According to Bobbio, however, natural law, after all, is no specific critical morality or normative ethics, but a peculiar meta-ethics — a second order discourse about ethics, namely a cognitivist, objectivist, meta-ethics (Bobbio 1963, p. 67). Namely, a “normative” meta-ethics concerning the proper way of justifying substantive ethical theses (whatever ethical thesis indeed), assuming “nature” — a completely indeterminate concept — as a source of norms. This is the only common element of a great deal of competing critical moralities (one claiming natural equality among men, another one maintaining inequality; one claiming private property to be a natural state of affairs, another one maintaining common property to be the natural condition of mankind; one requiring obedience to political power, another one justifying the right to resistance; and so forth).

<sup>5</sup> This does not imply —contrary to Kelsen (1965)— that a norm cannot be logically entailed by other norms. This is simply meant to underline that deducing is not deciding; thus, an entailed norm comes to “legal existence”, that is, acquires membership in a legal system, only when it is actually “posited” by a law-creating agency (see Alchourrón and Bulygin, 1989).

<sup>6</sup> Bentham 1870, 293 f.; Austin 1979, I, 220. See Chiassoni (2016, chs. 1 and 2).

<sup>7</sup> Besides, it is precisely this feature of legal positivism that is currently refused by non-positivist legal scholars. See e.g. Aienza and Ruiz Manero (2009).

(iii) Third, as a consequence, no “objective” obligation to obey the law can exist — the knowledge of legal norms does not involve any obligation to obey them—. Sure, obedience is what lawmakers demand, but (contrary to Kelsen’s view) no binding force, no obligation to obey, is conceptually entailed by the very existence or legal validity of a norm. Obedience presupposes not only cognition, or “recognition”, but also axiological acceptance by the addressees<sup>8</sup>.

All such three features of legal positivism (properly understood) are shared by legal realism. Legal realism is an openly positivistic view about the law. Not all positivist legal scholars are realist, but all realists are positivists.

## 2. Validity

The third feature of legal positivism introduced in the preceding section deserves some development.

A widely accepted unrealistic view —that can be traced back to Kelsen (Kelsen 1934 and 1960)— is that any valid norm is *thereby* binding, obligatory for its addressees. Since validity is nothing else but binding force. If a rule R states, for example,

(R) Income taxes ought to be paid,  
the validity judgment about this rule will be  
(VJ1) The rule R is valid.

But, since validity is conceptually equivalent to bindingness, (VJ1) is equivalent, in turn, to a sentence stating that the same rule is obligatory:

(VJ2) The rule R ought to be obeyed.

This view —sharply criticized by Ross (1961)— is somehow astonishing. The content of the obligation imposed by (VJ2) is clearly nothing else but obedience to (R), that is, the very same behaviour commanded by (R). Hence, the difference between (R) and (VJ2), if any, does not lie in the behaviour requested —it can only lie in the nature of the obligation at hand—. If the *legal* obligation stated by (R) is paying income taxes, this further obligation stated by (VJ2) cannot be anything other than a *non-legal* obligation, hence a moral or political one.

A different argument to state the same point is the following. If every legal norm is obligatory, binding, then the law as a whole is binding —there is an obligation to obey the law in general, *the law as such*—. Now, the sentence “The law ought to be obeyed” is a meta-linguistic sentence, whose object-language is the law. Hence, the obligation to obey the law cannot be —for purely logical reasons —a *legal* obligation: it is necessarily a *meta-legal* obligation, an obligation with respect to the law. In other words, it must be some sort of moral or political obligation (Guastini, 2016)—.

The thesis according to which there is a moral obligation to obey the law, however, is distinctive of the so-called “ideological” or “ethical” legal positivism —a moral (or political) doctrine very close to natural law —that has nothing to do with legal positivism properly understood, especially in its realistic version (Bobbio 1961a, ch. 7; Ross 1961).

Moreover, the sentence (VJ2) does not seem to allow for any descriptive interpretation —it is a manifestly prescriptive sentence, since it imposes an obligation—. Hence, it has no truth-value. Being prescriptive —neither true nor false— it has no place

<sup>8</sup> “According to the non-cognitive view, acceptance is constitutive” of binding force (Ross, 1968, p. 61).

within “expository jurisprudence”, that is, a scientific (descriptive) discourse about the law. Admitting prescriptive sentences in legal-scientific discourse is incompatible with the scientific program of legal positivism, especially in its realistic version.

### 3. Interpretation

Nowadays —after Hart’s *Concept of Law*— the predominant view as to legal interpretation runs more or less like this<sup>9</sup>.

Legal texts are framed in natural languages. In natural languages meaning is determined by actual linguistic conventions. Therefore, each legal text has an objective meaning so determined<sup>10</sup>. However, legal texts are formulated by means of “general classifying terms” (that is, predicates in the logical sense: terms that denote classes), and such terms are fatally vague or open textured. As a consequence, given any rule whatsoever, there are cases that surely fall under its scope, as well as cases that do not. But, side by side with such “easy” cases, there are also “hard”, marginal, cases to which the application of the rule is dubious and disputable. In easy cases judges have no interpretive discretion. Hence in such cases one can distinguish between legally correct and incorrect interpretations. In hard cases, on the contrary, the chosen interpretation is the result of a discretionary decision about the extension or reference of the concepts expressed by general terms, in such a way that there is no room for judgments of correctness or incorrectness.

To fully appreciate this theory, one must pay attention most of all to what it *does not say*.

First, this theory has no definite view as to juristic (legal scholars’) interpretation —it is focused only on judicial interpretation—. This is a serious shortcoming, for two main reasons. On the one hand, juristic and judicial interpretations deserve separate accounts since they are not necessarily identical from the point of view of logical analysis: for example, legal scholars’ interpretation does not involve the solution of any particular case, while judicial interpretation necessarily does; judges must solve the ambiguity and vagueness of legal texts, they cannot confine themselves to detecting them impartially, while academic jurists can (and often do); etc. On the other hand, it is legal scholars who equip judges with concepts, doctrines, interpretive tools, and forms of reasoning —as a matter of fact, the interpretive and dogmatic practice of legal scholarship conditions the very *forma mentis* of judges—. Judicial interpretation is biased by legal dogmatics and cannot be understood without reference to it<sup>11</sup>.

Second, and more important, the theory at hand is focused on the issue whether a (previously identified) rule applies to a particular situation or not. This way, the theory completely overlooks the previous identification of the rule as such, hence the central features of judicial and, most of all, juristic job, that is (a) text-oriented interpretation (“in abstracto”, that is, with no reference to particular cases) and (b) the construction of unexpressed, unformulated, rules in order to fill gaps, specify principles, and so on (Guastini, 2013).

(i) *Text-oriented interpretation*. Before asking whether a given rule is, or is not, applicable to a particular case, one has to identify the rule at stake. The identification of the rule (or rules) expressed by a legal text is no matter of subsumption of a specified case under the extension of a concept —it is a matter of deciding the meaning of a complete normative

<sup>9</sup> See e.g. Hart (1961, ch. 7); Carrió (1994, pp. 49-ff.); Bulygin 1995. Some criticism in Guastini 2011.

<sup>10</sup> This view has a tacit prescriptive implication: legal texts ought to be interpreted according to the dictionary and syntax of the natural language in which they are formulated. But why should not one interpret, for example, according to the (supposed) intention of the law-giving authorities? And, moreover, what should not one use the whole panoply of interpretive arguments, such as *a contrariis*, *a simili*, systemic coherence, and so on, that lead far away from ordinary meaning?

<sup>11</sup> Tarello (1968).

sentence—. In most cases, one and the same normative sentence is liable to different and competing meaning-ascriptions —depending on the interpretive technique to which it is submitted, on the competing juristic doctrines on the matter, on the different moral feelings of interpreters— in such a way that different rules can be derived from it. From a logical (not psychological) point of view, subsumption presupposes a decision “in abstracto” about the meaning-content of legal texts.

Just an example. Article 13.1 of the French Constitution (1958) states: “The President of the Republic shall sign the ordinances and decrees deliberated upon in the Council of Ministers”. Does that mean that the President has the power to sign those ordinances and decrees, or that he/she has the obligation to sign? There is no problem of open texture, no problem of subsumption, here: in such circumstances, interpreters are faced with a completely different issue — not the application of a rule to a definite case, but the very identification of the rule itself (Troper, 1994, p.275).

But even the silly example usually put forward by the followers of the mentioned theory can be used to depict the difference between interpreting a text “in abstracto” and subsuming a case under a (previously identified) rule. “No vehicle in the park”, said the law-giver. All right: cars and trucks are certainly included in the scope of the rule. But what about ambulances? If the sentence is understood literally, then the rule prohibits the entering of “vehicles” with no further specification —ambulances are not admitted. But the same sentence may be interpreted (with the aid of a counterfactual sentence pointing at the supposed intention of the lawgiver) as expressing a different rule, referring to “vehicles except ambulances”— in such a way that ambulances are admitted in the park. The problem is not subsuming or not ambulances under the concept of “vehicle”, since no one could deny that they are vehicles. The problem is identifying the very content of the rule to be applied.

(ii) *Construction of unexpressed rules.* By the way, the most (and primary) part of juristic and judicial job consists in a great deal of inferential operations by means of which new rules, that the lawgivers never formulated, are added to the legal system. Such unexpressed rules are usually labelled as “implicit”, but they are not implicit in the strict (that is, logical) sense since they are derived from explicit rules by means of non-deductive arguments.

Just one simple example, in view of clarifying what I mean by “unexpressed rule”. According to Justice Marshall of the Supreme Court of the U.S.A. (*Marbury vs. Madison*, 1803):

[...] a legislative act contrary to the constitution is not law [...]. Certainly, all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of such government must be that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

Justice Marshall assumes that, according to the intention of the framers, the Constitution is superior to (more valued than) legislative acts, and derives from such a “theoretical” assumption two outstanding normative consequences —first, any legislative act contrary to the constitution is void; second, the Court is entitled to declare such an act void—. Both consequences are but unexpressed rules, that have no counterpart in the constitutional text and that the Supreme Court is adding to the Constitution (Troper, 2011, p. 139).

Thus, the dominant view as to legal interpretation is completely blind about the very core of legal interpretation (and reasoning). It assumes interpreting, ascribing meaning to legal texts, to be a cognitive (or mainly cognitive) activity, that depends on accepted linguistic conventions — the only room for interpretive discretion stems from the vagueness

(the open texture) of predicates. This is a quite unrealistic view (Tarello, 1980). And as matter of fact it is unsound.

The realistic view about legal interpretation is that the law, understood as a set of rules, is the result of juristic and judicial interpretation and construction of legal texts.

#### 4. Ontology

According to an unrealistic view, widespread especially among legal philosophers, law is a set of abstract entities such as rules (or norms) or even a set of enigmatic deontic (or Hohfeldian) entities such as obligations and rights.

Thus, accounting for the law in force would consist precisely in describing the content of rules, and the proper way to do this would be by means of deontic sentences, that is, sentences iterating like an echo the rules they refer to and/or describing the deontic properties of actions: “It is obligatory that *p*”, “It is prohibited that *q*”, etc.

From a realistic —empiricist— point of view, on the contrary, law is but a set of (quite peculiar) facts, namely linguistic utterances and interpretive practices: the linguistic utterances of the law-giving authorities and the interpretive practices of legal scholars and judges.

Accordingly, accounting for the law in force may consist either in cognitive interpretation or in descriptive meta-jurisprudence.

(a) Cognitive interpretation is the uncommitted analysis of the normative sentences enacted by the lawgivers, with a view to detecting their plausible meanings in the light of existing linguistic conventions, interpretive methods, juristic theories, and past judicial decisions (if any). As well as, no need to say, the practical consequences connected with each one of the competing meanings.

(b) Descriptive meta-jurisprudence, in turn, consists in analysing and accounting for doctrinal trends and, most of all, past judicial decisions.

Both cognitive interpretation and descriptive meta-jurisprudence are meant to predicting (or, better, attempting to predict) future judicial decisions.

From this standpoint, the so-called “normative propositions” —the propositions by which jurists describe<sup>12</sup> the law in force— are not (they cannot be) deontic sentences about the normative qualification of behaviour (“It is obligatory that *p*” or the like). They are true or false *propositions* (in the logical sense): “normative” because of their object, not because of their normative inferential capacity —they do not admit any normative or practical inference (Bulygin, 1981 and 1982)—.

Normative propositions —according to their (either manifest or concealed) logical form— are existential propositions about rules or norms, in the sense that they state the existence of rules *within* a given legal system, their membership in the system. For example: “The rule ‘It is obligatory that *p*’ exists (is in force) in the legal system *S*”. In such a proposition, the rule is not stated or iterated (“echoed”), but mentioned in inverted commas. From such a proposition alone, no one can validly infer that *p* ought to be done.

The truth condition of such propositions is the prevailing interpretive practice of jurists and applying practice of judges (Ross 1958). In other words, normative propositions are but pieces of descriptive meta-jurisprudence.

<sup>12</sup> Sometimes they do, although this is not the core of legal scholarship —in most cases jurists do not describe the law, but contribute to frame it—.

## 5. Legal Cognition

According to a quite unrealistic view, no significant cognition of law is possible from the so-called “external” point of view, that is from the standpoint of those uncommitted people (either jurists or laymen) who do not “participate” to the legal game and limit themselves to observing the actual behaviour (the linguistic behaviour included) of “participants”. No genuine cognition, no sound description, of law is possible unless one assumes the “internal” point of view. Such a point of view, however, presupposes the acceptance of the law itself: at least, the acceptance of the ultimate “rule of recognition” by which the valid rules of the legal system at stake are identified. Acceptance is conceived as a necessary requisite for taking cognizance of the law (Hart, 1961; Scarpelli, 1965).

No need to say that “validity” in this context—as in Kelsen’s pure theory of law—entails (or amounts to) binding force: a valid rule is a rule that ought to be obeyed. Hence it is not surprising at all that the supporters of the internal point of view maintain that the so-called “internal statements” are committed sentences by which people approve and/or criticize behaviours by reference to the rules of the system, make claims justified by such rules, and so forth. This amounts to say that the internal point of view is the standpoint not of “expository jurisprudence” (in Bentham’s parlance), but of lawyers and judges.

So, it is quite evident that internal statements do not “bear upon” rules, do not describe them: *apply* rules. They are normative in character and, therefore, have no truth-values (Bulygin, 1981; 1982). Hence, they have no place in a “scientific”, axiologically neutral, description of the law in force. Apparently, the supporters of the internal-point-of-view thesis are unable to distinguish between genuine expository jurisprudence—“legal science” in Continental parlance—and legal dogmatics, the latter being a practice “internal” to the law, quite different from its detached description.

Besides, the view at stake has a troubling natural-law shade, since it tacitly assumes the intrinsic bindingness of law as such—the so-called “normativity of law”. As I already said, such an assumption is the core of “ethical” or “ideological” positivism. But, at the same time, this assumption is shared by natural law doctrine too: *lex iniusta non est lex*—positive law incompatible with natural law is no law at all, which means that it does not deserve obedience, while “genuine” law is, by definition, just, and that means that it demands obedience—.

The realistic view on the matter is that the only genuine uncommitted cognition of the law is purely “external”. Cognitive or “expository” jurisprudence can only be a set of detached statements of facts (Ross, 1962). Once more: legal science is a set of normative propositions, whose truth-conditions are the prevailing interpretive practice of jurists and applying practice of judges.

It seems that the supporters of the internal-point-of-view thesis do not even conceive the very possibility of an uncommitted account of the law in force. This is proven, among other things, by their treatment of the concept of obligation, too, as we shall see in a moment.

## 6. Rule of Recognition

Legal cognition, the topic discussed in the preceding section, suggests a look at Hart’s rule of recognition. Well, what kind of rule is this? It is no surprise that two competing views exist in legal-theoretical literature on the issue—a realistic view and an unrealistic one—.

The unrealistic thesis—another feature of the internal-point-of-view theory—is that such a rule is a genuine rule, that is, a rule of behaviour, namely, a (void, incomplete) meta-rule that does not state directly what is to be done, but commands people to obey the (further) rules that will be issued by the “sovereign” (Raz 1971, p. 93; Hacker, 1977, p. 23; MacCormick, 1981; Ruiz Manero, 1990, p.135).

As a consequence, the acceptance of such a (meta-)rule is definitely axiological and involves the disposition to comply with the sovereign's commands. This is why the point of view "internal" to the rule of recognition is normatively committed —the commands issued by the sovereign are valid law and they ought to be obeyed as the rule of recognition commands—.

The realistic view, on the contrary, is that the rule of recognition is but a criterion of identification of the valid rules of the system —a conceptual rule, not a rule of behaviour (Bulygin, 1976; 1991)—.

Accordingly, the "acceptance" of the rule of recognition is a cognitive, epistemic, not axiological, move (Guastini, 1998; 2019). It has no normative import. Its only purpose, as its name suggests, is "recognizing", that is, identifying valid law with the aim of describing it.

Once more: the knowledge of the existing law does not involve any obligation to obey.

## 7. Obligation

The unrealistic trend about the concept of legal obligation appears in the form of refusal and criticism of Bentham's "strongly positivist conception" (Hart, 1966, p. 143) on the topic.

According to Bentham, obligation is a "fictitious entity", in the sense that the word "obligation" (as well as other related words: "right", for example) is devoid of any semantic reference. So, the only way to clarify its meaning is what is (nowadays) usually called a "definition in use", which amounts to translate a complete sentence where the word to be defined (the *definiendum*) does appear into a different complete sentence, provided with the same meaning, where the same word does not appear. A deontic sentence such as "The subject S has the obligation to do the action A" —according to its (concealed) logical, not linguistic for — can be translated without loss of meaning into a sentence predicting that the subject S will probably be punished if he/she will not do A (Bentham, 1780).

The supporters of the unrealistic view (namely Hart, 1961, p.79; 1966) object that, in the common usage of lawyers and judges (as well as laymen), this is not at all the actual *normative* meaning of deontic sentences. According to the ordinary usage of such sentences, it is not contradictory to say that a subject has an obligation although he/she probably will not be punished in case of disobedience; moreover, it is not redundant to say that a subject has an obligation and moreover he/she is likely to incur in a sanction for disobedience. Most of all, when a judge states that someone has an obligation, it is a matter of course that he/she is not predicting his/her own decision —judicial deontic sentences are meant not to predict, but to *justify* decisions—. Punishment is not the actual consequence of disobedience —rather, disobedience is the *reason* for punishment—.

Accordingly, stating the existence of an obligation presupposes reference to some previously accepted rule or norm and amounts to either accounting for its content or "iterating" it like an echo (Hart, 1963; Scarpelli 1967).

*Prima facie*, the unrealistic view looks right: it is a matter of course that the "normal" use of deontic language is normative, prescriptive. And it is surely the case when judicial (as well as legislative) language is at stake. Nonetheless, the unrealistic view is wrong.

To be sure, from the *internal* point of view one can assert that, if a rule (an accepted rule) exists, then —for that reason alone— an obligation exists ("The subject S *ought* to do A"), since such an obligation is but the "content" of that rule. From the *external* point of view, however, can one seriously assert the same?

The conceptual issue ("What does *obligation* mean?") hides an epistemic problem related to legal cognition: what are the truth conditions of a sentence asserting the existence of an obligation, that is the existence in the legal system of a rule imposing an obligation? Can

expository jurisprudence seriously assert the existence of an obligation if non-compliance is devoid of any practical consequence?<sup>13</sup>

Unrealistic scholars clearly misunderstand the object and point of Bentham's "predictive theory". Bentham did not refer in any way to judicial language —when analyzing the concept of obligation, he was interested in *expository* jurisprudence: in legal cognition, not in legal practice and the application of law<sup>14</sup>—. The deontic sentences he had in mind are not sentences uttered by some legal authority —they are sentences by which an uncommitted legal scholar purports to describe the law in force—.

Moreover, unrealistic scholars seem to think that judicial deontic sentences are descriptive, hence true or false, sentences. "Internal" statements, although — admittedly — normative, are supposed to *describe* the content of (previously accepted) rules. Is it the case? It seems that such statements do not describe at all, but *iterate* or *apply* the rules they presuppose (and tacitly refer to). So, the unrealistic tenet is contradictory: no sentence can be at the same time both normative and descriptive (Bulygin, 1982). Moreover, a descriptive sentence about norms (a "normative *proposition*") cannot justify any prescriptive conclusion, such as a judicial decision. A prescriptive conclusion can be drawn only from normative premises.

Once more, unrealistic people seem unable to even conceive the very possibility of a neutral account of the law in force, which is the scientific program of legal realism.

## Bibliographic References

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1989). Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0007>
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (2009). *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Austin, J. (1879). *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. In R. Campbell, John Murray (ed.4). London: Kessinger Pub.
- Barrère, M. (1990). *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*. Madrid: Tecnos.
- Bentham, J. (1780). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/oseo/instance.00077240>
- Bobbio, N. (1961a). *Il positivismo giuridico*. (ed. 2). Torino: Cooperativa Libreria Torinese.
- Bobbio, N. (1961b). Comandi e consigli. In N. Bobbio (ed.2). *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Bulygin, E. (1976). On the Rule of Recognition. In E. Bulygin (ed. by S.L. Paulson *et al.*). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0008>
- Bulygin, E. (1981). Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz. In E. Bulygin (ed. by S.L. Paulson *et al.*) *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0010>

<sup>13</sup> Besides, without any reference to sanction in case of disobedience, it becomes impossible to distinguish law from morality (Schauer, 2015), commands from advices (Bobbio, 1961b).

<sup>14</sup> The same holds for Holmes' view about the law as a prophecy of what courts will probably do. It is a matter of course that Holmes did not refer (literally) to "the law", in the sense of law-givers' and judges' language, but to "legal doctrine", understood as uncommitted description of the law in force.

- Bulygin, E. (1982). Norms, Normative Propositions, and Legal Statements. In E. Bulygin (ed. by S.L. Paulson *et al.*). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0013>
- Bulygin, E. (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. In Doxa, 9. <https://doi.org/10.14198/doxa1991.9.13>
- Bulygin, E. (1995). Cognition and Interpretation of Law. In L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.). *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli.
- Bulygin, E. (2007). *Il positivismo giuridico*. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffrè.(ed.) Milano: Giuffrè.
- Carrió, G.R. (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot (4th ed.). Buenos Aires.
- Chiassoni, P. (2016). *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Giappichelli, Torino
- Guastini, R. (1998). Conoscenza senza accettazione. In L. Gianformaggio. M. Jori (eds.). *Scritti per Uberto Scarpelli*. Giuffrè: Milano. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199606443.003.0004>
- (2011). Rule-Scepticism Restated. In L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford U.P., Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199606443.003.0004>
- (2013). Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers. In J. Ferrer Beltrán *et al.* (eds.). *Neutrality and Theory of La*. Springer: Dordrecht. [https://doi.org/10.1007/978-94-007-6067-7\\_7](https://doi.org/10.1007/978-94-007-6067-7_7)
- (2016). Kelsen on Validity (once more). *Ratio Juris*, XXIX, 3 (402-409). <https://doi.org/10.1111/raju.12135>
- (2019). Riconoscimento. *Analisi e diritto*, 2019/1, 9-20.
- Hacker, P.M.S. (1977). Hart's Philosophy of Law. In P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.). *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, 2nd ed. with a Postscript, ed. by P.A. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press. <https://doi.org/10.2307/794395>
- (1963). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001>
- (1966). Legal Duty and Obligation. In H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198254683.003.0007>
- Jori, M. (1987). *Il positivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*. Milano: Giuffrè.
- Kelsen, H. (1934), *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- (1960). *Pure Theory of Law*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.
- (1965). Law and Logic. In H. Kelsen, (ed. O. Weinberger). *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Boston: Reidel. [https://doi.org/10.1007/978-94-010-2653-6\\_10](https://doi.org/10.1007/978-94-010-2653-6_10)
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199206490.003.0004>
- MacCormick, N. (1981). *H.L.A. Hart*. London.
- Pattaro, E. (1971). Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLVIII, 61-126
- Raz, J. (1971). The Identity of Legal Systems. In J. Raz. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, Stevens & Sons. London.

- (1961). Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law. In S. L. Paulson, B. Litschewski Paulson (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Theme*. Oxford: Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198763154.003.0007>
- (1962). Review of H.L.A. Hart's *The Concept of Law*, *The Yale Law Journal*, LXXI, 1185-1190.
- (1963). Giusnaturalismo contro positivismo giuridico. In Italian trans. S. Siciliano, in S. Castignone, R. Guastini (2nd, ed.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*. Genova: ECIG .
- (1968). *Directives and Norms*. London: Routledge.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función. jurisdiccional y teoría del derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Comunità.
- (1967). Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XLIV, 465-482.
- Schauer, F. (2015). *The Force of the Law*. Cambridge (Mass.)-London: Harvard U.P.
- Tarello, G. (1968). La semantica del neustico. Osservazioni sulla parte descrittiva degli enunciati precettivi. In G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Il mulino, Bologna.
- (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè: Milano.
- Troper, M. (1994). La signature des ordonnances: fonctions d'une controverse. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: P.U.F.
- (2011). Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste. in M. Troper. *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF.

## Sentences

Supreme Court of the U.S.A. (1803). *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60



EL DEBER DE RESOLVER EN LA JUSTICIA  
BAJO UNA PERSPECTIVA REALISTA Y EMPÁTICA  
The duty to resolve in court from a realistic and empathetic perspective

ERICA BAUM<sup>1</sup>  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

### Resumen

Este trabajo se inscribe bajo una concepción realista del derecho, según la cual el mismo está sometido a una resistencia social, producto de la lucha por las injusticias, y, en particular, del realismo jurídico escandinavo, que considera que al momento de resolver en la justicia influyen factores empíricos y emocionales, en contraposición a una tradición jurídica para la cual el derecho es concebido como un sistema cerrado de normas que configuran una representación lógica, gramática y retórica de la sociedad. Analizaré el deber de resolver los asuntos sometidos a la justicia, establecido por el Artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante CCCN, con el propósito de explorar mi hipótesis, consistente en que la función jurisdiccional no debería dejar de considerar las emociones de los seres humanos que litigan y que una ausencia de empatía, en tal sentido, afectaría la razonabilidad de las decisiones judiciales.

### Palabras clave

Empatía, Emociones, Decisión judicial, Razonabilidad, Realismo jurídico escandinavo.

### Abstract

This work is part of a realistic conception of law according to which it is subjected to social resistance, the product of the fight for injustices, and, in particular, of Scandinavian legal realism that considers that empirical and emotional factors influence during resolutions in court, as opposed to a legal tradition in which law is conceived as a closed system of norms that configures a logical, grammatical and rhetorical representation of society. This article analyzes the duty to resolve matters submitted to justice, established by Article 3 of the Civil and Commercial Code of Argentina, hereinafter CCCN, with the purpose of exploring my hypothesis that the jurisdictional function should not neglect the suffering of the human beings who litigate to guarantee their rights and that an absence of empathy, in this sense, would affect the reasonableness of the legal decisions.

### Keywords

Empathy, Emotions, Judicial Decision, Reasonableness, Duty to Resolve, Legal Realism in Scandinavia.

<sup>1</sup> Erica Baum, abogada (1997) y Magíster en Derechos Humanos (2011) por la Universidad Nacional de La Plata. Mediadora y Árbitro titular del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de La Plata. Correo electrónico: profesora.ericabaum@gmail.com  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8540-130X>



## 1. Introducción

Para llevar a cabo este trabajo, comenzaré por presentar algunos enfoques científicos que debaten sobre el concepto de empatía que me permitirán examinar cuál es el papel de las emociones en la toma de decisiones judiciales.

Desde una perspectiva cognitivo-evaluativa de las emociones, junto con la filósofa norteamericana Martha Nussbaum (Nussbaum, 1994; 1995; 2001; 2004; 2005), sostendré que las mismas tienen un objeto de conocimiento al que se dirigen, es decir: son intencionadas, contienen una percepción sobre uno mismo y sobre una visión del mundo, así como creencias sobre las que hacemos juicios de valor y una dimensión representacional, basada en la imaginación, que nos permite empatizar con las emociones de otros seres humanos.

Como intentaré demostrar que la falta de empatía en las resoluciones judiciales respecto de las emociones de quienes litigan podría afectar el criterio de razonabilidad de dichas decisiones<sup>2</sup>, analizaré cuáles son las características del deber de resolver en la justicia pública<sup>3</sup>, en tanto constituye una función inherente al rol de quienes han asumido la responsabilidad de resolver los conflictos.

Para darle un marco jurídico adecuado al enfoque de mi hipótesis de trabajo, decidí situarlo bajo una perspectiva realista del derecho, específicamente del realismo jurídico escandinavo, cuya tradición hunde raíces en las investigaciones del filósofo sueco Axel Hägerström. Es por ello, entonces, que analizaré cómo juegan las emociones humanas en el marco de una visión del derecho y de la justicia pública comprensiva de la dimensión moral del ser humano que da cuenta de sus emociones, principios y valores.

## 2. ¿Qué entendemos por empatía?

Muchas son las ideas que resuenan en torno al término empatía, sin embargo, desde un punto de vista científico hay estudios sólidos desde la filosofía moral, la psicología cognitiva y la neurobiología, que han contribuido a la construcción conceptual del mismo. Me ocuparé a continuación de esos enfoques, para luego guiar la lectura hacia el análisis sobre la inclusión de una perspectiva empática en los considerandos de las sentencias judiciales.

En *La teoría de los sentimientos morales*, publicada en Edimburgo en 1759, el filósofo y economista escocés Adam Smith (1723-1790), bajo una perspectiva basada en la Poética aristotélica<sup>4</sup>, sostuvo que es por medio de la imaginación que podemos representarnos mentalmente los tormentos de otra persona y formarnos una idea sobre las sensaciones que tendríamos nosotros si nos halláramos en su misma situación:

No son sólo las circunstancias que crean dolor o aflicción las que nos hacen compartir los sentimientos con los demás. Cualquiera sea la pasión que un objeto promueve en la persona

<sup>2</sup> En tal sentido, no es objeto de este trabajo analizar la subjetividad de quienes juzgan por medio de la justicia como institución pública; es decir, no intento alinearme a una teoría de las virtudes del juez, de la jueza, sino más bien a lo que reflejan las resoluciones judiciales como producto de la actividad intelectual correspondiente al deber de resolver. Para un enfoque basado en las virtudes judiciales en relación con la empatía, léase, por ejemplo, el trabajo de Luciana Samamé, "Virtudes Judiciales y Empatía".

<sup>3</sup> Demarco justicia pública de justicia privada o arbitraje. Ambos son mecanismos de resolución de conflictos heterocompositivos en los que una tercera persona, imparcial y neutral, decide cuál es la solución del litigio, bajo un paradigma de decisión: ganador-perdedor, en el que una de las partes obtiene todo lo que la otra pierde, bajo una dinámica binaria que no da lugar a matices como en los mecanismos de resolución de conflictos de tipo auto-compositivos como la conciliación, la mediación y la negociación privada. Para un examen exhaustivo sobre las diversas formas jurídicas de obtener justicia, léase el brillante trabajo de Owen Fiss, "The forms of justice".

<sup>4</sup> Véase la estructura de la tragedia en *Poética*, de Aristóteles.

en cuestión, ante la concepción de la situación brota una emoción análoga en el pecho de todo espectador atento... En toda pasión que el alma humana es susceptible de abrigar, las emociones del espectador siempre se corresponden con lo que, al colocarse en su mismo lugar, imagina que son los sentimientos que experimenta el protagonista (Smith, 1759, p. 51).

Adam Smith reconoce que la empatía tiene un aspecto cognitivo, es decir un objeto de conocimiento que la incita consistente en las emociones que experimenta en primera persona “el protagonista” y que se basa en la creencia de que, ante la misma situación de la otra persona, nosotros, como “espectadores”, compartiríamos sus mismas emociones: gratitud, odio, vergüenza, enojo, alegría, etcétera. Smith sitúa la empatía en el lugar de la persona espectadora, quien no necesariamente tiene que ser un espectador de los hechos como en una obra de teatro sino que, en la mayoría de los casos, es alguien que se representa mentalmente la situación de quien es protagonista como en una novela.

En igual sentido, en *Justicia poética*, la filósofa contemporánea norteamericana Martha Nussbaum analiza la posición del espectador empático de las emociones de otras personas a quien denomina “espectador juicioso”, puesto que le atribuye notas de neutralidad e imparcialidad:

[...] su neutralidad no requiere de una activa distancia respecto de las realidades sociales que implican las causas que atiende; debe indagar esas realidades con su imaginación y con las respuestas emocionales propias del espectador juicioso [...] El espectador juicioso debe trascender la empatía, evaluando desde su punto de vista el sentido de esos sufrimientos y sus implicaciones para las vidas afectadas (Nussbaum, 1995, pp. 123 y127).

De tal modo, bajo una perspectiva cognitiva aristotélica, la experiencia empática permite evaluar las emociones de otras personas y obtener una comprensión más profunda sobre la complejidad de su realidad<sup>5</sup>.

Desde la psicología, hay consenso en sostener que la empatía es un mecanismo psicológico, consciente o semiinconsciente, caracterizado como el sentimiento de una emoción *con* alguien —no *por* alguien—, que permite distinguir dos estadios: uno cognitivo —complejo porque incluye percepciones, creencias y valores— y otro afectivo (Snow, 2000)<sup>6</sup>. Cognitivamente creemos que otra persona está experimentando una emoción y afectivamente pareciera que tenemos que predisponernos a cuidar o a interesarnos por su situación, afirma Snow. La autora cuestiona el aspecto cognitivo de la empatía, dando como ejemplo las formas pre-empáticas que experimentan los niños o las personas con retardo madurativo que, si bien no pueden evaluar las emociones de otra persona en forma compleja, como sí una persona adulta y madura, pueden empatizar por medio del contagio emocional y la sincronía afectiva. Es por ello que Snow sostiene que no siempre la empatía implica un proceso consciente de deliberación en sentido aristotélico consistente en actuar correctamente, en el momento correcto, de la manera adecuada y por la razón apropiada<sup>7</sup>.

Desde la neurobiología se postula que la empatía se activa en la corteza cerebral cuando, al observar las emociones de otra persona, se producen representaciones mentales compartidas. En tal sentido, la empatía es una respuesta automática y somática que promueve

<sup>5</sup> Sobre la relación entre emoción creencia y emoción valor en el derecho, léase el capítulo 1 de *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* de Martha Nussbaum (2006).

<sup>6</sup> Sobre las diferencias entre empatía y compasión, léase Baum, Erica (2017), “Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos”.

<sup>7</sup> Para un estudio sobre la teoría de la deliberación aristotélica, léase *Ética Nicomaquea*, LIII, III.

el comportamiento social (Singer, 2006). Contra esta posición hay autores que cuestionan el criterio de observación, puesto que podemos no observar una situación emocional y aun así empatizar con ella. Arguyen que la empatía implica diferentes factores subjetivos que tornan imposible que sea una respuesta automática, dado que sino empatizaríamos con psicópatas o criminales (Vignemont, 2006). Es por ello que, para este autor, la empatía es un fenómeno moral que se produce al experimentar en forma consciente la perspectiva de la persona que sufre.

### 3. ¿Cuáles son las características del deber de resolver en la justicia?

En un artículo publicado en 1966, el jurista argentino Eugenio Bulygin señalaba:

Por “sentencia” entendemos aquí un fallo judicial que pone fin a una controversia que puede versar sobre un conflicto de intereses (en el proceso civil) o sobre la procedencia de una sanción (en el penal). En virtud de un principio expresamente consagrado en las legislaciones modernas, las resoluciones (decisiones) judiciales *deben ser fundadas*. El juez tiene el deber de dar razón de su decisión; la resolución debe ser justificada expresamente. [...] Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. [...] Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal (Bulygin, 1991).

Luego de definir qué es una “sentencia judicial” y en qué consiste el deber de resolver en la justicia, el autor aclara que quienes juzgan no deciden los casos mediante un proceso lógico deductivo sino por medio de un proceso psicológico pero que la cuestión de la fundamentación es un asunto lógico.

Ahora bien, ¿en qué consiste la lógica de la fundamentación judicial? Desde un punto de vista lógico, las resoluciones judiciales deben formularse por medio de una premisa mayor —consistente en usos, prácticas y costumbres que no sean contrarias al derecho, así como en normas, principios o valores jurídicos—, por medio de una o varias premisas menores —enunciados empíricos— y por la conclusión o fallo. La relación entre la premisa mayor y el enunciado consecuente es deductiva. Esta es la estructura del silogismo jurídico.

Es decir que el razonamiento judicial debe mostrar por medio de los enunciados jurídicos y empíricos que componen los considerandos de la resolución judicial que hubo un proceso de deliberación que llevó a tomar la decisión correcta para el caso planteado por las partes litigantes.

Justificar las resoluciones judiciales, entonces, es una característica inherente a la función jurisdiccional que la distingue de la función legislativa y que no se reduce a enunciar una norma genérica, sino a desarrollar los argumentos que justifican su elección para el juicio o fallo consecuente. En tal sentido, una sentencia judicial carente de justificación es, en términos de Bulygin *el paradigma de la sentencia arbitraria* (1991, p. 357).

Bulygin reconoce que el elemento lógico de las sentencias judiciales —justificar— es necesario pero insuficiente puesto que, además, la decisión estará motivada por los aspectos psicológicos del juez o jueza respecto de la manera en que hallarán la solución para la controversia. El autor aclara que no son su objeto de estudio ni los motivos que llevan a quien juzga a tomar una determinada decisión ni la cuestión de la prioridad temporal, esto es, de indagar si primero tomó la decisión y luego buscó el modo de justificarla.

Lo que sí queda claro es que el deber de resolver implica una actividad extra-lógica, que dialoga con la lógica de la fundamentación, que efectivamente ha sido objeto de estudio por el realismo jurídico.

Según la concepción del derecho que asumamos, quienes abogamos, podremos esgrimir unos u otros argumentos en defensa de los derechos de nuestros clientes con el objeto de persuadir a la otra parte, a la persona encargada de juzgar y a los organismos superiores de que nuestro reclamo es justo<sup>8</sup>. Ya lo expresaba así Aristóteles, en su *Retórica*:

[...] los que juzgan sólo son persuadidos o bien porque han experimentado alguna emoción, o bien porque les da la impresión que quienes hablan tienen determinadas cualidades o bien porque se les ha demostrado el aserto (Aristóteles, 1998, p. 237).

Pero, desde el punto de vista de quien tiene la función de resolver en la justicia, posiblemente, la razonabilidad de sus decisiones estará determinada por la visión que tenga sobre el derecho. Es decir, variará según considere al derecho como un orden supra-jurídico de reglas y principios universales emanados de la razón humana cuyo respeto es fundamental para que el derecho sea válido; como un conjunto cerrado de normas que regulan el comportamiento humano; como una experiencia social en constante ajuste y transformación o como una estructura de poder subsumida a los poderes económico y político en ese orden<sup>9</sup>.

Es por ello que quienes resuelven conflictos judiciales deben brindar a las personas litigantes y a la sociedad en general —y en virtud del carácter público de las sentencias judiciales—, las razones que justificaron su decisión. Como nos recuerda Nino, en *Introducción al derecho*, “los jueces, no pueden eludir justificar, frente a sí mismos y ante los demás, sus decisiones sobre la base de razones morales” (Nino, 1973, p. 6). Lo que indica Nino es que justificar las sentencias judiciales no es una opción, sino un deber ineludible que no puede excusarse en razones morales. Y añade:

Generalmente habrá razones morales fuertes que indican aplicar las normas de un sistema jurídico vigente; pero habrá casos excepcionales en que esas razones se vean contrapesadas por razones morales que presionan en diferente dirección. Esta situación ineludible de los jueces hace que ellos tiendan, más que otra gente, a ver el derecho como una prolongación de concepciones morales que consideran válidas, y a las normas jurídicas como aquellas normas que están moralmente justificados en reconocer y aplicar (1973, p. 6).

Por consiguiente, quienes deben decidir en el poder judicial no deberían dejar de resolver un caso si la tensión moral del conflicto entrase en contradicción con su moral subjetiva. Según Nino, entonces, para quienes cumplen un rol jurisdiccional el derecho es una justificación normativa de la moralidad social.

<sup>8</sup> Según Aristóteles, la retórica es una parte de la dialéctica y semejante a ella. La retórica es la facultad de encontrar los argumentos que puedan ser convincentes y propios de cada asunto, su objeto no es persuadir sino demostrar; y, la dialéctica es la capacidad de razonar sobre conflictos que parecen admitir, al menos, dos posibilidades. Véase Aristóteles, *Retórica*, Libro I, capítulos I y II, 45-63.

<sup>9</sup> Las concepciones del derecho explicitadas se corresponden, por orden de enunciación, con el jus naturalismo, el jus positivismo, el realismo jurídico y el marxismo. Para un estudio profundo de las concepciones del derecho, sugiero leer el texto de Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (2001).

Pero la práctica judicial en torno a la elaboración de sentencias judiciales no es simple u homogénea, ni el deber de fundarlas razonablemente resulta evidente. Tanto es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha calificado de arbitrarias a aquellas sentencias que, si bien están suscriptas por el órgano decisor, carecen de validez como actos judiciales y deben ser dejadas sin efecto por omitir considerar y decidir cuestiones oportunamente propuestas por las partes y conducentes para la solución del litigio.

Timothy Endicott define a la arbitrariedad como la “resistencia o ausencia de razón”, en general, y, respecto de las normas —incluidas las sentencias judiciales<sup>10</sup>—, como la falta de razonabilidad justificada en función del propósito para el cual se aplica dicha norma específica (Endicott, 2011, pp. 20-24).

Entendiendo, entonces, que una norma es una razón para una acción al igual que una sentencia judicial es un conjunto de razones para llevar a cabo una acción punitiva, reparadora o indemnizatoria impuesta por una autoridad judicial, la privación de razones en las resoluciones judiciales podría constituir una arbitrariedad que podría arraigar en un capricho o en un acto de corrupción.

A fin de evitar la comisión de arbitrariedad en las sentencias judiciales, la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina incorporó el artículo 3°. Esta cláusula obliga a los jueces a resolver aquellas decisiones que fueron sometidas a su jurisdicción ordenándoles fundamentar su decisión bajo un criterio de razonabilidad. El texto normativo bajo análisis, dice: Artículo 3°.- Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (Códigos, 2014).

Como se expresó en los fundamentos del anteproyecto<sup>11</sup>, la obligación de fundar se aplica extensivamente a todas las autoridades que deben decidir sobre un caso sometido a la función jurisdiccional bajo un criterio de razonabilidad compatible con la doctrina de la arbitrariedad.

Es decir que la reforma al CCCN transformó el deber ético de resolver en un deber legal, que comprende al ético, obviamente; pero, en función de su estatus jurídico normativo, su omisión obligaría al estado argentino en virtud del compromiso que asumió frente a la comunidad internacional al suscribir, adoptar e incorporar a la Constitución Nacional los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y al someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Efectivamente, el deber de resolver es una de las garantías específicas del proceso judicial que se basa en el derecho de los seres humanos a ser oídos dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente, imparcial y establecido legalmente con anterioridad al hecho, objeto del litigio, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>12</sup>.

La pregunta que surge entonces es: ¿era necesario que el CCCN fijase un deber legal de resolver? Afirmaba Oliver Wendell Holmes Jr., antecesor del realismo jurídico norteamericano, que uno de los efectos más perniciosos de la confusión entre ideas morales y jurídicas es la teoría que considera al deber legal como algo que existe con independencia de las consecuencias de su

<sup>10</sup> Sobre el vínculo entre sentencia judicial y norma léase Bulygin, Eugenio (abril de 2003) “Los jueces, ¿crean derecho?”.

<sup>11</sup> Anteproyecto ubicado en fecha 19/03/2016, en: [http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERPCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERPCIAL_DE_LA_NACION.pdf)

<sup>12</sup> Artículos: 8, 9 y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXVI, Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre; 8.1 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6, Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial; 2.c, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer; 7 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; y, 12, 37.d, 40.b Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes.

incumplimiento. Como dice Holmes, usando una parábola, postular eso es como situar el carro por delante del caballo (Holmes, 1897) ya que un deber legal sin consecuencias jurídicas no es nada sino una predicción<sup>13</sup>.

Por consiguiente, aparece como evidente la no necesidad de regular legalmente el deber de resolver. Pero, llegado el caso en que se lo incluya en el texto jurídico normativo, como sucede con el Artículo 3° del CCCN, sería prudente que se regulasen también las consecuencias jurídicas que acarrearía el incumplimiento de dicha imposición legal.

En lo que sigue, abordaré el nexo entre el deber de fundar las sentencias judiciales y el realismo jurídico con la intención de avanzar en mi análisis sobre la posibilidad de incorporar en los considerandos de las mismas una perspectiva empática respecto de las emociones de quienes litigan para fortalecer el criterio de razonabilidad.

#### 4. ¿Cuál es la influencia del realismo jurídico sobre el deber de resolver en la justicia?

Hay consenso en afirmar que el realismo jurídico —tanto en Europa como en Estados Unidos— surgió como contraposición al formalismo jurídico, el cual concebía al derecho como un sistema cerrado de normas abstractas que representaban una idea de orden social que justificaba la toma de decisiones judiciales. Para el realismo jurídico, sin embargo, el valor de las decisiones judiciales es eminentemente empírico y basado en el sentido de lo que es justo (Leiter, 2015).

Mauro Barberis realiza una breve síntesis sobre las tres tesis principales del realismo jurídico: la de la separación empírica entre moral y derecho<sup>14</sup>, la del emotivismo y la del escepticismo interpretativo<sup>15</sup>. Afirma Barberis que, mientras no todos realistas suscriben la tesis de la separación y del emotivismo, sí coinciden respecto del escepticismo interpretativo (Barberis, 2015, p. 235). La tesis del escepticismo interpretativo ha sido la que mayor desarrollo tuvo ya que cuestiona al derecho y a la razonabilidad jurídica como únicas razones para justificar y explicar cómo las cortes judiciales decidirán los casos (Leiter, 2015, p. 243). Analizaré a continuación cómo se fueron manifestando algunos de los principales exponentes del realismo jurídico europeo con relación a dichas tesis y cuál es su valor para las decisiones judiciales.

Dos escuelas europeas estudiaron al derecho en forma interdisciplinaria y bajo una perspectiva realista. Para ambas el derecho cumplía un rol central en las decisiones judiciales: la escuela histórica de la jurisprudencia iniciada por el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y la escuela sociológica de la jurisprudencia representada por el jurista alemán Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892) y por el jurista austríaco Eugen Ehrlich (1862-1922). Expresaba Savigny que la interpretación de las leyes tenía tres niveles: uno lógico, consistente en presentar el pensamiento contenido en la ley; otro gramatical, cuya tarea era analizar los términos proposicionales de la ley y sus relaciones entre sí; y otro histórico, mediante el cual se reconstruye el contenido producido por el legislador, puesto que las normas dan cuenta de las condiciones históricas de un pueblo determinado en una época y espacio concretos. Según Savigny, interpretar

<sup>13</sup> Para Holmes quienes usualmente litigan hacen un cálculo de predicción sistemática basado en el dogma de la ley, que a su modo de ver es el oráculo de las profecías jurídicas. Bajo esa perspectiva la ley es un negocio con sus propios límites y dogmas delineados, especialmente en materia contractual, lo que hace que la senda del derecho sea “estrecha”. Afirmaba Holmes que la ley, en tanto cuerpo de leyes, es testigo y depósito externo de nuestra vida moral, el dogma que impide razonar sobre el comportamiento y que solo sirve para hacer un cálculo material de las consecuencias. Según Holmes el dogma, por medio del lenguaje de términos jurídicos, genera constantes falacias; es decir, crea una ficción y escapa a la realidad. Para aclarar la confusión entre ideas morales y jurídicas Holmes se cuestiona: ¿qué es lo que constituye la ley? Y sostiene que es conjunto de principios de ética que se hacen visibles en las decisiones judiciales.

<sup>14</sup> No de separabilidad según la cual derecho y moral están empíricamente conectados pero conceptualmente separados.

<sup>15</sup> Que sostiene que las normas admiten distintos significados que las tornan difíciles de aplicar en los casos concretos, idea retomada por el jurista norteamericano Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) para hablar de “casos difíciles”.

es restablecer la autenticidad un texto “corrompido” en relación con su origen histórico (Savigny, 1951). Y la elaboración de la jurisprudencia histórica requiere de dos instancias: una de vinculación —es decir, de indagación de las fuentes— y otra de separación de las fuentes históricas.

En síntesis, para la escuela histórica de la jurisprudencia ajustarse a derecho es restablecer las cosas según el contexto histórico en que las normas se crearon. El rol de quienes deciden en la justicia es eminentemente hermenéutico —tal como la semiótica lo es respecto del lenguaje— y la pregunta que guía la actividad judicial podría reducirse a: ¿qué habrá querido decir el legislador?

Para la escuela sociológica de la jurisprudencia, el derecho es una experiencia producida por la resistencia a las injusticias de la vida. Según Ihering, la fuerza del derecho radica en los sentimientos morales que el ser humano experimenta cuando sufre una injusticia:

Los que no han tenido la ocasión de medir experimentalmente este dolor, no saben lo que es el derecho, por más que tengan en su cabeza todo el *Corpus Iuris*; porque no es la razón sino el sentimiento quien puede resolver ésta cuestión; el lenguaje, además, ha determinado bien el origen primitivo y psicológico de todo derecho, llamándolo sentimiento legal. Conciencia del derecho, persuasión legal, son otras tantas abstracciones de la ciencia que el pueblo no comprende. La fuerza del derecho descansa, como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera (Ihering, 1877, p. 88).

El autor dedica su breve pero precisa obra a sostener que la fuerza del derecho reside en el sentimiento, es decir en la moral individual, puesto que para el jurista el derecho está sometido, ni más ni menos, que a la experiencia humana del sentimiento de injusticia. El derecho deja de ser una idea lógica para ser una práctica, de fuerza, una tensión entre lo justo y lo injusto, entre lo correcto y lo incorrecto, entre el equilibrio y la violencia. En resumidas cuentas, para Ihering el objetivo del derecho es lograr la paz y el medio para obtenerla es luchando contra las injusticias sociales:

Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria; es decir un ataque contra la idea del derecho... Esta perspectiva realista es la que hace que el derecho sea algo concreto y realizable; es decir, es la razón por la cual hoy hablamos de ejercer el derecho: a la libertad de expresión, al voto, al acceso a una vivienda, a la libertad de culto, a la salud, a recibir igual remuneración por igual trabajo, etcétera [...] La irritabilidad y la acción, es decir, la facultad de sentir el dolor causado por una lesión en nuestro derecho, y el valor, junto con la resolución de rechazar el ataque, son el doble criterio bajo el que se puede reconocer si el sentimiento del derecho está sano (Ihering, 1877, pp. 72 y 89).

Interpreto que, al decir que el sentimiento del derecho está “sano”, Ihering ha querido expresar que está íntegro; en contraposición a la idea de menoscabo o lesión. Lo que me interesa destacar es el doble criterio según el cual, para el autor, el sentimiento del derecho se mantiene incólume: la ira y la acción de resistir las injusticias. En consecuencia, para Ihering sostener una perspectiva realista del derecho impondría a quienes tienen que resolver en la justicia la obligación de ponderar en sus decisiones los sentimientos de indignación, ira e injusticia de quienes litigan, so pena de caer en sentencias arbitrarias.

Desde la escuela sociológica de la jurisprudencia, Eugen Ehrlich afirmaba que el derecho consiste en una actividad judicial consciente o semiinconsciente creadora de decisiones particulares y que es función del juez, cuando las normas jurídicas se lo permiten, ajustar el derecho a las necesidades de su tiempo (Ehrlich, 1903). Para el autor,

la resolución judicial es intrínsecamente una actividad creativa, propia de quienes tienen que juzgar, que añade algo nuevo; esto es, que renueva al derecho vigente:

Aquí no se reclama en modo alguno que toda sentencia conlleve aparejada, a modo de marca de fábrica, alguna disposición legislativa sobre la cual se funde, ya sea de hecho, ya presuntamente; se considera que la tarea del juez no es sino hallar una decisión equitativa, acorde con las circunstancias del caso concreto. El juez, en efecto, está vinculado al derecho legal y al consuetudinario, a la tradición y a los principios expresados en decisiones anteriores, pero todo esto no es considerado como fundamento de la decisión, sino más bien como límite hasta el cual se extiende la libertad del juez. Al respecto, sólo le sirve como pauta el principio de que la decisión ha de hallarse conforme a las reglas del arte jurídico: con otras palabras, dicha decisión no puede echar por tierra, sin más ni más, las reglas que hasta ahora han estado vigentes en general. Así, ciertamente, se impide el paso a innovaciones repentinas y demasiado atrevidas, pero de ningún modo se impide su desarrollo orgánico (Ehrlich, 1903, p. 58).

Lo que Ehrlich propone, a mi criterio, es que el derecho no es cerrado, ni homogéneo, ni su naturaleza implica una creación acabada, sino más bien todo lo contrario. Las autoridades judiciales no siempre encuentran una norma general de referencia para “subsumir” el caso traído a litigio y, aunque los cuerpos de normas provean de claves hermenéuticas para cubrir las lagunas del derecho, deben argumentar sobre los motivos que justifican su resolución. El enfoque de este autor es que el derecho es situacional, es decir, que se ajusta a las circunstancias de cada caso traído a juicio. Sostiene Ehrlich:

[...] si [bien] es cierto que la norma de decisión es la forma del Derecho que más les interesa a los juristas, no es la única y ni siquiera la más importante. El derecho existe también para cumplir fines muy diferentes del de decidir las controversias jurídicas; constituye, en efecto, el fundamento de la organización social [...] (Ehrlich, 1903, p. 64).

Este pasaje resulta interesante a los efectos analizar el deber legal de resolver estipulado en la reforma del CCCN, puesto que dicha norma jurídica obliga a los jueces a fundar sus decisiones pero, como dice Ehrlich, el derecho es mucho más que un corpus normativo es “la estructura ósea del cuerpo social” y, por lo tanto, estimo que los jueces no deberían restringirse, al momento de resolver, a subsumir un caso en una norma determinada sino que deberían buscar otras fuentes de apoyo para sus decisiones, dar las razones de su elección y justificar la relación entre la fuente y la solución aplicada al caso.

A continuación me concentraré en la tesis del emotivismo porque es la que me interesa a los fines de indagar sobre una posible inclusión de una perspectiva empática en las sentencias judiciales. Su principal exponente fue el filósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939), seguido por los juristas suecos Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) y Karl Olivecrona (1897-1980) y el jurista danés Alf Ross (1899-1979) (Bix, 2009; Malminen, 2019).

El punto común de los realistas escandinavos es que todos fueron anti-metafísicos y bregaron por una práctica judicial realista. Sin embargo, ellos disintieron respecto de qué considerar fáctico. Mientras Alf Ross adhirió al positivismo lógico y redujo la jurisprudencia al análisis interpretativo de los conceptos normativos, Hägerström y Olivecrona estudiaron críticamente el correlato de los términos jurídicos con la realidad. Ross y Lundstedt apelaron al conocimiento de normas jurídicas como prescriptoras de las ideologías contenidas en las decisiones judiciales (Bjarup, 1982, pp. 426-428).

Sostenía Hägerström, bajo una perspectiva aristotélica, que los juicios morales son una expresión de las emociones, que las normas morales son hábitos y que los estándares normativos son, simplemente, distintos puntos de vista que reflejan la voluntad. Eso, lo llevó a afirmar que los juicios legales son la expresión de los intereses, que las reglas jurídicas plasman hábitos y que los estándares legales expresan distintos puntos de vista normativos; siendo imposible demostrar qué punto de vista es preferible a cual. Si tomamos como ejemplo el castigo punitivo, decía Hägerström, podremos identificar si se basa en emociones vindicativas (revancha, venganza) y bajo la idea de “higiene social” o si se funda en el interés de proteger a la comunidad (Bjarup, 1982, pp. 355-447). Es decir que, para él, las emociones constituyen una forma de lenguaje, de comunicación, que explica el punto de vista de un pensamiento moral respecto de algo que se considera importante. Según este autor, las nociones jurídicas como “derecho”, “deber”, “libertad” o “propiedad” están recargadas de prejuicios y creencias que, al no ser cuestionadas bajo un criterio socrático, hacen que las personas vivan en una ilusión y no en la realidad: “el conocimiento debe ocupar el lugar de la ignorancia”, postulaba Hägerström (Bjarup, 1982, p. 363). Bajo esta premisa, el autor cuestionó los términos jurídicos por considerarlos imbuidos de pensamientos mágicos; la gente  *Cree* que tiene derecho pero esa creencia o ficción no tiene correlato con la realidad, diría Hägerström. Para el autor, las normas jurídicas son una condición intrínsecamente cultural y el derecho, en general, es un “sistema de coerción emocional y actitudinal en respuesta a imperativos independientes” (Bjarup, 1982, p. 371). En tal sentido, esgrime Hägerström que la jurisprudencia, cuya función principal consistirá en identificar las reglas y principios jurídicos aplicables al caso, deberá dar cuenta de la realidad de los hechos y considerar, en las sentencias judiciales, múltiples puntos de vista. De ahí que, para este autor, la decisión judicial es una actividad eminentemente compleja y ambigua.

En el siguiente punto exploraré mi hipótesis consistente en indagar si la ausencia de empatía en las sentencias judiciales afecta el criterio de razonabilidad de las mismas.

### **5. ¿Cuál es el nexo entre “empatía” y “razonabilidad” en las resoluciones judiciales?**

Ya vimos que quienes deben resolver los conflictos que las personas llevan a los estrados judiciales no sólo deben fundamentar las sentencias judiciales sino que además deben esgrimir las razones que justifican su decisión en garantía de los derechos humanos de las personas que litigan. Ese deber de resolver en la justicia, en Argentina y con la reforma del CCCN, resulta ahora obligatorio además de ético-funcional.

En términos de la retórica aristotélica (Aristóteles, 1998, pp. 47-48), corresponde a los jueces y a las juezas demostrar, con argumentos convincentes, las razones que justifican las decisiones judiciales ya que podrían enturbiarlas con su propio agrado o desagrado, si estuvieran motivadas en el afecto, el odio o el interés personal.

El valor de la empatía en las resoluciones judiciales ha sido objeto de estudio por criminalistas y filósofos del derecho y se inscribe en un área relativamente nueva de las ciencias jurídicas denominada derecho y emociones (Bandes, 1999; Nussbaum, 2006; Deigh, 2008).

Martha Nussbaum sostiene que la compasión, a diferencia de la repugnancia y de la vergüenza, cumple un rol fundamental en los considerandos de las sentencias penales ya que requiere, por parte de quienes juzgan, la capacidad de asumir mentalmente la situación de sufrimiento de otra persona a fin de evaluar y argumentar en forma razonable sobre agravantes o atenuantes para la aplicación de la pena o sobre una absolución (Nussbaum, 2006, pp. 38, 65-73).

Por su parte, Markus Dubber afirma que el sentido de la justicia consiste en brindar una respuesta empática, dado que la imaginación de quien juzga el caso sobre el sufrimiento o sentimiento de injusticia que invoca la persona juzgada le permite identificarla como un ser humano con autonomía moral (Dubber, 2006).

David De Cremer y Kees van den Bos arguyen que identificando el rol de las emociones en la justicia y específicamente del sentimiento de injusticia esgrimido por las personas, podemos iluminar los enunciados empíricos que contienen dichas emociones como parte de un proceso de deliberación para llegar a una decisión judicial (De Cremer, 2007).

Asimismo, John Deigh postula que el juicio empático es esencial para una interpretación del derecho funcional a los intereses de la justicia ya que refleja el valor moral de las personas y que una interpretación judicial del derecho estrecha, es decir, basada únicamente en las reglas jurídicas no puede resultar más que autoritaria (Deigh, 2011)<sup>16</sup>.

Ahora bien, *¿la ausencia de empatía afectaría la razonabilidad de las resoluciones judiciales?* Mi respuesta es que no necesariamente toda resolución judicial requiere de una perspectiva empática en los considerandos. Sin embargo, hay conflictos judiciales complejos, por su contenido emocional e impacto social, cuya gravedad exige, por parte de quien tiene el deber de resolverlos, que se reflexione sobre el sufrimiento de las personas implicadas, puesto que la ausencia de empatía podría comprometer la razonabilidad de las decisiones. Dicho en otros términos, una fundamentación estrictamente jurídica y carente de empatía en relación al padecimiento de los justiciables podría convertirse en un mero cálculo económico y, en consecuencia, podría afectar el sentido de la justicia.

## 6. Conclusiones

Comencé por brindar tres enfoques sobre la construcción conceptual del término empatía para exponer que existen diferentes concepciones que podrían cuestionarse a fin de incluir una perspectiva empática dentro de los enunciados empíricos que componen la estructura de las sentencias judiciales.

Teniendo en cuenta que la empatía incluye una dimensión representacional, dada por la imaginación sobre la situación de sufrimiento de otra persona y que las emociones contienen percepciones, creencias y valoraciones que las tornan explicativas, considero junto con Smith, Nussbaum, De Cremer, Dikker y Deigh, que un juicio empático, neutral e imparcial, podría iluminar los considerandos de las decisiones judiciales a la vez que podría ayudar a demostrar que las emociones con las que empatizamos podrían dar un sentido de justicia fuerte respecto de las razones que justifican la toma de decisiones judiciales.

Dado que las sentencias judiciales carentes de razones que justifiquen la decisión adoptada podrían tacharse de caprichosas, injustas, arbitrarias o corruptas, investigué sobre el alcance del deber de resolver incorporado en el Artículo 3° del CCCN y sostuve, coincidiendo con Nino, que argumentar sobre las razones que justifican la toma de decisiones judiciales es un deber ineludible inherente al rol de la autoridad judicial.

Asimismo, analicé la incorporación del deber ético de resolver al CCCN y afirmé que tratándose ahora de un deber legal, debería estar acompañado de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento; lo que se ha omitido.

Analicé el aporte a las ciencias jurídicas de Hägerström, desde el realismo jurídico escandinavo, para demostrar que la actividad de los jueces y las juezas no es estrecha ni determinada y que puede incluir enunciados empíricos que reflejen las emociones de quienes litigan así como sus múltiples puntos de vista como razones para resolver.

<sup>16</sup> Para una crítica a la noción de empatía de Deigh, puede verse el trabajo de Patricia Brunsteins (2015), "El rol de la empatía en la jurisprudencia desde la óptica de J. Deigh. Un análisis crítico para el caso Lilly Ledbetter".

Cuestioné si la falta de empatía en torno al sufrimiento de las personas que litigan podría afectar al criterio de razonabilidad y sostuve que siempre que se deban resolver conflictos judiciales complejos, por la carga emocional y por el impacto del caso en la sociedad, la ausencia de empatía dentro de los considerandos de la sentencia judicial podría afectar a las partes y a la sociedad en su conjunto, en función del carácter público que reviste el acto de justicia.

## Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (1998). *Retórica*. Madrid: Alianza.
- (2006). *Poética*. Buenos Aires: Colihue clásica.
- (2007). *Ética Nicomaquea*. Buenos Aires: Colihue.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Bandes, S. A. (1999). *The Passions of Law*. New York: New York University Press.
- Barberis, M. (2015). El realismo jurídico europeo-continental. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 228-240). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baum, E. (2011). Justicia, Emociones y Derechos Humanos. *Revista Derecho y Ciencias Sociales* 5, 74-97. doi:<https://doi.org/10.35537/10915153761>
- (2012). El rol de las emociones en la esfera pública. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 23 (1), 47-58.
- (2017). Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho* 39, 5-21.
- Bix, B. H. (2009). Ross and Olivecrona on Rights. *Australian Journal of Legal Philosophy* 34, 103-119. Obtenido de [https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/211](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/211) <https://doi.org/10.4324/9781315244129-11>
- Bjarup, J. (1982). *Reason, emotion and the law: studies in the philosophy of Axel Hägerström*. Denmark: The University of Edinburgh.
- Brunsteins, P. (2015). El rol de la empatía en la jurisprudencia desde la óptica de J. Deigh. Un análisis crítico para el caso Lilly Ledbetter. *Nuevas formas de filosofía práctica* 4, 15-29.
- Bulygin, E. (1991). Sentencia judicial y creación del derecho. En A. C. Eugenio, *Análisis Lógico del Derecho* (pp. 355-369). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. <https://doi.org/10.1515/9783110802450.237>
- (2003). ¿Los jueces crean derecho? *Isonomía* 18, 7-25.
- Códigos, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación* (5ta. Reimpresión - Junio 2015 ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- De Cremer, D. (2007). Justice and feelings: toward a new era in justice research. *Social justice woerk*, 20(1), 1-9. <https://doi.org/10.1007/s11211-007-0031-2>
- Deigh, J. (2008). *Emotions, values and the law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011). Empathy, justice and jurisprudence. *The Southern Journal of philosophy*, 73-90.
- Dubber, M. D. (2006). *The Sense of Justice. Empaty in law and punishment*. New York: NYPress.
- Ehrlich, E. (1903). Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia. *Libre Investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre* (pp. 53-88). Madrid: Marcial Pons.
- Endicott, T. (2011). The Value of Vagueness. *Philosophical Foundations of Language in Law* 5, 14-30.

- Fiss, O. (1979). The Forms of Justice. *Harvard Law Review* 93 (1), 1-56.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10 (8), 457-478.  
doi:<https://doi.org/10.4135/9781071800942.n15>
- Ihering, R. (1877). *La Lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Araujo. doi:<https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gppn.11>
- Leiter, B. (2015). Realismo jurídico Estadounidense. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 241-275). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Malminen, T. (2019). Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos. *Isonomía* 50, 150-73. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i50.161>
- Nino, C. S. (1973). *Introducción al Análisis del Derecho* 2da. 12a. reimpresión (2003). Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, M. (1994). *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helénica* (2003 ed.). (Buenos Aires: Paidós. <https://doi.org/10.1353/dss.2007.0110>
- (1995). *Justicia Poética. La literatura y la imaginación en la vida pública*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- (2001). *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions* (8va. 2008 ed.). Cambridge: Cambridge University Press. [https://doi.org/10.1007/978-3-531-93439-6\\_35](https://doi.org/10.1007/978-3-531-93439-6_35)
- (2005). *El Conocimiento del Amor. Ensayos sobre Filosofía y Literatura*. Madrid: Machado Libros.
- (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Samamé, L. (2016). Virtudes Judiciales y Empatía. *Revista de Filosofía y Ciencia Prometeica* 12, 63-79. <https://doi.org/10.24316/prometeica.v0i12.149>
- Savigny, F. K. (1951). *Metodología Jurídica* 1979 ed. Buenos Aires: Depalma.
- Singer, T. (2006). Empathy and Fairness. En N. F. 278, *The neuronal basis of empathy and fairness* (pp. 20-40). Chichester: Jhon Wiley & sons, Ltd.
- Smith, A. (1759). *The theory of moral sentiments*. 3ra. 2013 ed. C. Rodriguez Braun, Trad. Madrid: Alianza. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511800153>
- Snow, N. (2000). Empathy. *American Philosophical Quarterly*, pp. 65-78.
- Vignemont, F. (2006). When do we empathize? En N. F. 278, *Empathy and fairness* (pp. 181-196). Chichester: Jhon Wiley & sons, Ltd. <https://doi.org/10.1002/9780470030585.ch13>



AMERICAN LEGAL REALISM IN DISPUTE RESOLUTION.  
 ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION AS A “REALIST” PROJECT<sup>1</sup>  
 Realismo estadounidense en la resolución de conflictos.  
 La resolución alternativa de conflictos como un proyecto “realista”

CARLO VITTORIO GIABARDO<sup>2</sup>

University of Girona, Càtedra de Cultura Jurídica, España

### Abstract

American Legal Realism is alive and well. As a normative (and not only descriptive) theory, it has shaped the legal world we are living in and has influenced current legal practices at a global level. This article looks at the influence Realists' ideas (and specifically Charles Edward Clark's ones) have had ‘unconsciously’ over the phenomenon of the privatisation of civil justice and the Alternative Dispute Resolution revolution. It is suggested that many key concepts of Pragmatism and American Legal Realism form part of today's repertoire of Alternative Dispute Resolution supporters and that the privatisation of civil justice is to be understood as an “unintended” Realist project, in the sense that it is inspired by, and reflects, a Realist view about law, conflict-resolution and justice without openly recognizing it.

### Keywords

Philosophy of Law, American Legal Realism, Pragmatism, Theory of Adjudication, Alternative Dispute Resolution, Mediation.

### Resumen

El realismo jurídico estadounidense está vivo y robusto. Como teoría normativa (y no solo descriptiva), ha dado forma al mundo legal en el que estamos viviendo y ha influido en las prácticas legales actuales a nivel global. Este artículo analiza la influencia que las ideas de autores realistas (específicamente las de Charles Edward Clark) han tenido “inconscientemente” sobre el fenómeno de la privatización de la justicia civil y sobre la revolución que implicó la resolución alternativa de conflictos. El texto sugiere que muchos conceptos clave del pragmatismo y del realismo jurídico estadounidense forman parte del repertorio actual de partidarios de la resolución alternativa de conflictos. Asimismo, que la privatización de la justicia civil debe entenderse como un proyecto “no intencionado” del realismo, pues está inspirado por y refleja una visión realista del derecho, la resolución de conflictos y la justicia, aunque sin reconocerlo abiertamente.

<sup>1</sup> This paper extends and develops some reflections presented at the World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (I.V.R.) hosted by the University of Lucerne (Switzerland), July 2019, Special Workshop “On the Philosophical and Sociological Foundations of North American Legal Realism”. I am especially grateful to the organizers, Dr. Marco Segatti (University of Chicago Law School) and Dr. Luca Malagoli (Tarello Institute for Legal Philosophy, University of Genova.).

<sup>2</sup> “Juan de la Cierva” Postdoctoral Research Fellow in Law, University of Girona (Spain), Càtedra de Cultura Jurídica. PhD in Law, University of Turin (Italy). E-mail: carlovvittorio.giabardo@udg.edu ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7993-6762>



**Palabras clave**

Filosofía del derecho, Realismo jurídico estadounidense, Pragmatismo, Teoría de la adjudicación, Resolución alternativa de disputas, Mediación.

**1. The “Normative Dimension” of American Legal Realism**

It is a commonly-held wisdom that American Legal Realism (hereinafter, ALR) has been an influential descriptive theory about how law truly works (i.e., how law *is*), but lacked any coherent normative ideas for how legal institutions are expected to function (i.e., how law *should be*). Its proponents —it is said— were so concerned in criticizing formalist accounts of law, and substituting them with more useful explanations about the actual process of decision-making by judges (considering, for example, the role their personal preferences or their individual traits play or, more generally, their responsiveness to extra-legal factors, and so on) that they left apart the construction of a purposeful theory that aspires to provide any kind of guidance for law or decision-makers. ALR was an intellectual movement that, in essence, aimed explicitly to destruct previous beliefs and overturn accepted attitudes, prevailing approaches, methodologies, explanations, ways of teaching law, myths, and the like, but never aimed to provide the “building blocks” for the future directions of law. In short —so the narrative goes— while ALR provided a much-neededful *part destruens*, it avoided almost completely to lay down a solid *part construens*<sup>3</sup>. After having devastatingly critiqued what *we* have been knowing (or, better said, believing) about law, the role of legal rules, and the activity of judges, they have left us with nothing much in hands in order to solve social problems, improve common good and provide guidance in reforming legal institutions. If law is nothing, if law means nothing, then it would be contradictory to believe to change things through law.

This picture is far from being accurate. In fact, ALR has had an enormous impact on subsequent legal reforms and on the ways *we* judge and implement new legal institutions and practices. Some of its exponents showed, in their thoughts, a remarkably neat and distinctive “normative dimension” that is seldom taken into consideration in current discussions. Basically, this normative dimension is recognizable on two grounds: one is historical and, so to say, “biographical”, and the other one looks at the present state of affairs.

First of all, if Realists did not believe in the power, or in the capacity, of the law to purport social-legal change at all, it would be puzzling to explain why the writings of so many of them possessed a clear reformistic outlook, and why much of their work undoubtedly aimed to reform certain bodies of law in order that they reflected their values (Leiter, 2015). During the heyday of ALR, many of its most famous members got involved in major reform projects of American laws. Jerome Frank (the most radical “rule-sceptic” of the movement) contributed significantly to the New Deal reforms<sup>4</sup>, and so did Felix S. Cohen and William Douglas (Mitchell, 2007). Famously, Karl Llewellyn served as the “Chief Reporter” in the drafting of the Uniform Commercial Code from 1942 until his death and influenced deeply the underlying “jurisprudence”<sup>5</sup>. Charles Edward Clark —a leading figure of ALR (but whose

<sup>3</sup> See, e.g., Gilmore (1961, p. 1037): “Realism appears to have been a high-level jurisprudential or philosophical movement [...] which offered a critical analysis, of a destructive or negative character, of certain then widely accepted theories of law”. Compare also Duxbury (1995, p. 158): “Realism evolved as a broad critique of the formalist assumptions [...] Beyond this critique, however, there remained little but a marked absence of vision”; Mensch (2010, p. 25–26), according to which Realism “was so corrosive that many of the most influential realists evaded the full implications of their own criticism”.

<sup>4</sup> On Jerome Frank, see Glennon (1985) and, more recently, Curtis (2015).

<sup>5</sup> On the contribution of Karl Llewellyn to the UCC, see Maggs (2000); Kamp (1995), Danzig (1975).

contribution has inexplicably received little attention in modern scholarship)— is commonly recognized as one of founding fathers of the reform of the Federal Rules of Civil Procedure (that came into force in 1938), in which he translated into practice his ideas on the judicial function and adjudication, and he has also later served as an advisor for the Restatement of the Law of Property<sup>6</sup>. More recently, Charles Alan Wright, “an unabashed Legal Realist”, as so defined by Brian Leiter (2015, p. 1976), has even been the President of the American Law Institute. Because of this, it would be quite paradoxical to maintain that Realists in their entirety did not support any normative theories of law and decision making or that they did not endorse any ideas on what is good, and what is not, legally speaking (Kalman, 1986, p. 42; Kalman, 1997).

Secondly, it cannot be denied that ALR has shaped normatively, *de facto*, the legal world we all live in. Indeed, the legacy of ALR is to be found, for example, in the subsequent American scholarship and legal theory, which has contributed to a new reading of reality, such as, e.g., the Critical Legal Studies in the late ‘70s (Tushnet, 1991), and then the following jurisprudential movements, the Critical Race Theory<sup>7</sup>, Feminist Jurisprudence, the Law and Gender, and many others, or, more recently, the “New Legal Realism” (Miles and Sunstein, 2008). Also, it has impacted legal education and teaching and the concrete ways the legal world we inhabit has been designed and construed more generally. Realists’ ideas, while unmasking previous assumptions on law, have also provided the current categories through which we evaluate and assess—whether consciously or not—our existing institutions, rules, reforms and practices. ALR has tremendously influenced the way most of our legal experiences have been framed, conceptualized, evaluated, and therefore, accepted or rejected in many areas of law: commercial law, contract law, tort law, international law, and civil justice. Realists’ thoughts created a new standard for understanding legal practices that has become part of our shared common mentality. Consequently, we often judge today’s legal institutions as good or bad, or useful or ineffective, through Realist’s eyes—and this is clearly a result that could be characterized in normative terms. This point will be tackled more in details later, when addressing how Realists’ ideas have *unintentionally*, but significantly, shaped one of the most important global tendencies of today’s world, namely the Alternative Dispute Resolution (hereinafter: ADR) movement and the privatization of civil justice<sup>8</sup>. But this very argument could be easily made general: we are all living in a “post-realist” world and—as Elizabeth Mensch has correctly remarked (2010, pp. 34-35)—there is “no return to the naïve confidence of the past”.

## 2. The Pragmatic Foundations of American Legal Realism and its ‘Methodological Normativism’

The question in what sense, and to what extent, Realists endorsed a normative theory of law is a still much-debated one. It is a topic that could be tackled from a variety of perspectives. For current purposes, this part elaborates upon what could be called the “methodological normativity” of ALR, that is a set of opinions on how methods of taking decisions (and, emblematically, adjudication) should be designed and arranged. Since this kind of “normativity” drew on, and is consistent with, the adoption of pragmatism as the philosophical foundation of ALR, a brief account of those key ideas of pragmatism that are relevant for the Realist view of decision-making procedures and—as it will be argued—for a better understanding of today’s ADR revolution is, thus, necessary.

<sup>6</sup> For a thorough account of the works and ideas of Charles Clark, both as a theorist of ALR and as a reformer, see Marcus (2010).

<sup>7</sup> Openly recognizing the debt with Legal Realism, see Bell (1992).

<sup>8</sup> See *infra*, paragraph 4.

As this article argues, there is a continuum in the basic rationale not only between Pragmatism and ALR, but also between Pragmatism and what I identify as the “ADR legal thought” — namely, that cluster of beliefs, doctrines and conceptions about law, rules and justice that is shared and embraced by ADR proponents—. The parallelism between these three approaches is striking. In short, Pragmatists adopted the so-called “methodological functionalism”, i.e., a problem-solving posture as a method of taking decision, and emphasised the role and the capacity of facts in determining the content of those decisions; therefore, they purported a contextual and plural version of truth. Similarly, both Realists and ADR theorists adopted, and still adopt, a functional view of rules, put an emphasis on the importance of considering the totality of factual circumstances (broadly conceived) as an element for solving conflicts, and thus champion a contextual-dependent and contingent version of justice.

It is well-known that ALR’s philosophical foundation is American pragmatism, since its inception: Oliver Wendell Holmes was a founding member of the ironically-titled ‘Metaphysical Club’ of Pragmatists in Cambridge (Massachusetts), he participated in it, although only initially, and attended some of Charles Peirce’s lectures<sup>9</sup>.

For present purposes and for simplicity’s sake, pragmatism will be here considered as a method of reasoning, or a general attitude<sup>10</sup>, that could be summarized as follows: concepts and hypothesis are to be assessed *only* in the light of their practical consequences —i.e. for their implications for experience in specific situations—<sup>11</sup>. This claim could be labelled as “methodological functionalism”. Methodological functionalism is based on the exigence that solving specific problems is the task of knowledge. Concrete problems should be the starting point of every human inquiry, and people should think afresh to solve them. Previous rules and, more generally, traditions should be merely seen as guides, tentative devices we should be ready to willingly change if proven wrong, namely if they lead us to undesirable results. Of course, our capacity to solve problems relies upon the completeness of the information available, namely upon the amount of data we have about the particular experiences, contexts, events at stake. The more we know about the world, the better we would be able to give answers. Therefore, the ‘road’ that goes from the problem tackled to the desirable solution, i.e., that goes from doubt to belief, should therefore be free from any undue, and empirically unverified, influences. It follows that, if an assertion permits to solve a problem, then that assertion is *true*. Truth is characterized as usefulness, and “rightness” as “fitness”. If, for Pragmatists (and specifically John Dewey and William James), truth is defined only in terms of utility and its validity depends (pragmatically and empirically) upon its success, then truth is contingent, *plural*<sup>12</sup>.

This is what William James in his classic contribution (1907, p. 30) famously called the “instrumental view of truth”, defined as:

any idea that will carry us prosperously from any one part of our experience to any other part, linking things satisfactorily, working securely, simplifying, saving labor; is true for just so much, true in so far forth, true *instrumentally*. This is the “instrumental” view of truth.

<sup>9</sup> On the pragmatic foundations of Legal Realism, see Haack (2018). See also Bix (2008) and Alberstein (2002). On the variety of pragmatist traditions and their impact on law, see Haack (2005).

<sup>10</sup> As Posner (2003, p. 26) pointed out: “pragmatism is more a tradition, attitude, and outlook than a body of doctrine”.

<sup>11</sup> Generally, on pragmatism as a philosophical movement, see Legg and Hookway (2019).

<sup>12</sup> However, for important specifications on the “pragmatic conception of truth” see Capps (2019), Haack (1976), and Rorty (1990).

These words have been reported as they are crucial to understand the notion of justice Realists supported, which is very similar, in turn, to the one ADR exponents today argue for. Pluralism of truth for Pragmatists translated into pluralism of justice for Realists and ADR proponents. Truth, for Pragmatists, is what solves a problem. Similarly, justice in Realists’ eyes is what solves a legal problem. Rightness, for Pragmatists, is fitness (to a situation). Similarly, justice, for Realists and ADR scholars, is fitness (to a legal controversy). These points will be discussed more at length later on<sup>13</sup>. Suffice here to note that in the pragmatic worldview there is no room for conceptualism, formalism, abstraction, dogmatism, absolutes values, nor for the mechanical operation of antecedently-fixed concepts, ready-made principles, answers, traditions, patterns of thought, and a-priori ways of thinking. The validity of any assertions is always to be assessed on a case by case basis, depending on their capacity to provide good solutions to particular problems of particular contexts, at particular times, and for particular individuals. Overall, according to Pragmatists, a good method of inquiry and a good amount of empirical data is all that we need to progress. If we possess these elements, the outcome will follow almost automatically. To paraphrase a Lon Fuller’s statement, Pragmatists’ attitude could be summarized like that “If we do things the right way, we are likely to do the right thing” (in Fuller, 1948, p. 204).

This philosophical method had an enormous impact upon Realists and upon their way to conceive decision-making procedures and the notion of justice. Indeed, as a general matter, Realists, likewise Pragmatists, agreed upon the methodological functionalism or “pragmatic instrumentalism” (Summers, 1981) sketched above.<sup>14</sup> For them, as Karl Llewellyn remarked, rules are only “means to ends” and they hold meaning only “insofar they are means to ends” (Llewellyn, 1934, p. 205). What those “ends” should be, thought, is rarely stated with clarity—hence the accusation of “moral relativism” often pronounced against Realists (and Pragmatists, too), and most of the times without good reasons—. But even if the accusations of moral relativism were true—i.e. if all Realists were really absolutely indifferent to the ends legal systems should pursue, which is not the case<sup>15</sup>— this does not mean that they did not have, or at least some of them had, clear normative ideas on how, and through what method, to achieve those ends, whatever they might be. This aspect of normativity could be dubbed “methodological” (or “formal”) because it is not concerned with the ultimate ends of law or justice (i.e., what should be done) but rather just with the best method for achieving them (i.e., how it should be done). This methodological normativism is most evident when applied to adjudication and legal processes—which are, at their core, nothing but methods to take decisions—.

To clarify: rarely Realists have provided a sharp criterion according to which is possible to tell the difference between a “just” law and an “unjust” one, or between a “just” decision and an “unjust” one in a substantive sense. But many of them have had clear ideas on what a good method for deciding cases (i.e., adjudication) should look like and how it should be designed or arranged normatively—i.e., the “forms” of adjudication, in Lon Fuller’s sense—<sup>16</sup>. For example, as we shall see, adjudication *should* allow a complete gathering of all the relevant information, and it *should* enable the judge to decide by relying on the totality

<sup>13</sup> See *infra*, paragraph 4.1.

<sup>14</sup> On the methodological functionalism of Legal Realists, see the works of Cohen (1937; 1935; 1934), and Clark (1929).

<sup>15</sup> The fact that the ultimate goals of the legal system mattered for Legal Realists has been recently demonstrated—at least in tort law, and at least taking into account the writings of Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn and Leon Green—by Ursin (2012a; 2012b).

<sup>16</sup> “By forms of adjudication I refer to the ways in which adjudication may be organized and conducted” (Fuller, 1978, p. 354).

of factual elements, it *should* emphasise his responsibility, and it *should* not unduly constrain him with unnecessary formalism, and so on.<sup>17</sup>

### 3. Charles Edward Clark's "Procedural Philosophy"

Among Realists, Charles Edward Clark (1889–1963) was undoubtedly a prominent "methodological normativist" or a "nonquietist", in Brian Leiter's words. Theoretically and practically he put forward an ambitious reformist agenda of civil justice, inspired by guiding-ideas characteristically belonging to Realism and to the pragmatic tradition. In addition, having served as Reporter for the Advisory Committee for the Reform of the Federal Rules of Civil Procedure (hereinafter, FRCP), he managed to translate his procedural philosophy into reality. In fact, not only he advised that reform, but he is widely, and rightly, considered as the main "inspirer" and the true "father" of it.<sup>18</sup>

Charles Edward Clark lived the legal experience in its entirety. He was attorney, distinguished scholar, and a member of the judiciary. He graduated in law from Yale College in 1913. After a brief period in private practice and as a Republican politician in Connecticut, he began his law career at Yale faculty in 1919, in a time in which Yale started to be a major hub for Legal Realism. At Yale, he went through the whole academic path, becoming first Sterling Professor of Law and then Dean of the Law School, from 1929 to 1939. In 1938 he also served as a Special Assistant Attorney General for the Antitrust Division in the U.S. Department of Justice. Eventually, in 1939 he was nominated Judge for the Second Circuit on the U.S. Court of Appeals until his death, in 1963. Although, lamentably, his name does not appear in most of today's discussions about Realism, he was recognized by his colleagues and other best-known exponents of the movement as a Realist, and himself self-identified as such.

Clark's Realism emerges with great evidence in his "procedural philosophy", or, as it has been called, in his "procedural jurisprudence" (Marcus, 2010, p. 451).

But what does it mean? Which is the distinctive feature all Realists must have to be legitimately called "Realists"? It is not only the faith in anti-formalism and anti-conceptualism but —more crucially— the entrenched faith in the power of facts to determine the content of a decision (and of a legal decision in particular). This is what Brian Leiter called the "Core Claim" of Legal Realism, namely that claim that is common to all Legal Realists, and despite their many differences: "in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the facts" (i.e., "non-legal reasons"). Or, to put it more straightforward, all Realists agreed upon the statement 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 rules of law" (Leiter, 2007b, pp. 21-22)<sup>19</sup>. With Realism, facts took centre-stage. Of course, by "facts" here is meant not only those made relevant by the applicable legal rules (otherwise the Core Claim would sound obvious and redundant), but —more comprehensively— all the underlying facts of the case, including the ones deemed relevant by the parties themselves or by the judge, the wider

<sup>17</sup> Brian Leiter has argued that many Realists were, from a normative viewpoint, "quietists" (such as Jerome Frank), while others (such as Karl Llewellyn) adopted a more subtle version of quietism that could be described as a "ratification of what happens". In his own words: "A more subtle version of quietism, however, is apparent in Llewellyn's work. Here the Realists are not entirely silent on normative questions; they simply give as explicit advice that judges ought to do what it is that they largely do anyway" (Leiter, 2005, p. 58). Compare also Leiter (1996, p. 277; 2007b, p. 63, footnote 18). As David Marcus put it, Realists often derived the "Ought" of the law from the "Is" of reality (see Marcus, 2010, p. 465-470).

<sup>18</sup> Acknowledging Clark as the most important figure in the drafting of the FRCP, see, e.g., Rodell (1965); Smith (1976); Subrin (1991).

<sup>19</sup> As Brian Leiter recalls, Karl Llewellyn speaks of the "fact-pressure of the case" (Llewellyn, 1931, p. 1234) or, differently stated, of "the sense of the situation as seen by the courts" (Llewellyn, 1960, p. 397).

“social reality” as well as the expectations of the parties, especially when deciding commercial disputes (Leiter, 2007b, p. 22).

In Clark’s view this descriptive claim becomes a normative command: judges *should* respond primarily to the stimulus of facts rather than formal rules, in order to achieve just results. Judges—in Clark’s view—not only are not, but should neither be, primarily rule-responsive, but primarily fact-responsive.

This broad ideology inspired the architecture of the FRCP and exemplifies perfectly how the underpinnings of ALR were translated into enduring legal reforms. A caveat, however, is needed. The following parts (3.1. and 3.2.) will not be concerned in detailing how and which of Clark’s opinions have been translated technically into the FRCP. Rather, the goal is, less ambitiously, to delineate his leading ideas, so to say, in a functional way; his contributions that interests here most are those that express in a fashion consistent with ALR the features of rules, decision-making procedures, and justice that—as it will be suggested—inform also the current tendencies towards a “privatization of dispute resolution” that we are experiencing at a global level, rendering it a true “Realist project”.

### 3.1. Clark’s Legal Realism as a Theory of Procedural Rules and Judicial Function

In his writings, although in a fragmented way, Clark exposed a sort of “general theory of adjudication”. He formulated (a) a theory of procedural rules, (b) a theory of judicial function, and (c) a theory of legal decision. These three theories are closely-intertwined. It could be said that the first one (the theory of procedural rules) is derived from the second one (theory of judicial function), so it is appropriate to begin by delineating the latter.

By and large, Clark purported a “pragmatic method” of judicial decision-making, i.e. a method oriented to the consequences. On the one side, he expressed open recognition of judicial powers and their virtues. On the other side, he insisted in the necessity that the judge should be responsible—in his own’s eyes, and in the eyes of the public—for the way in which he decides. Here, Clark’s Realism is evident: it is never the law that decides the dispute, but the decision-maker. Salvatore Satta, the great Italian civil procedural law scholar of the last century, who could be labelled himself a Realist, so expressed this idea in his brief but dense book *The Mystery of Process*: “the reality is that the one who kills is not the law-maker, but the judge; it is not the law, but the judicial pronouncement” (Satta, 1949, p. 17)<sup>20</sup>. The judge should therefore enjoy a high degree of discretion but, being conscious of this, should also bear full responsibility—the two aspects being not separated—. Since the final decision realistically depends upon him, he should not hide himself behind the veil of a false formalism.<sup>21</sup> In Clark’s words: “Judges should solve legal problems with good results in particular cases as the goal [...] and the court bears ultimate responsibility for the outcomes” (Clark, 1925, p. 548).

A common metaphor used by Clark is that courts should be similar in their function to administrative agencies (Clark and Douglas, 1951, p. 767). Judges must enjoy the same ample discretion to solve legal problems as administrators, in a manner targeted to achieve good results in individual cases, and rules should not impede this task. “Courts procedures, to be workable, must be treated as a means to an end, not an end itself. Instead of being controlled by formidable rules [...] it should be operated flexibly by wise administrator exercising wide discretion” (Clark, 1934, p. 362)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> This is my translation.

<sup>21</sup> This is a common view among Legal Realists; see, e.g., Llewellyn (1962; 1942); Frank (1948); Cohen (1937).

<sup>22</sup> For a further specification of this idea, see also Clark (1961).

The judge, in his capacity, would act less as an umpire and more as an administrator, creating a less adversarial climate in courts and even facilitating settlement, if he considers so appropriate.<sup>23</sup> In this respect, Clark could be seen as an early, *ante-litteram* advocate of case-management, a major trend of today's administration of civil justice.<sup>24</sup>

The judge, not the rules, are to be the master of civil processes. The judge, so to say, is more like a director of an orchestra, who uses his "artistic" abilities in order to make the musicians play orderly together, than a passive executor of the will of the composer. As Clark put it, to skilfully direct, manage and "pilot" a case is "the perfection of the judicial art" (Clark, 1956, p. 165; reported also by Marcus, 2010, p. 499).

Clark's theory of procedural rules follows that of the judicial role just delineated. Accordingly, rules governing procedure should be crafted specifically to vest the decision-maker with ample discretion. "Procedural rules must be viewed as grants or creations of judicial power" (Clark, 1949, p. 493). "Rules should force judges to rely on their own brain" (Marcus, 2010, p. 487).

What it's seen here is a striking similarity with pragmatist philosophical thought. Just like for Pragmatists, who considered particular social problems as the starting point of human enquiry and that, to be solved, they must stimulate the free thought from the data available, so for Realists specific legal problems are the starting points that urge decision-makers (here, the judges) to think afresh and freely to appropriate legal solutions, relying upon their own knowledge.

Of course, Clark, as a proceduralist, could not think of simply getting rid of the rules of procedure. What is interesting, though, is how he conceived their relationship with the outcome of adjudication. As he evocatively said, the rules of procedure should be the "handmaid of justice". As a handmaid, their presence should never be so intense as to hinder the main job. The handmaid's task is to help and facilitate what is meant to be done, not to govern it. If this is not the case, the handmaid should be brought under control. Similarly it goes with rules: if their presence does more harm than good, then there is no choice but to "control" them (or change them). In his own words:

Although I agree [...] that a Court cannot conduct its business without a code of procedure, I think that the relation of rules of practice to the work of justice is intended to be that of a handmaid rather than mistress, and the Court ought not to be so far bound and tied by rules, which are after all only intended as general rules of procedure, as to be compelled to do what will cause injustice in the particular case [...]. A handmaid, no matter how devoted, seems never averse to becoming mistress of a household should the opportunity offer. Just so do rules of procedure tend to assume a too obtrusive place in the attention of judges and lawyers —unless, indeed, they are continually restricted to their proper and subordinate role— (Clark, 1938, p. 297).

This brief excerpt encapsulates Clark's theory of procedural rules and the spirit of his reform, characterized by the "due subordination of civil procedure to the end of substantive justice" (Clark, 1938, p. 297). The formal fairness of the procedure is not as important as the substantive outcomes it might generate. Rigid respect for procedural forms, regardless of their capacity to provide a "good" solution, is sheer non-sense. "The formal fairness of a procedure

<sup>23</sup> Although Clark said that settlement is "an important by product, though properly approached more as a desirable consequence than a compelled objective", see Clark (1951) as reported by Marcus (2010, p. 499, footnote 385).

<sup>24</sup> Generally, on this phenomenon, Resnik (1982).

(i.e., the fact that it faithfully followed a formally established process) meant nothing if the procedure did not facilitate the efficient and accurate resolution of controversies on their merits” (Clark, 1938, p. 297).

Of course, he accepted that the purpose of adjudication is to decide cases on their merits. But he did not conceive the merits of the case as its “substantive merits” formally conceived—namely, as the blind application of substantive law—but rather as a “substantively just” determination (Marcus, 2010, p. 492). What is worth noting is that Clark is always careful not to use the expression “substantive law”. He prefers the far more general, but also far more nebulous, words of “substantive justice”. For, as he refuses formalism in the conduct of litigation, he refuses formalism in the application of private law, too. If, according to the functionalist mantra of pragmatism, rules are means and not ends, the formal coherence of the decision with previously established standards is not a value *per se*. For him, the primary judicial function is—as he put it—“giving justice between man and man” (Marcus, 2010, p. 492), which is a different task from “applying the law”.

But what does it mean “substantive justice”? Can we make sense of what a “just solution” denotes for Realists?

### 3.2. Clark’s Legal Realism as a Theory of Judicial Decision

This last question can be answered to in a pretty straightforward manner. A just solution (i.e., a solution that could be labelled as “substantively just”) is for Clark and for Realists more generally the one that generates the best consequences, and not the one that interprets or applies a norm more correctly than another. And, it is evident, to reach this consequence-oriented result, decisions need to be taken “all things considered”.

It has been seen that, for Realists, judges respond primarily to facts and that, for Clark, judges should respond primarily to facts, whereas “facts” are understood in a very comprehensive fashion, including social factors and social realities as they emerge from the narrative of the parties. Clark emphasized the importance of “telling the whole story” in the proceeding. This fact-centred approach can be illustrated with an example. Clark spent a lot of efforts in criticizing the common law pleading (a moment of the civil procedure of his times) that was still characterized by an incredible formalism, the use of the forms of action and the formation of a single issue of law to be decided (Clark, 1925; Clark, 1924a). He thought, by contrast, that the parties should be allowed to present all the factual material they deemed relevant, without formalism and conceptualism. He thus advanced the introduction of the Rule 8 of the FRCP, which, still today, reads that the plaintiff, in order to initiate a suit, must just allege a “short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief”. What it’s possible to see here is that, in this formulation, the previous, conceptual distinction between “statements of facts” and “statements of law”—which gave rise to infinite disputes—is absent, and so is the term “form of action”, which was present in the early formulation (Marcus, 2010, p. 493-497; Clark, 1924b).<sup>25</sup> Clark wanted the party to describe freely and simply the series of event as they occurred, so that the outcome could “mirror” the whole factual reality in its *uniqueness*. “Every judge worth his salt will try his best to individualize each case before him so as to reach a just result to the individuals without regard to generalities” (Clark, 1963, p. 2).

<sup>25</sup> See also, analyzing Clark’s conception, Sherwin (2008).

A broader distrust for what is general, universal, and an appreciation for what is particular, specific, underpins this view. This is a common concern for Realists: Jerome Frank, for example, in his “Law and the Modern Mind” argued that generalizations lead to a “de-humanized” form of justice and called for a process of “individualization” of law (Frank, 1930, p. 191). For Realists, law generally, and legal decisions specifically, should be intended as the pragmatic response to immediate problems and questions, that differ from time to time, from context to context, from people to people<sup>26</sup>. Law becomes necessarily fragmented, a constant process of working and re-working. Law, in their view, is dynamic, not rigid; it is action, not a stasis. As Clark said, there is “nothing [...] more fluid and mobile than the law” (Marcus, 2010, p. 466). Law, to paraphrase Karl Llewellyn, is not a “Given”, but a “Doing” (“Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing”, as he wrote, 1931, p. 1222). Law, to quote Oliver Wendell Holmes Jr., is “Experience”, not “Logic” (Holmes Jr., 1881, p. 1).

It should be stressed, however, that the kind of judge delineated by Clark, although enjoying a significant amount of discretion and being responsible for it, does not act arbitrarily. His discretion is not unfettered. To understand this very point, we should remember the role of facts in both for Pragmatists and for Realists. For them, facts (i.e. empirical data, or knowledge) and an a-dogmatic use of human intelligence is all we need to solve problems. A theory of ultimate ends is not needed.

In law —as Clark will say— “facts speak for themselves” (Marcus, 2010, p. 503)<sup>27</sup>. And we have seen that by “facts” Clark and the Realists included also the wider “social realities” parties belong to as well as the “social environments” in which the dispute took place. So, the judge should “match” as much as possible the social conventions that form part of the parties’ context, so as to avoid “disconnect grow between how a judge solved a legal problem and how affected laymen might expect it to be solved” (Marcus, 2010, p. 468). This is, by the way, also the “jurisprudence” underlying the Uniform Commercial Code, that advised judges to decide cases according to “commercial practices and customary standards of fair dealing”, in an attempt to harmonize legal decisions with merchant customs and usage (Marcus, 2010, p. 469). In Realists’ view, law and the outcomes of legal decisions emerge almost spontaneously from facts. Therefore, a “fact-driven” process, along with the wise and free exercise of judicial discretion, cannot but lead to a just decision. If facts are accurately gathered and presented and if the judge focuses on the immediate problem at stake, the answer will *almost* automatically stem.

For this reason, Clark did not feel the need to delineate a theory of substantial justice, a theory of “ultimate ends”. Justice cannot be but individualized, context-depend.

The similarity between the pragmatic concept of truth and the Realist concept of justice cannot be more evident. As for Pragmatists different contexts and environments must lead to different solutions, so for Realists different fact-situations must lead to different outcomes and require thus different “justices”. If for Pragmatists truth was nothing more than the resolution of a problem<sup>28</sup>, the same could be said of justice for Realists (and for Clark surely): justice is nothing more than the resolution of a (legal) problem. Justice, like truth, is never universal, eternal, but always particular and holds only for the present.

<sup>26</sup> E.g., for Max Radin, another prominent figure in the realist movement, this meant that judges needed to “keep themselves aware that they are required to base their judgments on unique events in which non-interchangeable individual human beings are concerned”; see Radin (1931).

<sup>27</sup> Marcus (2010, p. 509) also correctly defines this view as “naïve”: “Jurisprudential opponents recognized the obvious flaw in realist reforms: facts do not speak for themselves but require a prism of substantive value to acquire meaning”.

<sup>28</sup> See *supra*, paragraph 2.

#### 4. The “Privatisation of Dispute Resolution” as an “Un-intended Realist Project”

How did Realists contribute to shape contemporary legal practices? What is, by and large, their legacy nowadays?

These questions could be answered by illustrating one of the most significant transformations (philosophically, politically, ideologically) that has occurred in the field of dispute resolution over the past decades, namely the privatisation of civil justice.

Over the past twenty years, at a global level, countless reforms, initiatives, and projects sought to encourage, if not force, the resolution of private disputes through alternative, settlement-oriented mechanisms (such as mediation, conciliation, and various forms of negotiations<sup>29</sup>) while at the same time discouraging people from going to court. As a consequence, in practically every jurisdiction of the world, the vast majority of private controversies are resolved privately prior to the judgment, or even prior to going to court, and only a small percentage of cases terminate with a judicial determination. This tendency has affected especially the two major common law countries: Professor Marc Galanter, in the United States, calls it the “vanishing” of civil trials (Galanter, 2005; 2004)<sup>30</sup>, while Professor Dame Hazel Genn, in England and Wales, calls it a “privatisation of civil justice” (Genn, 2013; 2009, pp. 65-69). These two expressions capture two different faces of the same phenomenon: the disappearance of trials in court (“the vanishing of civil trials”) caused by the concomitant outsourcing of dispute resolution to private decision-makers or, more rightly, to settlement-facilitators (“the privatisation of justice”). This transformation, however, is in no way confined to these two jurisdictions: similar trends also exist in other common law countries since long (such as Canada<sup>31</sup>, Australia<sup>32</sup>, Singapore<sup>33</sup>), and favouring extra-judicial means of dispute resolution is now a priority of current civil justice policies at European level and domestically in continental legal systems, too.<sup>34</sup>

This part is not concerned in detailing technically how this global wave of reforms has been implemented in the various legal systems of the world. Suffice it to note that, at a regulatory level, some jurisdictions have moved towards a system inspired to the technique of “nudges”, i.e. aiming to encourage early-stage or court-connected mediation and the settlement of the dispute by imposing potential monetary penalties at trial, in case of unreasonable conduct, upon the losing (or, in some cases, even upon the winning) party, but without formally questioning the dogma of the voluntariness of ADR<sup>35</sup>; other jurisdictions, on the contrary, have opted to render mediation explicitly mandatory before trial for certain matters, but not for others.<sup>36</sup>

What this part focuses on is, rather, the “ideological tools” employed by ADR advocates, broadly speaking —i.e., what purposes they set, what advantages they emphasize, and what promises they make—.

<sup>29</sup> This essay is not concerned with arbitration because —although an important ADR mechanism— it is not, normally, settlement-oriented. For the emphasis of the different “moralities” between arbitration and other ADR services in this sense, see Fuller (1962, p. 29).

<sup>30</sup> Further explanations on this trend in Resnik (2014) and Langbein (2012).

<sup>31</sup> See Farrow (2014).

<sup>32</sup> See, critically, Noone (2011).

<sup>33</sup> See Ahmed and Quek Anderson (2019), assessing comparatively courts’ encouragement of ADR between England and Wales and Singapore.

<sup>34</sup> For example, the Directive 2013/11/UE (on ADR for consumer disputes), the Regulation 2013/524/UE (on Online Dispute Resolution for consumer disputes) and the early Directive 2008/52/CE/ (on mediation, and that applies to cross-border disputes in civil and commercial matters) all go in this direction.

<sup>35</sup> This is the technique adopted in the English legal system; see Ahmed (2012).

<sup>36</sup> This is the technique adopted, e.g., in Italy. For a general account, in English, see Nolan-Haley (2012).

By considering these, it is argued that the privatization of civil justice is better understood as a legal Realist “un-intended” project<sup>37</sup>. It is said “un-intended” because Realists did not particularly encouraged settlement as a means to solve private controversies, nor they explicitly engaged themselves in sponsoring alternative dispute procedures, nor they envisaged the end of a system of public court adjudication. It is simply suggested that the ADR revolution is “realistic” in the sense that not only it shares, but takes to the extremes, too, some of the key ideas that form the basis of the Realist view about the solving of private controversies and about legal rules more generally. Indeed, anti-formalism, anti-conceptualism, a problem-solving attitude, a de-emphasis on the role of law in determining the final outcome of decisions, the importance of considering the whole factual background (including the expectations of the parties at dispute), an insistence on the need to “go beyond” what legal rules say in order to achieve a better form of justice and so on, are all principles of ALR that apply and fit perfectly to the ADR legal thought<sup>38</sup>.

Therefore, the privatisation of civil justice could be better understood as an un-intended consequence, or by-product, of the realist view of law. The privatisation of dispute resolution is a “Realist project” without knowing being one.

#### 4.1. Alternative Dispute Resolution: Anti-Formalism Vs In-Formalism, Contextualism, Particularism

Generally, the ADR legal thought —whether one agrees with it or not— has profound, far-reaching philosophical dimensions that are rarely considered and fleshed out. It conveys precise normative ideas on how conflicts should be best solved and what “doing justice” means, and it communicates them in an appealing way.

What lies at the core of its message? What is so appealing about it? Let us put apart budgetary and efficiency considerations (such as the fact that ADR services are cheaper and faster than court adjudication) that are not philosophically significant, at least for the purposes of the arguments here deployed, and let us concentrate on the values and ideals ADR promote.

To this extent, three themes will be isolated, that seem recurring most both in the Realist view of adjudication and in the ADR legal thought (and in the Pragmatic philosophical tradition, too). The first one is the solving-problem approach and, therefore, the refusal of formalism in the conduct of the process; the second one is the emphasis of the role of facts in determining the solution of the case, and the third one is the concept of “individualized” justice.

(1) The first theme is the conception of the process of dispute resolution as a “problem-solving” mechanism (Menkel-Meadow, 1984). Of course, the logic of “problem-solving” is

<sup>37</sup> There is another sense in which the ADR can be understood as an institutional consequence or a “by-product” of Realist thought, and in particular of the Realist basis of the reform of the FRCP. This lies in the fact that the movement toward the privatization of civil justice that the United States has experienced is due, at least in part, to the enormous costs of going to court. The FRCP have designed such a complex and powerful machinery, equipped with instruments and mechanisms in order to achieve the best results, that has revealed itself simply too costly to afford. In this light are to be seen the efforts, put forward by the entire oeuvre of Mauro Cappelletti, aimed at enhancing access to justice by improving ADR (the so-called “third wave” of the Access to Justice movement). For all these reasons, see Cappelletti (1993).

<sup>38</sup> This link has been rarely done explicitly. There are, however, two notable exceptions. One is represented by Carrie Menkel-Meadow, one of the leading experts and advocates of ADR mechanisms. In a much-cited article of her (1995, p. 2677) she writes: “I have often thought of interest-based negotiation and mediation as a legacy of legal realism. They are adaptive expressions of the interaction of the “law on the books” with the needs and interests of real people”; and in another essay (2004, p. 12): the “focus on “disputing process” de-centers —but does not eliminate— law as the primary variable explaining how disputes are resolved [...] was a natural derivative of the school of legal realism”. The other exception is represented by an article of Robert Rubinson (2017) who explicitly examines the connections between Realist legal thought and the practice of mediation (also quoting and building upon the work of Northrop (1958)).

framed and conceptualized differently in the Realist and in the ADR paradigms. Most obviously, in the first one is the judge that is the one called to solve authoritatively the dispute, while in the latter are the parties that are meant to be the “solvers” of their own issues. Also, while ADR services intuitively require the cooperation and negotiation between the parties, this element is generally extraneous to the Realist conception of adjudication<sup>39</sup>. However, despite their differences, both these approaches share, at their core, the same ideology—that is conceiving a dispute as a problem to be solved—. The words here are important. Thinking of a dispute as a problem, indeed, means *per se* conceiving the final outcome of the procedure—be it a binding judgment or a settlement—as the solution of that very problem. And solutions, by definition, are assessed only on the ground of their capacity to be effective, responsive, satisfactory, adequate, not for being “formal” or “coherent” or “consistent with previous determinations” or “fixed”. A solution that is taken just for being “formally mandatory”, or because it automatically and mechanically proceeds from general principles or long-held traditions, and regardless of its actual “solving potential”, is not a solution at all, in the strictest sense of the word.

This means that both paradigms—i.e., the Realist view of adjudication and the ADR logic—agree upon the point that formalism is to be rejected. *Does this decision represent a good solution to the legal problem that has been posed? Does it solve the issue at stake, in a satisfying manner, in the real world?* are, normally, questions that a judge does not ask himself, nor he is supposed to, within the formalist framework of law, where all that matters is whether the legal judgment is logically and deductively a consequence from the law or not<sup>40</sup>.

Of course, it should be made clear that formalism is rejected both in the conduct of the process (i.e., procedurally) and in the content of the final outcome (i.e. substantially).

Procedurally speaking, for Realists, the rules that govern the process are seen as something that, although necessary, should not interfere with the task of doing justice.

This is their “anti-formalism”. The ADR thinking takes to the extreme this view; procedural rules are not simply “tolerated” as long as they do not hinder the task of doing justice, but they are not “tolerated” at all. In the ADR view, forms are considered *per se* as something that render more difficult doing justice, while the absence of any formalities is deemed inherently superior (“in-formalism”). Therefore, ADR are not “anti-formal” means of solving disputes, but—more radically—“in-formal” ones.<sup>41</sup> Indeed, in ADR services, parties can normally choose how to organize their own interactions, decide what to discuss in them, and in what way to do it. By refusing adversarial litigation and favouring informal discussion and free conversation—so goes the thought—they promote autonomy and self-empowerment and are, as such, capable to eventually provide a better, “warmer” kind of justice (Smith, 1978), in a way that better suits our postmodern world (Menkel-Meadow, 1996)<sup>42</sup>. Of course, this is quite a radical interpretation of the phenomenon. Concretely today’s ADR practices are moving towards a hybridization, where different forms of in-formal, semi-formal means and even adjudication coexist together (think about services such as “med-arb”, “early neutral evaluations”, “summary

<sup>39</sup> Although Clark himself proposed that the judge, using his powers of case management, can invite parties to settle the case, see *supra*, paragraph 3.1., text and footnote 24.

<sup>40</sup> Of course, this is an oversimplification of a complex ideology; see, for a more balanced and positive account, see Schauer (1988); Leiter (2010).

<sup>41</sup> The debate over the function of “forms” in dispute resolution is a complex one and cannot be tackled adequately here; for example, for an argument that “forms” are fundamental in protecting minorities and weak parties against prejudice, see Delgado, Dunn et al., (1985) and more recently Delgado (2017).

<sup>42</sup> It is worth stressing that in this scholarship (that could be dubbed “postmodern”) trial is understood traditionally (i.e. in a non-Realistic fashion), and this is the reason why ADR scholars strongly oppose to it.

jury trial”, “mini trials”, and the like, each of which enjoys a different degree of formality<sup>43</sup>). But, in essence, in its purest version, the ADR view sees any kinds of formality suspiciously.

(2) In ADR thinking formalism —as it has been said before— is rejected also from a substantial viewpoint. For ADR supporters, parties should be as much free as possible to construct the content of the settlement regardless of what the rules of the law might say over specific points<sup>44</sup>. When Lon Fuller, describing the process of mediation, pointed out that its specific morality lies in the fact that it “liberates parties from the encumbrance of rules [...] without the aid of formal prescriptions laid down in advance” (Fuller, 1971, pp. 325-326), he expresses an exigence that it is shared with Realists. Just like for Realists (and Pragmatists in philosophy as well) facts, not rules, should be the only guiding-factors in solving controversies. But here, too, the ADR view takes one step further Realists’ de-emphasis of formal legal rules in determining the decision. For ADR supporters, the whole context in which the dispute arose is to be taken into account, including disputants themselves understood in their capacity as concrete individuals, with their personal histories, experiences, desires, preferences, aspirations, needs, exigencies, material resources, conditions, possibilities, and the like. Anything could, and should, be discussed. Emotions too are considered “facts” for the purposes of the solution of the conflict (Shapiro, 2002). This is crucial, for example, when it comes to the so-called “transformative mediation” —namely that kind of mediation that, in its most ambitious version, aims to transform “existentially” the parties and to make them shift towards each other (Baruch and Folger, 1994)—. As Robert Baruch Bush and Joseph Folger —two leading American experts in this field— noted: “there are facts in feelings” (1996, pp. 271-272).

(3) Such an intense emphasis upon the broad context of the dispute and on the specific environment in which the dispute arose inevitably leads to see and treat every conflict as unique. The more facts enter the process, the less we will be inclined to consider the controversy at stake as belonging to a wider class. Similarity, after all, is just a matter of simplifying complexity and the variety of experiences. In traditional, formal legal thought, controversies are always seen as a part of a larger group, namely as instances of a general scheme which is defined by a common factual element. That is how law operates. Law-makers, in drafting legal norms, necessarily take into consideration some facts and leave out others. As Hans Kelsen famously put it: “to legislate means to generalize” (“*Gesetzgeben heißt verallgemeinern*”, Kelsen, 1925, p. 232). As such, justice, understood in its formal sense, requires that every controversy included in the same category be solved through the same solution, which is provided by the law once for all<sup>45</sup>.

Realists and to an even major degree ADR theorists embrace a radically different view. In the ADR thought, two cases alike simply do not exist; and as long as cases are always different, so have to be the remedies, too. These need to be individualized, particularized, imaginative, creative; they should be able to provide different things from what the justice system typically provides —for example, non-monetary remedies, such as apologies—. <sup>46</sup> There is not a “one-size-fit-all” solution. Justice, in the ADR perspective (and in Realist legal thinking, as we have seen) is not a universal concept, but it is mostly defined by

<sup>43</sup> See, for a thorough description of those mechanisms, Menkel-Meadow (2013).

<sup>44</sup> In this sense, ADR procedures are alternative not only to adjudication, but to law more generally; see, for this intuition, Calvo Soler and Ferrer Beltrán (2007).

<sup>45</sup> This feature is called “Law’s abstract judgment” and it has been recently investigated from a philosophical viewpoint by Lucy (2017).

<sup>46</sup> See, e.g., Pavlick (2003).

those who are directly engaged in it. For ADR scholars, justice, by definition, cannot be but particular; a “general justice” is an oxymoron. Justice, like truth for pragmatism, is a question of “fitness”<sup>47</sup>.

However, the consequences of characterizing every dispute as unique, and thus every just solution as necessarily tailor-made, should not be taken lightly. If every controversy, and therefore every solution, is different from one another, then *nothing* is foreseeable. If neither controversies nor the ways in which they are solved follow certain predictable patterns, then the legal world is just composed of a plethora of determinations we could not make sense of. This means that in the ADR legal though the need for legal certainty, understood as the exigence to be able to predict how possible disputes might end, ceases (normatively) to be a value worth pursuing.

## 5. Conclusion

What this article has sought to unveil is a sort of “line of continuity” between classic Pragmatism, Legal Realist thought, and the current practice of Alternative Dispute Resolution as a way to end disputes. Basically, those are all ideologies (or mentalities) that reject formalism and universalism and embrace a process of “individualization” (“particularization”), either of truth or justice.

Now that the ADR message has a global reach and its “rhetorical force” is so pervasive, the transformation it purports in our way to look at law deserves careful attention. Forty years ago, the great English jurist Patrick Atiyah observed an existing tendency in the common law world that he dubbed “from principles to pragmatism” (Atiyah, 1980; 1987). That trend was marked by a preference for the concrete over the abstract, the pragmatic over the theoretic, the exception over the general, and more generally by a form of legislating that created on purpose greater spaces for judicial discretion. The motive underpinning that shift was the desire to achieve, in a pragmatic way, particular justice in specific cases before the courts. He also lamented that the implicit philosophical assumption was that “justice can only be done by the individualized, ad hoc approach, by examining the facts of the particular case in great detail and determining what appears to be fair, having regard to what has happened” (Atiyah, 1980, p. 1259).

What Professor Atiyah was detecting was a transformation occurring within the (English) judiciary and legislation, but it is exactly what is conveyed now, by and large, by the ADR revolution at a global level. Highlighting these pragmatic and Realist roots of all ADR mechanisms, and of mediation in particular, will help to see more clearly through the not-so-transparent waters of the privatization of dispute resolution, assess its strength and weaknesses as well as its advantages and risks.

## Bibliographical references

- Ahmed, M. and Quek Anderson, D. (2019). Expanding the Scope of Dispute Resolution and Access to Justice. *Civil Justice Quarterly*, 38 (1), 1-8.
- (2012). Implied Compulsory Mediation. *Civil Justice Quarterly* 31, 151-175.
- Alberstein, M. (2002). *Pragmatism and the Law: From Philosophy to Dispute Resolution*, London: Ashgate.

<sup>47</sup> *Supra*, paragraph 2.

- Atiya, P. (1987). *Pragmatism and Theory in English Law*. The Hamlyn Lecture. London Stevens and Sons.
- (1980). From Principles to Pragmatism. Changes in the Function of the Judicial Process and the Law. *Iowa Law Review* 65, 1249-1272.
- Baruch Bush, R. A. and Folger, J. P. (1996). Transformative Mediation and Third-party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice. *Mediation Quarterly* 13 (4), 263-278.
- (1994). *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers.
- Bell, D. (1992). Racial Realism. *Connecticut Law Review* 24, 363-379.
- Bix, B. B. (2008). Legal Philosophy in America. In: Misak, C. (ed) *The Oxford Handbook of American Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Calvo Soler, R. and Ferrer Beltrán, J. (2007). Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico. In Varano, V. (ed), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè.
- Cappelletti, M. (1993). Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review* 56 (3), 282-296.
- Capps, J. (2019). The Pragmatic Theory of Truth. In: Zalta E. N. (ed) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/truth-pragmatic/>.
- Clark, C. E. (1963). The Limits of Judicial Objectivity. *The American University Law Review* 2, 1-13.
- (1956). Objectives of Pre-Trial Procedures. *Ohio State Law Journal* 17, 163-170.
- (1951). Book Review (reviewing Nims, H. D., Pre-Trial, 1950). 51 *Columbia Law Review* 25, 69-78.
- (1949). Special Problems in Drafting and Interpreting Procedural Codes and Rules. *Vanderbilt Law Review* 3, 493-508.
- (1938). The Handmaid of Justice. *Washington University Law Quarterly* 23(3), 297-320.
- (1934). The Cause of Action. *University of Pennsylvania Law Review* 82, 354-362.
- (1929). Methods of Legal Reform. *West Virginia Law Quarterly* 36, 106-118.
- (1925). History, Systems and Functions of Pleading. *Virginia Law Review* 11, 517-552.
- (1924a). The Real Party in Interest. *Yale Law Journal* 34, 259-276.
- (1924b). The Code Cause of Action. *Yale Law Journal* 33, 817-837.
- Clark and Trubeck, D. M. (1961). The Creative Role of Judge: Restraint and Freedom in Common Law Tradition, *Yale Law Journal* 71, 255-276.
- Clark and Douglas, W. O. (1951). Law and Legal Institutions. In Cohen, M. R., Cohen F. S. (eds.) *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*. New York: Beard Books.
- Cohen, F. (1937). The Problem of a Functional Jurisprudence. *Modern Law Review*, q.
- (1935). Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review* 35, 809-849.
- (1934). Modern Ethics and the Law. *Brooklyn Law Review* 4, 33-50.
- Curtis, M. J. (2015). Realism Revisited: Reaffirming the Centrality of the New Deal in Realist Jurisprudence. *Yale Journal Law and Humanities* 27, 157-200.
- Danzig, R. (1975). A Comment on the Jurisprudence of the UCC. *Stanford Law Review* 27, 621-535.
- Delgado, R. (2017). The Unbearable Lightness of Alternative Dispute Resolution: Critical Thoughts on Fairness and Formality. *SMU Law Review* 70, 611-638.

- Delgado and Dunn C., et al. (1985). Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution. *Wisconsin Law Review* 6, 1359-1404.
- Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Farrow, T. C. W. (2014). *Civil Justice, Privatisation, and Democracy*. Toronto: Toronto University Press.
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books.
- (1948). Say it With Music. *Harvard Law Review* 61, 921-957.
- Fuller, L. L. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92 (2), 353-409.
- (1971). Mediation. Its Forms and Functions. *California Law Review* 44, 305-339.
- (1962). Collective Bargaining and the Arbitrator. In Kahn M. L. (ed.) *Collective Bargaining and the Arbitrator's Role*, New York: BNA Incorporated.
- (1948). What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers. *Journal Law Education* 1 (2), 189-204.
- Galanter, M. (2005). The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War. *Stanford Law Review* 57, 1255-1274.
- (2004). The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 459-470.
- Genn, H. (2009). *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2013). What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice. *Yale Journal Law and the Humanities* 24, 397-417.
- Gilmore, G. (1961). Legal Realism: Its Cause and Cure. 70 *Yale Law Journal*, 1037-1048.
- Glennon, P. (1985). *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*. New York: Cornell University Press.
- Haack, S. (2018). The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists. *Washington University Law Review* 95, 1049-1082.
- (2005). On Legal Pragmatism: Where Does the “Path of the Law” Lead Us? 50 *American Journal of Jurisprudence*, 71-105.
- (1976). The Pragmatist Theory of Truth. 27, *The British Journal for the Philosophy of Science*, 231.249.
- Holmes, O. W. Jr. (1881). *The Common Law*, 1881.
- James, W. (1907). Pragmatism. In *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. New York: Longmans, Green and Co.
- Kalman, L. (1997). Eating Spaghetti with a Spoon. *Stanford Law Review* 49, 1547-1581.
- (1986). *Legal Realism at Yale: 1927-1960*. Charleston: University North Carolina Press.
- Kamp, A. R. (1995). Between-the-Wars Social Thought: Karl Llewellyn, Legal Realism, and the UCC in Context. *Albany Law Review* 59, 327-367.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: J. Springer.
- Langbein, J. (2012). The Disappearance of Civil Trial in the United States. *Yale Law Journal* 122, 522-573.
- Legg, C. and Hookway, C. (2019). Pragmatism. In Zalta E. N. (ed) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* <https://plato.stanford.edu/entries/pragmatism/#PragTheoTrut>
- Leiter, B. (2015). Legal Realism and Legal Doctrine. 163, *University of Pennsylvania Law Review* 1975-1984.
- (2010). Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? 16 *Legal Theory*, 112-143.

- (2007a). Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. In Leiter B. (ed). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- (2007b). Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. In Leiter B. (eds.), *Naturalizing Jurisprudence Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- (2005) American Legal Realism. In: Golding M.P., Edmundson W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law And Legal Theory*. London: Blackwell.
- (1996). Legal Realism. In Patterson D. M. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. London: Wiley-Blackwell.
- Llewellyn, K. (1962). *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press.
- (1960). *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little Brown.
- (1942) On the Good, the True, the Beautiful, in Law. *University of Chicago Law Review* 9, 205-212.
- (1934) On Philosophy in American Law. 82 *University Pennsylvania Law Review*,
- (1931) Some Realism About Realism. Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 1222-1264.
- Lucy, W. (2017). *Law's Judgment*. Oxford: Hart Publishing.
- Maggs G. E. (2000). Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code. *University of Colorado Law Review* 71, 541-572.
- Marcus, D. (2010). The Federal Rules of Civil Procedure and Legal Realism as a Jurisprudence of Law Reform. 44 *Georgia Law Review*, 433-510.
- Menkel-Meadow, C. (2013). Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the "Semi-formal". In: Steffek, F. and Unberath, H. et al. (eds.), *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*. Oxford: Hart Publisher.
- (2004). From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context. *Journal of Legal Education* 54, 4-29.
- (1996). The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. *William and Mary Law Review* 38, 5-44.
- (1995). Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases). *Georgetown Law Journal* 83, 2633-2696.
- (1984). Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving. *University College Los Angeles Law Review* 31, 754.
- Mensch, E. (2010). The History of Mainstream Legal Thought. In Kairys D. (ed.) *The Politics of Law. A Progressive Critique*. New York: Basic Books.
- Milesm, T. J. and Sunstein, C. R. (2008). The New Legal Realism 75. *University of Chicago Law Review*, 831-851.
- Mitchell D. T. (2007). *Architect of Justice: Felix S. Cohen and the Founding of American Legal Pluralism*. New York: Cornell University Press.
- Nolan and Haley J. (2012). Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of Int'l Law and Commercial Regulation* 37, 981-1011.
- Noone, M. A. (2011). ADR, Public Interest and Access to Justice: The Need for Vigilance. *Monash University Law Review* 37, 57-80.

- Northrop, F. S. C. (1958). The Mediation Approval Theory of Law in American Legal Realism. *Virginia Law Review* 44, 347-364.
- Pavlick, D. L. (2003). Apology and Mediation: The Horse and Carriage of the Twenty-First Century. *Ohio State Journal of Dispute Resolution* 18, 829-866.
- Posner, R. (2003). *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Radin, M. (1931). Legal Realism. *Columbia Law Review* 31, 824-828.
- Resnik, J. (2014). The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. *University of Pennsylvania Law Review* 162, 1793-1838.
- (1982). Managerial Judges, *Harvard Law Review* 96, 374-446.
- Rodell, F. (1965). For Charles E. Clark: A Brief and Belated but Fond Farewell. 65 *Columbia Law Review*, 1323-1030.
- Rorty, R. (1990). Pragmatism, Davidson and Truth. In *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rubinson, R. (2017). Realizing Dispute Resolution: Meeting the Challenges of Legal Realism Through Mediation. *Nevada Law Journal* 18, 2-32.
- Satta, S. (1940, reprint. 1994). *Il mistero del processo*, Milano: Adelphi.
- Schauer, F. (1988). Formalism. *Yale Law Journal* 97, 509-548.
- Shapiro, D. L., (2002). Negotiating Emotions. *Conflict Resolution Quarterly* 20, 67-82.
- Sherwin, E. (2008). The Jurisprudence of Pleading: Rights, Rules, and Conley vs. Gibson. *Howard Law Journal* 52, 80-98.
- Smith, D. (1978). A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation. *American Journal of Comparative Law* 26, 205-216.
- Smith, M. E. (1976). Judge Charles E. Clark and the Federal Rules of Civil Procedure. 85 *Yale Law Journal*, 914-955.
- Subrin, S. N. (1991). Charles E. Clark and His Procedural Outlook: The Disciplined Champion of Undisciplined Rules. In Petruck P. (ed.), *Judge Charles Edward Clark*. New York: Oceana Publications.
- Summers, R. P., (1981). Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought. A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review* 66, 861-948.
- Tushnet, M. (1991). Critical Legal Studies: A Political History. *Yale Law Journal* 100, 1515-1544.
- Ursin, E. (2012a). Clarifying the Normative Dimension of Legal Realism: The Example of Holmes’s The Path of the Law. *San Diego Law Review* 49, 487-500.
- (2012b). The Missing Normative Dimension in Brian Leiter’s “Reconstructed” Legal Realism. *San Diego Law Review* 49, 2-36.



# EXPLAINING JUDICIAL POPULISM IN HUNGARY – A LEGAL REALIST APPROACH<sup>1</sup>

Explicar el populismo judicial en Hungría.  
Una aproximación desde el el Realismo Social

MÁTYÁS BENCZE<sup>2</sup>

University of Debrecen and Centre for Social Sciences  
Institute for Legal Studies, Hungary

## Abstract

In Hungary, some judges tend to decide cases in a way they think is popular among ordinary people. I call this phenomenon “judicial populism”. First, by analysing three cases I argue that the plausible theoretical framework of explanation of populist tendencies in Hungarian adjudication is the American Legal Realism. Then I examine the characteristics and possible explanation of judicial populism and its relation with the political populism.

## Keywords

Judicial Populism, Judicial Formalism, Theory of Adjudication, Political Populism, American Legal Realism, Hungarian Judicial Practice.

## Resumen

En Hungría, algunos jueces tienden a decidir los casos de una manera que consideran es popular entre la gente común. Yo llamo a este fenómeno “populismo judicial”. En primer lugar, a través de analizar tres casos, sostengo que el marco teórico plausible para explicar las tendencias populistas en la jurisdicción húngara es el Realismo Legal estadounidense. En segundo término, examino las características y la posible explicación del populismo judicial y su relación con el populismo político.

## Palabras clave

Populismo judicial, Formalismo judicial, Teoría de la adjudicación, Populismo político, Realismo jurídico estadounidense, Práctica judicial húngara.

## 1. Introduction

In Hungary, some judges tend to decide cases in a way they think is popular among ordinary people. I call this phenomenon “judicial populism”.<sup>3</sup> I argue in this paper that judicial populism cannot be explained correctly—and cannot even be detected—by interpreting and evaluating judgments with utmost good faith.

<sup>1</sup> This publication is part of the DEMOS project and has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme under grant agreement No 822590. Any dissemination of results here presented reflects only the authors’ view. The Agency is not responsible for any use that may be made of the information it contains. I am grateful to my reviewers for their valuable comments.

<sup>2</sup> Mátyás Bencze, professor of law, University of Debrecen, research fellow, Centre for Social Science, Institute for Legal Studies. E-mail: bencze.matyas@tk.mta.hu ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3234-0440>

<sup>3</sup> Another group within the judiciary remains more loyal to the law, and sticks to the principles of established judicial practice, even if that makes them unpopular to the point where they have to face heavy criticism or even threats from politicians and journalists. But this is another story I will analyse in a different paper.



While the version of American Legal Realism, which is commonly characterized as “rule-scepticism” (Frank, 1949), has been under permanent attack (Hart, 2012) and sometimes treated with sarcasm (Kozinski, 1993) its explanatory force has proved surprisingly strong in certain fields of adjudication (Danziger et al., 2011). The most important observation of Legal Realists is that the law (whatever we mean by this term) is flexible enough to support —on repeated occasions— legal decisions which even oppose each other (Frank, 1963). By using a wide scale of legal arguments judges can hide the extra-legal factors which influence their decision in reality. That is why maintaining the coherence of law (and judicial decisions) is not as compelling a requirement for judges as doctrinal legal scholars and many legal theorists consider it to be. That is why the always distrustful Legal Realism may be the most appropriate theoretical framework for investigating a new development in Hungarian judicial practice.

First, I describe three recent cases which are examples of this development; then, I present the possible explanations of the judicial decisions and argue that the legal realist approach is useful for revealing some extra-legal factors behind Hungarian judicial practice. Finally, I outline the sociological characteristics of judicial populism.

## 2. Three judicial decisions

In the last few years the number of controversial judicial decisions from all branches of adjudication has been increasing, and they share some common distinctive features. I will summarize three of them (all the three are criminal cases as I have expertise only in this field of law); then I will highlight the common features of these judgments and try to seek a plausible explanation for them.

### 2.1. *A millionaire shall be held in detention*

In 2013 a striking decision was issued. A Slovakian woman, mother of two children, killed four people in a car accident when driving recklessly on a Hungarian motorway. It is important to know that the perpetrator is a millionaire who has been often seen on the front pages of Slovakian tabloids. The Hungarian court of first instance sent her to prison for six years, at the same time, however, releasing her from detention and ordering her house arrest until the final decision of the appellate court was delivered. The decision on house arrest provoked a huge public outcry in a large section of the public that believes rich people always get special treatment. They were convinced that the court had made an exemption when, instead of keeping the millionaire in jail, let her return to her own home so that she could go on living her luxurious life.<sup>4</sup> Nine days later the appellate court changed the decision on the house arrest and re-ordered the post-charge detention, explaining its decision with the “flight risk” of the defendant. The appellate court presented no evidence as regards a planned flight attempt. It simply stated that she was rich enough to organize her own escape, even from a house arrest (Budapest Környéki Törvényszék, 2013). In 2014 the appeal court increased her prison sentence to 9 years. One of the reasons for the aggravation was that the accident caused huge public outcry.<sup>5</sup>

### 2.2. *Red mud disaster*

In 2010 an industrial accident at a caustic waste reservoir chain occurred at an alumina factory in the western part of Hungary.<sup>6</sup> As a consequence of the disaster toxic “red mud” killed 10

<sup>4</sup> For the media reaction see Hungarian Spectrum (2013).

<sup>5</sup> See, Janecskó (2014) and Daily News Hungary (2014).

<sup>6</sup> See, Wikipedia (2010).

people. In 2016 a judge cleared all the 15 defendants who were employees at the alumina company (from the CEO of the company to the warden of the reservoir). The decision was considered outrageous by many people.<sup>7</sup> The appeal court quashed the ruling in February 2017 and ordered a retrial. The reason was that the court of first instance did not provide sufficient reasoning for the judgement. In the repeated procedure ordered by the appellate court the trial court found guilty 10 defendants of the 15.<sup>8</sup>

### 2.3. *A fast and furious camerawoman*<sup>9</sup>

In October 2018, the *Curia* (Supreme Court of Hungary) acquitted a journalist (a camerawoman) from charges of violent attack against refugees on the Hungarian-Serbian border in 2015. The *Curia*, by reversing the judgments of lower courts, found that the journalist did not commit the crime of public nuisance when, without any lawful reason, she tripped and kicked refugees fleeing the police on the border, since the act of the journalist was not blatantly antisocial with regard to the public peace, which had been already disturbed by the fleeing migrants themselves.<sup>10</sup>

It must be added that the three cases summarized above are just a few examples from a pool of similar cases. We can find an ever-increasing number of judgments with the same characteristics (Bencze, 2014).

### 3. Legal evaluation of the decisions

As it is obvious, in the first case the mere facts of being rich and a foreign citizen cannot be the basis for detention without other circumstances that present the risk of escaping sufficiently serious. As for the final judgment, the harshness of the sentence is far above the average length of prison sentences in similar cases. In the table below I have collected the decisions that represent the judicial practice.

CASE IDENTIFIER	NUMBER OF PEOPLE KILLED IN THE ACCIDENT	OTHER CIRCUMSTANCES	SENTENCE
FBK 1993/21.	No data	No data	6 years
BH 1978.3.107	4	16 other people injured No criminal record	7 years
Bfv.317/2007/5	3	5 other people injured Has a criminal record	7 years
EH 2003.932	No data	No data	7.5 years
Kiskunfélegyháza	4	Has a criminal record	8 years
Rezesova	4	No criminal record, 2 children	9 years

Figure 1

<sup>7</sup> See, Mandiner (2016).

<sup>8</sup> See, Budapest Business Journal (2019).

<sup>9</sup> This case is from a manuscript written by the author and Ágnes Kovács titled "Judicial independence and models of court administration".

<sup>10</sup> Currently, only the press release is available is: Kúria (2018).

In the second case the appeal court used a “jolly joker” argument, namely the argument of “insufficient reasoning”. According to the Hungarian Criminal Procedure Act the lack of sufficient reasoning qualifies as a serious violation of the fair trial principle and thus can be the basis for quashing a judgement. Nonetheless, the law does not specify the required minimal extent of sufficiency, so courts of appeal can interpret this provision of the code very flexibly if they do not agree with the verdict of the trial court, and they do not have any other legal opportunity to overturn it.<sup>11</sup> It is also worth mentioning that one retired senior judge wrote a book on this case and she characterized the trial judge as one of the most competent judges she had ever seen.<sup>12</sup>

In the third case, the *Curia* delivered a decision and argumentation that greatly deviated from the coherent judicial practice, which existed in public nuisance cases. It held that the flight of the refugees had already caused disturbance, and thus the behaviour of the camerawoman could have not caused it (causing turmoil is one of the legal criteria of guilt in public nuisance cases).<sup>13</sup> This reasoning implies the absurd conclusion that everybody can kick another person without facing charges in a scene of turmoil.

#### 4. Possible explanations

From a legal formalist point of view, which requires from the judge a textualist approach combined with the correct application of legal concepts and legal institutions, the possible explanation might be that the judgements presented in every case are all the result of accidental judicial miscarriages that occur in every legal system. However, these judicial miscarriages, just like cases of medical mistreatment, stemmed from negligence or ignorance, and it is hard to believe that in all three cases —where experienced senior judges of higher courts made the decisions in a judicial panel— negligence or ignorance were the main reasons such controversial judgments were delivered. On the other hand, as we will see later, if we were simply dealing with judicial miscarriages, we would not be able to find a suspicious common tendency in all the judgments examined.

Another possible perspective is the Dworkinian approach (Dworkin, 1996). It may be that the judges in those three cases have a strong conservative-communitarian political view. At first glance, this might explain the decisions, as in all three cases judges thought that the interests of the Hungarian political community had to prevail over other legal principles such as proportionality, the right to a fair trial and equality. It is easy, however, to realize that xenophobia (in the first and the third cases) is not a moral principle, even if the majority of Hungarian citizens share this attitude. As for the second case (the red mud disaster) solidarity with victims may be the sign of communitarian attitude, but prejudice towards a company which represents “Big Money” is also a plausible explanation.

Besides this we must bear in mind that cases were decided in such a way that pleases the man or woman in the street. This mentality is not an attribute of conservative political thinking at all. Furthermore, we conducted an on-line survey amongst Hungarian judges in order to determine their judicial attitudes and our findings showed that there is no conservative majority within the judiciary (Bencze, 2013). To sum up the analysed decisions cannot be sufficiently explained either from a formalist or from a Dworkinian point of view. Following from that, another explanation should be elaborated. The starting point is that there are some common features in all the three cases.

<sup>11</sup> See, Kúria Büntető Kollégium (2012).

<sup>12</sup> See the video of the scholarly discussion on the first instance judgement in: Youtube (2017).

<sup>13</sup> See, EH 2019.03.B5

The first is that judges, although used legal arguments, did not provide their judgements with sufficient reasoning. Whether a judge engages with rule-based decision-making or with the Dworkinian model, her first-order obligation is to take all relevant legal reasons into consideration. Then, the judge has to present a transparent, coherent and convincing explanation for why she emphasized one of these reasons and not others in the decision-making process. Judges in all three cases significantly limited the number of adequate legal reasons, that is, they did not take their professional obligations seriously.

Secondly, the cases received —although to varying extents— nation-wide publicity. Judges knew that the wider public would be informed of their decisions. Besides, pressure on courts exercised by politicians was clearly detectable in all the three cases. In the Rezesova case, one prominent member of the governing party (Fidesz) shortly after the judgement of the trial court took along a cameraman and delivered a short message in front of Rezesova's residence, which he placed on his Facebook site. He expressed his disgust and, in the name of the Fidesz parliamentary faction, called on the parliamentary committee dealing with legal matters and on the minister of justice to investigate the outrageous decision that the defendant could spend her time between the two trials in the comfort of her home.<sup>14</sup> In the second case, when the ruling of the first instance court was issued, one of the leaders of Fidesz publicly denounced the judgment as outrageous and initiated a parliamentary debate about the administration of justice. He stressed that the ruling party respected the “liberal” standard of judicial independence but democratic values such as transparency and accountability should have been enforced, as well.<sup>15</sup> In the case of the camerawoman there was no direct pressure, but it is important to know that the judgment obviously fits into the hostile approach of the government towards migrants.<sup>16</sup>

Following from this, it is safe to say that the judicial decisions in the three cases were influenced by extra-legal factors in a hidden way. By “hidden way”, I mean that at the textual level of the judgments one cannot find a direct reference to extra-legal factors, they use only professional, legal-dochtrinal language. This is why Legal Realism can be an adequate theoretical framework for a more detailed examination of the tendency presented here. Legal realism is a theory which emphasizes the impact of extra-legal factors on judicial practice and, at the same time, incorporates the flexibility thesis: the language of the law is flexible enough to maintain the appearance of the legal-professional character of the decision. Legal realism also paves the way for a sociological explanation of the judicial practice.

My hypothesis is that the explanation for the judgements presented comes from an attitudinal extra-legal factor. I call this type extra-legal factor “judicial populism”. Before examining the plausibility of my explanation, I must clarify what I mean by the term “judicial populism”.

## 5. What does populism mean in a judicial context?

The term populism in the field of legal scholarship generally refers to the behaviour of the legislator. Political populism is a strategy to gain more political power by pandering to public sentiment, and professing to protect the interests of “ordinary people” against the “elite” (Canovan, 1981). One of the obvious examples is what David Garland described as “penal populism” in the field of criminal legislation (Garland, 2001).

It is my belief that populism plays a different role in judicial behaviour. Ordinary judges very rarely aspire to governmental power. That is why in the field of judicial practice

<sup>14</sup> Hungarian Spectrum (2013).

<sup>15</sup> Magyar Nemzet (2016).

<sup>16</sup> For an overview, see <http://abouthungary.hu/illegal-immigration/>

populism, at least in the form I examine it, is not a means to gain more political power. Judicial populism is rooted in a “drifting with the tide” mentality. Populist judges do not tend to confront the perceived opinion of the vast majority of people or powerful social groups, groups which, like many ordinary people, usually do not have too high an estimation of the value of traditional legal reasons in resolving sensitive legal disputes. This is the reason why I find the category of “populism” appropriate to conceptualize the phenomenon outlined here. Judicial populism, like political populism, systematically devalues the professional approach to solving problems in favour of making a decision that is popular amongst ordinary people. The pattern of the behaviour of actors is the same in both cases: they present their acts as being in the service of ordinary people and in doing so they distinguish themselves from the “elite group” (politicians, lawyers) to whom they are commonly considered to belong. This may result in a decline in expert authority in both forms of populism (Zimring, 1996).

As part of the conceptual clarification of judicial populism it may be useful to mention a caveat here. Judicial populism is not the same as popularizing judicial decisions (explaining and communicating the judgements issued in a clear and understandable language for ordinary citizens). As we could see, the decisions discussed above were populist in their result, and not in their language of argumentation.

The way I have clarified the concept of judicial populism in the last few paragraphs may make it quite obvious that I treat the phenomenon examined as a certain type of behaviour of judges. On one hand, this approach implies that populism may have an impact on the motivation of a judge when deciding a case.

There might be two main reasons for a judge to follow the populist adjudicative method. When a judge truly believes that (s)he has to take into consideration the interests and opinion of ordinary people, we can refer to this as “honest populism”. On the other hand, populism may also serve as a kind of judicial strategy, where judges follow a purpose by applying this strategy that can be clearly distinguished from the purpose of satisfying public needs and sentiments. “Strategic populism”, for example, may serve a “shield” function that can help judges, under uncertain political circumstances, to secure their institutional position through the external support of the public sphere.

In order to examine the strategic use of populism we need to turn to public choice theory. In this case we have to see courts as players in the arena of governmental politics, who tend to enforce their institutional interests by applying various strategies. I find it possible that Hungarian courts use a populist strategy in some cases as a means of fulfilling their institutional purposes. Nonetheless, we do not have enough empirical data that could justify or falsify the presence of a strategic use of populist adjudication in Hungary. That is why I scrutinize judicial populism as a form of judicial approach to legal problems and I try to discover the circumstances which have facilitated the emergence of populism amongst Hungarian judges.

What are the main attributes of this judicial approach? In order to answer this question it would be useful to compare populism with another judicial approach also driven by extra-legal considerations, namely with pragmatism.

There is a similarity between the two approaches: both of them focus on the social impact of the decision and do not care much about its legal correctness. Nonetheless, pragmatist judges consider more important to adequately reflect the social needs behind the law. Several representatives of the pragmatist approach have a clear concept of the social function of law that adjudication should serve (Posner, 1996). These versions of judicial

decision-making can be called “reflective” pragmatism, since we may discover a more or less coherent ideology which drives them in a series of judgments.

As for judicial populism, one of its essential features is that judges deciding certain cases feel bound to the views and sentiments of the “ordinary man or woman”. This serves as a solid orientation point for a populist judge in delivering a judgment. It would, however, be misleading if we characterised populism as a kind of reflective pragmatist approach. The populist approach is certainly pragmatist in a sense. For a populist judge the practical consequence of a decision does matter, rather than the inner coherency of law or the justification of moral principles. However, reflective pragmatists see judicial power as a means to achieve a certain social aim and they are sensitive to the long-term consequences of the judgement. On the contrary, a populist judge does not reflect on the deeper social consequences of his or her decision. What matters for a populist judge is the immediate reaction from the media and “ordinary people” to her decision.

From this short comparison we can conclude that if a judge deliberately breaches the standards of proper legal reasoning in order to satisfy the presumed expectation of “ordinary people”, we may talk about judicial populism.

## 6. The sociological background of judicial populism

Adjudication is a fundamentally and profoundly political activity since judicial decisions determine the life of citizens in the same way as legislative acts do. The difference between judicial and legislative decision-making can be found in their scope (any citizen or the involved parties) and not in their character. Courts and parliaments are equally entitled to impose duties on citizens on the ground that they have the authority (legitimate power) to do so (Dworkin, 1980). This authority is deeply rooted in the political settings of the society in question. Different societies therefore may have different grounds of authority (divine power, charisma of the leader, democratic legitimacy etc.). In the vast majority of modern Western societies the authority of courts, as in the case of legislation, can be derived from the agreement of the members of the whole political community (“people”). That is why courts are bound to the circumstances of politics, and their activities cannot be understood as a purely professional activity. Therefore, it is not a coincidence that populism, as it is in the case of politics, is one of the possible answers deriving from the expectations of the political community toward the courts.<sup>17</sup>

Beside this similarity between politics and adjudication there are two other tendencies that may facilitate the world-wide spread of judicial populism, namely the politicisation and mediatisation of adjudication (Hack, 2014). With increasing frequency over the past three decades sensitive political cases have been brought before courts. Moreover, in some cases —mostly criminal ones— court judgments have themselves acquired political significance.

Since the early nineties the media has also paid increasing attention to court trials, and court trials have been more and more frequently broadcasted. Some interesting cases are watched by tens of millions of viewers on a daily basis in the form of a TV show. The presence of journalists and TV cameras may have an impact on the behaviour of judges. It has been already detected that in some countries court decision are sometimes influenced by popular sentiment.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Lon Fuller has already described judicial populism as one of the argumentative strategies of judges in his famous parable of the Speluncean Explorers. It is Justice Handy who represents the populist view (Fuller, 1949).

<sup>18</sup> For example, in India: “Far too many in the Indian judicial system are reacting and responding to public sentiment and pressure with an eye on television cameras rather with their eyes blindfolded like Lady Justice. Judicial populism has become a disease, an affliction that runs the risk of creating institutional paralysis” (Business Standard, 2013).

In Hungary these tendencies have also occurred over the past fifteen years, creating the preconditions for the emergence of judicial populism. The three cases I mentioned above indicate that populism is an existing judicial approach amongst Hungarian judges. Being aware of the fact that some populist judicial decisions can be delivered in almost every period and every legal system,<sup>19</sup> the question is therefore why it might be worthwhile to examine Hungarian judicial practice from this perspective.

Research has shown that this phenomenon in Hungary is part of a general tendency that can also be detected in some of the CEE countries. In these legal systems we are confronted with a greater intensity of populist judgments than in Western countries.<sup>20</sup>

Over the past few years several surveys have revealed that Hungarian courts have adopted an explicitly majority-protective legal position in hate crimes cases (Jovánovics et al., 2013; Bencze 2014), and Hungarian justice has more frequently found Romany people guilty in one of the hate crimes (violence against a member of a community) than non-Romany ones (Jovánovics, 2013). Paradoxically, the objective of the legislation, which introduced hate crime into the Penal Code, was to protect vulnerable minorities.<sup>21</sup> In the field of sentencing a significant bias can also be detected, especially in murder cases. It seems that many judges tend to impose severe sentences on perpetrators coming from ethnic minorities. On the other hand, judges are usually more lenient when it comes to crimes committed against ethnic minorities (Ivány, 2012).

It is important to mention two facts here. On one hand, hate crimes committed against non-Romany people almost always receive nation-wide publicity; on the other hand, a survey conducted by the Hungarian Helsinki Committee referred to above did not find any difference in sentencing between Romany and non-Romany perpetrators in robbery cases which did not trigger a “threshold stimulus” for the national media. Taking into consideration that a pro-majority mentality is one of the characteristics of populism in CEE countries (Smilov, 2010), these two facts seem to support the hypothesis that the populist approach and not racism is responsible for numerous judicial miscarriages in Hungary.

Beside criminal cases, we can find the trace of judicial populism in other branches of adjudication, as well. If we scrutinize the published civil or administrative court verdicts from the past 15 years—with one exception—we cannot find cases where any fundamental rights would have overridden the right to religious freedom or religious sentiments in cases where one of the parties was the Catholic Church itself. It is an important feature of all these cases that the legal correctness of the judgements was highly controversial (Bencze et al., 2015). According to the results of the last two censuses, it is obvious that the majority of Hungarian society identifies itself as Roman Catholic. A plausible explanation of the legally arguable decisions therefore is the pro-majoritarian populism of the courts.

## 7. Judicial formalism and judicial populism

My analysis may surprise those who have studied the extensive literature of judicial styles in CEE countries. According to the predominant view, the problem with judiciaries in these countries is quite the opposite to my findings: judges generally follow a formalist adjudicative style that often leads to absurd decisions (Fogelkou, 2002; Kühn, 2004; Galligan et al., 2005; Schwartz, 2000; Falkner et al., 2008).

<sup>19</sup> For example, see IRA-related miscarriages of justice in the United Kingdom: The Guardian (2009).

<sup>20</sup> Smilov, after having examined the tendency of adjudication in Bulgaria and other orthodox Eastern European countries, comes to a similar conclusion (Smilov, 2010).

<sup>21</sup> The amendments can be found in: <http://www.parlament.hu/iromany/fulltext/00548txt.htm>

Why is the situation, at least partly, different in Hungary and some other CEE countries? First, we have to clarify the concept of judicial formalism. Formalism is often characterized as the “most-locally-applicable-rule” approach in legal decision-making (Schauer, 1991). This means that the practitioner tries to solve a given legal problem by relying exclusively on the text of the law, accepted legal doctrines and the traditional interpretive methods, without taking into consideration the wider social and legal context of the case. This model represents a judicial attitude to remaining loyal to traditional legal reasons, as they serve the idea of the rule of law the best. This attitude often lies behind the above-mentioned formalist model of adjudication.

Although this description of formalism may explain a certain type of the possible judicial approaches to “easy” or “routine” cases satisfactorily, it is certainly misleading when it comes to “hard cases” in which the law is uncertain. It is obvious that in deciding a difficult case a judge cannot bind herself to the text of the rule, since the applicability of the “most locally rule” becomes itself questionable in such cases. In this situation judges necessarily have to seek a ground for resolving the legal problem in front of them other than finding traditional legal reasons. Nonetheless, it does make sense to speak about the formalistic adjudicative approach in cases where a judge has to deal with a difficult legal problem. If a judge does not depart from traditional legal arguments in providing reasons for the judgment even in difficult cases, we can also label her method formalistic. In this case the judge’s decision cannot be deduced from the traditional legal arguments that she presents in the opinion, even though she refers only to those arguments.

On the basis of distinguishing between these two senses of the term under examination, one can see that on one hand, formalism is a certain judicial attitude (“most-locally-applicable-rule” approach), and on the other, a kind of judicial strategy (the judge presenting the decision as a logical deduction from traditional legal arguments). One can also easily realize that strategic formalism can be used not only in genuine hard cases but in any other cases where the judge intends to diverge from the results that would otherwise be required from a trained judge. Under these circumstances formalism may function as a cover for the judge’s hidden agenda.

Strategic formalism, which is quite widespread amongst Hungarian judges (Bencze, 2011), therefore facilitates the emergence of judicial populism. Judgments driven by populism cannot be criticised on the basis of relying on illegitimate reasons, because the judgment, seemingly, is supported by appropriate legal arguments.<sup>22</sup> This method, furthermore, prevents parties and the public audience from understanding the real considerations driving the judge in the decision-making process. Judicial populism therefore presupposes the strategic use of traditional legal arguments, because a judge —at least in the Continental legal cultures— cannot refer openly to public sentiment.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> The “King” of formalistic arguments is probably the often used reference to the “court’s own legal standpoint” — without any further clarification (Bencze, 2011).

<sup>23</sup> Logically, the next step would be to explore the circumstances which could cause the emergence of strategic formalism. Such an examination would lead far from the original subject of this paper. Nonetheless, two factors can be mentioned here: 1) the lack of any institutionalized quality-control mechanism against judicial reasoning (for example, we can hardly detect any real impact of scholarly criticism on Hungarian adjudication); 2) in Hungary the quality of statutory drafts counts as a serious problem. Drafters have the tendency to formulate ‘the Legislator’s Will’ in vague and uncertain terms (using the language of abstract declarations) which makes the adjudication unpredictable and somehow uncontrollable. This has led directly to the use of the oversimplified, “one-size-fits-all” type of argument which is spreading among judges and makes it easier to provide legally flawed populist decisions with token reasoning (Bencze, 2018).

## 8. The Hungarian flavour of judicial populism

Apart from the above-mentioned general tendency towards the mediatisation and politicisation of adjudication, some factors can also be identified that have a strengthening effect on the spreading of judicial populism in Hungary.

First of all, we must mention that political populism in Hungary has become stronger over the last few years. There are many unambiguous examples of the application of this political strategy. Criminal legislation in the past 10 years has followed a “classic” populist agenda (Gönczöl, 2013; Tóth, 2012; Fleck, 2014). One of the first moves the new government took in 2010 was to enact the notorious “three strikes” provision in the Penal Code.<sup>24</sup> A parliamentary majority then implemented an American style “lawful defense” making legal the murder of a trespasser under certain circumstances.<sup>25</sup> Following this, the Hungarian government declared it would uphold the literal “life” imprisonment against the decision of the European Court of Human Rights which holds that it is an inhuman and degrading punishment.<sup>26</sup> Recently, Hungarian legislation has criminalized some forms of help for asylum seekers and homelessness.<sup>27</sup>

This may generate a similar attitude on the part of the judiciary (those who have an inclination to be popular), implying that a good judge serves the people rather than being a black-letter lawyer. As the reigning political party is doing the same thing in the field of politics and legislation (e.g. “getting tough on crime”) many judges may feel her populism justified. They may think that they can only win if they follow governmental strategy.

In some cases, courts have had to deal with manifest political pressure when making certain decisions (as we could see all the three cases discussed above).<sup>28</sup> Under such pressure many judges may sacrifice their professional conviction and independence for swifter progress in their personal career.

Secondly, the value-system of Hungarian society is (according to WVS 5<sup>th</sup> wave, [Keller, 2009])<sup>29</sup> probably closer to the value-system of the Orthodox-Christian Eastern European countries than to other non-orthodox post-socialist nations. This indicates a relatively closed-minded society with a higher level of intolerance, the devaluation of human rights and liberty, the weakness of civil society and a general distrust of institutions. That is why populist judicial acts that typically hit vulnerable groups and individuals are welcomed by the majority of society. This can be the reason why judicial populism has become a serious threat to the rule of law in Hungary while it has only remained an isolated phenomenon in the Czech Republic and Poland (Smilov, 2010; Vig, 2014).

<sup>24</sup> Art. 4, Act LVII of 2010

<sup>25</sup> Art. 22, Act C of 2012

<sup>26</sup> The Case of László Magyar v. Hungary. For governmental reaction, see <http://nol.hu/belfold/trocsanyi-marad-a-tenyleges-életfogytiglan-1466965>

<sup>27</sup> The Guardian (2018) and Palfi and Tidey (2018).

<sup>28</sup> We can also find another case of open governmental pressure on courts. Following a judgement of one of the Regional Court of Appeals in which the court reduced the length of time of imprisonment of three Romany defendants who were all involved in the murder of a very popular athlete, the Minister of Justice and Public Administration sent a letter to the President of Hungarian Supreme Court. In this letter, which he wrote before the final judgment of the Supreme Court, he expressed his worries regarding the over-lenient sentencing practice of the courts, <http://m.cdn.blog.hu/at/ataszjelenti/file/Dr.%20Dar%C3%A1k%20P%C3%A9ter%20C3%BArnak%20lev%C3%A9l.pdf>.

<sup>29</sup> See also <http://www.worldvaluessurvey.org/>

## 9. Evaluating judicial populism

One cannot say that populism is an inherently negative phenomenon that we should expel from all spheres of public life. I would characterize it as a very dangerous tool, even though we need to resort to it sometimes. Taking the case of politics, there are very important messages and complex long-run political enterprises that do not have any impact on the wider public sphere unless we massively simplify them. That is why I have gathered some arguments pro and contra judicial populism.

First, we all know that the established judicial practice needs external challenges from time to time in order to be able to renew itself. Adjudication has to reflect social needs, and the requirements of the “Zeitgeist” also have to be followed somehow (in the sense the US Supreme Court did in the famous *Brown* decision). On the other hand, the populist approach oversimplifies legal-doctrinal questions and makes the law primitive and incapable of responding to the needs of a complex society.

Secondly, populism builds the image of the “Good court”, and in this way it generates public trust in the justice system. However, at the same time it violates the principles of the rule of law and equality. Thus it may have a detrimental effect on the justice system in the long run.

Thirdly, lay justice is an organic part of justice systems almost everywhere in the world. The populist approach may substitute the merely formal lay participation (which is the case in Hungary, [Badó et al., 2007]) by embedding lay attitudes in the mentalities of professional judges. Nonetheless, it is the first order duty of professional judges to enforce the internal values of the law, rather than ignore them. That is why we cannot find “pure” lay justice systems anywhere in the modern world.

Besides these reasons, there are two general objections against the populist judicial approach. First, popular wishes sometimes simply do not deserve to be fulfilled; the question of what qualifies as right or wrong in a moral sense cannot be answered by referring to the majority’s opinion (the moral-philosophical argument). Second, the “will of the people”, or the “sentiment of the public”, etc. are very confusing ideas. It is very difficult to obtain well-grounded empirical data on them (the sociological argument).

In my opinion, these arguments show us that ordinary people may have their say in justice administration but not in a crude and direct manner. The legislator and professional judges should filter the ‘will of the people’. Actually, these institutions are designed to tackle this task.

## 10. Questions, instead of a conclusion

I must emphasize that judicial populism is not the prevailing attitude amongst Hungarian judges; it is an existing phenomenon, though, which should be taken seriously. The very category of populism might need some further refining. It is possible that the category of “social conformism” better describes the phenomenon examined.

Explaining and understanding this phenomenon also requires further legal-sociological research. The theoretical questions arising from the examination of judicial populism are as follows:

The first question is whether judicial populism is a precursor of an emerging authoritarian regime, given that a populist judiciary is no longer independent, and can easily be influenced by powerful political actors.

Secondly, how can we reconcile the Internet-based and increasing democratization of the justice system and the need for a complex legal system in a heterogeneous society? The decline of expert authority is a threat to complex social systems such as the law.

And thirdly, what kind of social sensitivity would be desirable from judges? How can we distinguish between legitimate social sensitivity and illegitimate deference to the mood of the populace?

### Bibliographic References

- Badó, A. and Bencze, M. (2007). Reforming the Hungarian Lay Justice System. In P. Cserne, I. H. Szilágyi, M. Könczöl, M. Paksy and Sz. Tattay (eds.). *Theatrum Legale Mundi. Symbola Cs. Varga Oblata* (pp. 1-13.). Budapest: Societas Sancti Stephani.
- Bencze, M and Drótos, R (2015). A társadalmi tekintély szerepe az ítélkezésben — tradicionális keresztény egyházak jogai és érdekei a magyar bíróságok előtt [The Role of The Social Authority in the Adjudication —the Rights and Interests of the Traditional Christian Church before Hungarian Courts]. *Állam- és Jogtudomány*, 56 (3), 3-28.
- Bencze, M (2014). Gyűlelet bűncselekmények és “ítélkezési populizmus” [Hate crimes and ‘Judicial Populism’]. *Fundamentum*, 18 (1-2), 129-139.
- (2011). *Elvek és gyakorlatok* [Principles and Practices]. Budapest: Gondolat.
- (2013). Az alapjogok bíróság előtti érvényesülésének szociológiai háttere. [Legal Background of Enforcement of Fundamental Rights]. In B. Somody (ed.). *Alapjogi bíráskodás - alapjogok az ítélkezésben*, (pp. 102-105). Budapest: L'Harmattan.
- (2018). Obstacles and Opportunities – Measuring the Quality of Judicial Reasoning. In Bencze, M. Bencze and N. Gar Yein Ng (eds). *How to Measure the Quality of Judicial Reasoning* (pp. 87-101). New York: Springer.
- Canovan, M. (1981). *Populism*. New York and London: Harcourt Brace Jovanovich.
- Danziger, S, Levav, J, and Avnaim-Pessoa, L (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 108 (17), 6889-6892.
- Dworkin, R (1996). The Moral Reading of the Constitution. *The New York Review of Books*. <http://www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/?page=1>.
- (1980). *Political Judges and the Rule of Law, Maccabaeen lectures in jurisprudence*. British Academy.
- Falkner, G and Treib, O (2008). Three Worlds of Compliance or Four? The EU-15 Compared to New Member States. *Journal of Common Market Studies*, 46 (2), 293-313.
- Fleck, Z. (2014). Civilizációs válság és büntető populizmus [Civilizational Crisis and Penal Populism]. In A. Borbíró, É. Inzelt, K. Kerezi, M Lévy and L. Podolez (eds.). *A büntetőhatalom korlátainak megtartása: a büntetés mint végső eszköz* (pp. 149-161). Budapest: ELTE Eötvös Kiadó.
- Fogelkou, A (2002). East European Legal Thinking. *RGSL Working Papers*. <https://www.rgsl.edu.lv/uploads/working-papers-list/26/rwp4fogelklou.pdf>
- Frank, J. (1963). *Law and the modern mind*. New York: Anchor Books.
- Fuller, L (1949). The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, 62 (4), 1851-1871.
- Galligan, D. and Matczak, M. (2005). *Strategies of Judicial Review, Exercising Judicial Discretion in Administrative Cases Involving Business Entities*. Warsaw: Ernst & Young.
- Garland, D. (2001). *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, Chicago: University of Chicago Press.

- Gönczöl, K (2013). A "büntető populizmus" [Penal Populism]. *Élet és Irodalom*. <http://angelus.elte.hu/sites/default/files/B%C3%BCntet%C5%91pop.pdf>
- Hack, P (2014). Péter Hack's contribution to the conference "Az igazságügyi adatkezelésről és tájékoztatásról szóló törvény koncepciója". [http://www.birosag.hu/sites/default/files/jegyzet\\_0207\\_oszesített\\_javitott\\_ta\\_0.pdf](http://www.birosag.hu/sites/default/files/jegyzet_0207_oszesített_javitott_ta_0.pdf).
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ivány, B (2012). Minősíthetetlen szigorúság. *szuveren.hu*. <http://www.szuveren.hu/jog/minosithetetlen-szigorusag>
- Jovánovics, E (2013). A tárgyalótermek fantomja: a rasszista cigány. [http://ataszjelenti.blog.hu/2013/02/20/a\\_targyalotermek\\_fantomja\\_a\\_rasszista\\_cigany](http://ataszjelenti.blog.hu/2013/02/20/a_targyalotermek_fantomja_a_rasszista_cigany).
- Jovánovics, E and Pap, AL (2013). Kollektív bűnösség a 21. század Magyarországon: magyarellenesség vádja cigányokkal szemben két emblematikus perben. *Fundamentum*, 17 (4), 153-157.
- Keller, T. (2009). Magyarország helye a világ értéktérképén Elemzés a World Value Survey kutatás 5. hulláma alapján [The Place of Hungary in the World Map on the Basis of the 5<sup>th</sup> wave of the World Value Survey]. Budapest: Tárki.
- Kúria Büntető Kollégium (2012). A bíróságok hatályon kívül helyezési gyakorlatának elemzése Büntető ügyek 2012. Összefoglaló vélemény. Kuria Birosag. [https://kuria-birosag.hu/sites/default/files/joggyak/osszefoglalo\\_velemeny\\_2012imod2\\_2.pdf](https://kuria-birosag.hu/sites/default/files/joggyak/osszefoglalo_velemeny_2012imod2_2.pdf)
- Kozinski, A (1993). What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. *Loyola LA L Rev*, 26 (4), 993-999.
- Kühn, Z (2004). Worlds Apart. Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement. *American Journal of Comparative Law*, 52 (3), 531-568.
- Posner, RA (1996). Pragmatic Adjudication. *Cardozo Law Review*, 18 (1), 1-20.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press.
- Schwartz, B. (2000). *The struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Smilov, D. (2010). The Rule of Law and the Rise of Populism: A Case Study of Post-Accession Bulgaria. In K. Topidi and A. H. E. Morawa (eds.). *Constitutional Evolution in Central and Eastern Europe: Expansion and Integration in the EU* (pp. 270-272). Aldershot: Ashgate.
- Tóth, M (2012). Egy büntetőjogász gondolatai a "vox populi" oldalvén [A Criminal Law Scholar's Thoughts on "Vox Populi"]. [ujbtk.hu](http://ujbtk.hu). <http://ujbtk.hu/dr-toth-mihalyegy-buntetojogasz-gondolatai-a-vox-populi-oldalvizen/>
- Vig, D. (2014). Vigyázó szemetek keletre (is) vessétek! – Büntető populizmus és tömeges bebörtönzés Grúziában [Penal Populism and mass incarceration in Georgia]. In A. Borbíró, É. Inzelt, K. Kerezsí, M. Lévy and L. Podoletz (eds.). *A büntetőhatalom korlátainak megtartása: a büntetés mint végső eszköz* (pp. 457-473). Budapest: ELTE Eötvös Kiadó.
- Wikipedia (2010). Ajka alumina plant accident. [https://en.wikipedia.org/wiki/Ajka\\_alumina\\_plant\\_accident](https://en.wikipedia.org/wiki/Ajka_alumina_plant_accident)
- Zimring, F. E. (1996). Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on Three Strikes in California. *Pacific Law Journal*, 28 (1), 243-256.

## Sentences

Budapest Környéki Törvényszék, (2013). Bkf. 1033/2013/3.

## Media sources

- Budapest Business Journal (2019). Court finds ten guilty in red sludge spill case. *Budapest Business Journal*. [https://bbj.hu/news/court-finds-ten-guilty-in-red-sludge-spill-case\\_161023](https://bbj.hu/news/court-finds-ten-guilty-in-red-sludge-spill-case_161023)
- Business Standard (2013). Judicial populism. *Business Standard*. [http://www.business-standard.com/article/opinion/judicial-populism-110122900016\\_1.html](http://www.business-standard.com/article/opinion/judicial-populism-110122900016_1.html)
- Daily News Hungary (2014). Appellate court raises Rezesova prison sentence to 9 years. *Daily News Hungary*. <https://dailynewshungary.com/appellate-court-raises-rezesova-prison-sentence-to-9-years/>
- Palfi and Tidey (2018). Homeless people face prison in Hungary after tough new law is passed. *Euronews*. <https://www.euronews.com/2018/10/22/homeless-people-face-prison-in-hungary-after-tough-new-law-is-passed>
- Janeckó, Kata (2014). Súlyosbították Rezesova büntetését: kilenc év börtön. *Index*. [https://index.hu/belfold/2014/09/11/rezesova\\_masodfok\\_itelet/](https://index.hu/belfold/2014/09/11/rezesova_masodfok_itelet/)
- Kúria (2018). A megvádolt operatőr cselekménye nem valósította meg a garázdaság vétségét. Kúria. <http://www.kuria-birosag.hu/hu/sajto/megvadolt-operator-cselekménye-nem-valositotta-meg-garazdasag-vetseget>
- Hungarian Spectrum (2013). Political interference with the Hungarian Judiciary. *Hungarian Spectrum*. <https://hungarianspectrum.org/2013/12/05/political-interference-with-the-hungarian-judiciary/>
- Magyar Nemzet (2016). Bírószági ítéletekről vitázna a Fidesz. *Magyar Nemzet*. <https://magyarnemzet.hu/archivum/belfold-archivum/birosagi-iteletekrol-vitazna-a-fidesz-3971958/>
- Mandiner (2016). Vörösiszap-per: az elsőfokú ítélet miatt tüntettek Veszprémben [https://makronom.mandiner.hu/cikk/20160204\\_vorosizap\\_per\\_az\\_elfok\\_u\\_itelet\\_miatt\\_tuntettek\\_veszpremben](https://makronom.mandiner.hu/cikk/20160204_vorosizap_per_az_elfok_u_itelet_miatt_tuntettek_veszpremben)
- The Guardian (2009). The miscarriage of justice cases that came to light years later. <https://www.theguardian.com/politics/2009/may/05/miscarriage-justice-innocent-people-jailed>
- (2018). Hungary passes anti-immigrant “Stop Soros” laws. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2018/jun/20/hungary-passes-anti-immigrant-stop-soros-laws>
- Youtube (2017). Az elsőfokú vörösiszap-ítélet értékelése (pódiumbeszélgetés) <https://www.youtube.com/watch?v=3Juwye7FVo8>

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

LUCA MALAGOLI<sup>2</sup>  
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.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Luca Malagoli (Génova, 1983) es investigador en Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Correo electrónico: lcmalagoli@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”<sup>3</sup> 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 alcanzan<sup>4</sup>. 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.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Se verá, seguidamente como Llewellyn precisa tal noción.

<sup>4</sup> “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).

<sup>5</sup> 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 derecho<sup>6</sup>.

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”<sup>7</sup> (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 individua 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

<sup>6</sup> El punto es captado con claridad por el ya citado Twining.

<sup>7</sup> 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 Llewellyn<sup>8</sup>, 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).<sup>9</sup>

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.

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

<sup>9</sup> 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 crimínogenos 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”<sup>10</sup>.

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”<sup>11</sup> (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).

<sup>10</sup> 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*.

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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 engañosa<sup>13</sup>. 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”.<sup>14</sup> 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).

<sup>12</sup> 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).

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

<sup>14</sup> 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 grupo<sup>15</sup> 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 Llewellyn<sup>16</sup>. 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).

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 di Sumner es rastreada 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 consuetudinarias<sup>17</sup>. 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).

---

<sup>17</sup> 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 muerta<sup>18</sup>. 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 cuestión<sup>19</sup> (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)<sup>20</sup> 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

---

<sup>18</sup> 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).

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> 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 acuerdo<sup>21</sup>. En esa perspectiva, la cuestión de la prevención de la “desviación”<sup>22</sup> 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).

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

<sup>22</sup> 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 pertenencia<sup>23</sup>.

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).

<sup>23</sup> 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)<sup>24</sup>. 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 Llewellyn<sup>25</sup>. 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 líticas, 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

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

<sup>25</sup> 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”<sup>26</sup>. 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.

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

#### 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.

<sup>27</sup> 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.



LEGAL (POST)REALISM AND PRESCRIPTIVE LEGAL SCIENCE:  
CAN LEGAL REALISM PROVIDE NORMATIVE GUIDANCE?  
Post-realismo jurídico y teoría prescriptiva del derecho:  
¿puede el realismo jurídico proporcionar orientación normativa?

TOMÁŠ GÁBRIŠ<sup>1</sup>

Slovak Academy of Sciences /  
Institute of State and Law, Slovak Republic

### Abstract

One of the objections against both historical and current legal realism is that it is a merely descriptive approach and that it focuses only on attorneys and parties to a dispute. It is claimed that it provides no guidance for judges or other decision-making authorities on how to proceed in solving legal disputes and in applying law onto the facts. Should the objection be correct, legal realism can either give up on these ambitions completely and leave them for traditional legal theory, or it can instead move to a new, post-realist phase, and try to develop a theory of law which will be able to prescribe to real actors how to behave in a real-life situation. Economy denotes such a theory by the notion of “prescriptive” theory. This undertaking would, nevertheless, require to focus on modern theories of decision-making, behavioral economics and cognitive science, combined with (neo)institutionalist and discursive theories of law.

### Keywords

Legal Realism, Post-Positivism, Post-Realism, Prescriptive, Theory of Law.

### Resumen

Una de las objeciones contra el realismo jurídico histórico y actual es que es un enfoque meramente descriptivo y que se centra solo en abogados y partes en una disputa y que no proporciona orientación a los jueces y otras autoridades que toman decisiones sobre cómo proceder en la resolución de disputas jurídicas y en la aplicación de la ley. El realismo jurídico puede renunciar a estas ambiciones y dejarlas para la teoría jurídica tradicional, o puede pasar a una nueva fase post-realista e intentar desarrollar una teoría del derecho que pueda prescribir a los actores reales cómo comportarse en una situación de la vida real. La economía denota tal teoría por la noción de teoría “prescriptiva”. Sin embargo, esta empresa requeriría centrarse en las teorías modernas de la toma de decisiones, la economía del comportamiento y las ciencias cognitivas, combinadas con teorías del derecho (neo)institucionalistas y discursivas.

### Palabras clave

Realismo jurídico, Post-positivismo, Post-realismo, Teoría prescriptiva del derecho.

<sup>1</sup> Prof. JUDr. PhDr. Tomáš Gábriš, PhD., LL.M., MA – researcher at the Slovak Academy of Sciences and Full Professor at the Faculty of Law of the Trnava University in Trnava, Slovak Republic. He specializes in legal theory, legal philosophy and legal history. E-mail: gabris.tomas@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6862-2688>



## 1. Introduction: Criticism voiced against legal realism and possible remedies

All the most important streams of both historical and contemporary legal realism – Scandinavian, American and Genovese – imply that legal realists are critical of legal formalism and sceptical of law and its “real” functioning in practice. These common features were recently summarized by Barberis (2015, p. 235). However, they are also being accused of the fact that their approach is only descriptive (at least with respect to American legal realism this is claimed by Leiter (2007, pp. 33, 38) and that they do not offer any “normative” guidance on how to proceed within creation, implementation and application of law. Thus, the suggested challenge for legal realism is to prove it provides “guidance” for legal practice, being not only guidance for addressees of law and attorneys (as claimed by Leiter [2007, p. 61]), but also a guide for judges and other authorities of application of law, in order to help them to make and take legal decisions on a daily basis.

One of the possible inspirations and ways which legal realism can take in such an endeavor may be the road of currently popular behavioral economics, distinguishing between three approaches in economy: (1) descriptive (“positive”) economy, (2) normative economy, and recently added so-called (3) “prescriptive” economy as a third stance found in the middle between the former two. Descriptive economy namely only describes the behavior of individual actors, especially in psychological, behavioral (nowadays rather “cognitive”), or institutional (“institutionalist”) terms. Normative economy, on the other hand, prescribes ideal economic standards for an ideal world — which, however, is accused of being detached from “reality”. Therefore, a third way of so-called prescriptive economy is being developed, which “prescribes” behavior to real actors in the real world (see Pearlman, 2009). Normatively correct answers may namely not always be also “prescriptively” correct in specific situations.

Thus, given that legal realism likewise points to the need to overcome a narrowly focused formalist and traditional “idealistic” view of law, should it wish to strive for not being merely descriptive, it should similarly elaborate and offer a prescriptive view on law and legal practice. Realists should propose, on one hand, a working “prescriptive legal politics” for effective creation of effective laws and, on the other hand, formulate prescriptive guidelines for actual implementation and application of law, generally by combining several levels of the “actual/real” functioning of law: (1) individual psychological, behavioral, respectively cognitive level, (2) institutional level, meaning institutions such as courts, administrative authorities; following theories of legal and economic neo-institutionalists (e.g. MacCormick and Weinberger, 1986; Rutherford, 2001), and finally (3) a society-wide level, which manifests itself in communicative and discursive theories of law. It should therefore be a realism that is not “only” sociological and psychological, but also not “only” linguistic and analytical.

Such an attempt would be indeed a sort of post-realist, not only in terms of the next stage of legal realism, but also —as will be explained below— in terms of current philosophy and methodology of science, which is overcoming the realist/anti-realist divide itself: in not relying only on reduction to empirically observable elements (psychological and behavioral, institutional, linguistic), but rather going beyond them, towards what is called “constructive empiricism” (Fraassen, 1980, p. 41).

## 2. The crisis of legislation and resurfacing of legal realism: New impetus for legal realism?

It would be obviously futile to repeat that countries of civil law systems are witnessing a “legislative avalanche” or a “legislative whirlwind”, which not only causes confusion and difficult orientation in law for both laypersons and professionals, but is undoubtedly also one of the causes and one of the manifestations of the loss of authority of written law (legislation)

at present. However, in addition to the rapidly increasing number of laws and regulations also other problems and questions arise, trivially articulated for example as follows: how can a regulation enjoy authority if it shows errors as soon as it is adopted and must therefore be amended even before it enters into effect? Or, how to accept authority of law if a number of amendments to an Act is adopted by the legislator within a short period of time, gradually changing the whole original concept of the Act? Moreover, often even the judicial practice (especially the interpretation by Constitutional Court) subsequently adjusts the legal regulation yet further, indeed in such a way that it is essentially a new regulation if compared to its original wording. These issues arise in particular where the interpretation by courts does not even stick to the literal meaning of the text of the law (regulation), but rather adopts the interpretation *contra legem*, respectively *contra verba legis*.

All these challenges underline the diagnosis of current “legislative crisis”, manifested in a variety of outlined forms, being based on a variety of causes —be it the failure of legislators to cope with their tasks properly, or the differing views of legislature and judiciary as to the values that the law should embody—. While such a discrepancy may sometimes be explained by the abstractness and rather difficult comprehensibility of legal values (especially in the process of their weighing or balancing), there are often cases where the legislature misinterprets or fails to take into account even the values expressly laid down in legal regulations of supreme force —in particular and primarily in the Constitution. It is mostly this situation that leads to the necessity of “fixing” the text of the law by constitutionally compliant interpretation— be it even *contra verba legis*.

Current Italian legal realist, Mauro Barberis, argues in this context by resort to legal history, in order to explain the current crisis of legislation and rise of the role of courts. According to Barberis, “legislation has prevailed over other sources of law because it was applied by royal courts, because it was codified and finally because it was legitimised by the democratic ideology of the constituent power” (Barberis, 2016, p. 10).

At the same time, however, Barberis warns and diagnoses that:

if the primacy of legislation over adjudication depends on the democratic “dignity” of the first, then it runs the risk of growing dim. After all, already in the nineteenth century, the main type of legislation was not the parliamentary statute, but the code, i.e., an “aristocratic” source, since it is produced by legal scholars. Today, moreover, legislation through parliamentary initiative is a minority compared to the legislation enacted on government’s initiative, a type of law which is more technocratic and autocratic than democratic. Not surprisingly then, checks over this type of law are guaranteed not as much by democratic parliaments (which are nowadays often controlled by the executive power itself), but rather by supreme or constitutional courts, which are legitimised only by the enforcement of rights (2016, p. 12).

Barberis thus sees a number of internal, structural changes in the functioning of the legislation, which also contribute to its questioning and crisis. In the same context, he adds that the current view notes that parliamentary legislation is no longer the most important source of law —in many states “legislation is subject to the constitution, which is considered to be true law and not just positive moral” (2016, p. 12)—.

It is precisely these situations that cause that the sceptical voice of modern legal realists (including the current Italian legal realists like Barberis) becomes louder, emphasizing the actual role of judges, respectively, in general of the authorities applying law. This goes

in hand with noting a gradually weakening position of the legislator, who is functioning merely as a creator of general regulatory guidelines (on details, see e.g. Guastini, 2006) to which the content and meaning are ascribed ultimately by the authorities applying law. These authorities are thereby inevitably influenced by the current society-wide discourse, but also by institutional discourse (an institution means, for example, the whole judicial system, but also a specific court), or even a specific discourse (dialogue) in an individual case. In addition, the personality and experience (expertise) of people embodying the authorities applying law also clearly plays an important role. These factors are thereby being currently emphasized not only by legal realists, but also by the popular discursive-communicative, neo-institutional and rhetorical-argumentative approaches to law, representing the manifold manifestations of post-positivism in law.

All these facts, both individually and in their mutual context, contribute to calling into question the exclusive status of the laws (legislation) as a primary source of law within the still prevailing iuspositivist view of law as a set of legal norms expressed in a form given or recognized by the state and enforceable by the state (Knapp, 1995, p. 50). The questioning of classical definitions of law dating back to the 20<sup>th</sup> century is, therefore, being witnessed even in contemporary textbooks. This materializes e.g. by adding new non-state or transnational levels of standardization (EU law, European law), but also repeatedly emphasizing the role of the authorities applying law (being the main idea of legal realism). Ultimately, one is also witnessing the attempts at extending the sources of law by new sources such as legal custom or “lawyers’ law” (*Juristenrecht*) or other sources and systems of normative pluralism that were abandoned in legal science of continental Europe in the 19<sup>th</sup> century under the influence of legal positivism. There is no doubt that traditional lessons on law, its functioning and individual institutes are being increasingly challenged by both practitioners and legal scholars—which is being reflected in a very tangible way for example in rich polemics or discussions concerning various methods and ways of interpretation of law and legal reasoning, etc.

To sum up, if development in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries led (at least in civil law systems) to the positivist idea of law becoming identified with legislation (primarily with the acts of the parliament), the crisis of legislation at the turn of the 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> centuries gives birth to the popularity of post-positivism in its numerous varieties, reviving once again the ideas of legal realism.

### **3. Legal post-positivism and scientific post-positivism compared: Towards a new paradigm in (legal) science?**

Post-positivism in law as a special contemporary stream of legal thought has a tradition emerging since the second half of the 20<sup>th</sup> century. It is most often being associated with the names of authors such as Ronald Dworkin, Robert Alexy, Ota Weinberger, Neil MacCormick, or contemporary renowned Spanish author Manuel Atienza.<sup>2</sup> It is therefore a relatively broad and internally stratified movement, the representatives of which would probably even contest against being included into one camp. That is why some of the above-mentioned authors speak of non-positivism instead of post-positivism, or they are being categorized into other sets and streams (e.g. argumentative concept of law, etc.). Still, all of the above-mentioned authors (and many others not mentioned here) are, in our view, sharing the view of questioning the formalism of positive law, or, more precisely, the idea of formalist application of law. Yet, there are also many open proponents of positivism still around, be it

<sup>2</sup> In this list cfr. Gizbert-Studnicki (2016, p. 403-ff)

in more traditional forms of positivism (Joseph Raz) or in its newer forms, such as garantism (Luigi Ferrajoli). Finally, even the stream of natural law (John Finnis) is still active, by its very nature also being directed against positivism.

Thus, post-positivism (or non-positivism; varied in its shapes and forms) in terms of rejection of positivist legal formalism is now clearly the dominant stream — notwithstanding whether its advocates rank as legal realists, neo-institutionalists, iusnaturalists, or supporters of argumentative-rhetorical, discursive or communicative theories of law.

In this context, current Polish legal scholar Tomasz Gizbert-Studnicki (Gizbert-Studnicki, 2016) boldly articulates nine theses of post-positivism as a general expression of doubts about the correctness of positivist approach in legal science. He empirically enumerates the following features of contemporary (post-positivist) law and legal science, being in no way an exhaustive or closed list, providing only some features of the current theories labelled as post-positivist — whereby not all of the features need to be met to consider a theory as post-positivist—:

1. the dual nature of law, i.e. both the authoritarian as well as the value-laden basis of law —meaning that besides the command essence of law, its values and principles also play an important role—,
2. a non-external view of law (i.e. rather internal, dogmatic view) dominates in legal science —recommending that legal theory and legal science should remain focused on practical problems of law-making and application of law, not on the broader view of law from the “outside”—,
3. the value-laden basis of the theory of law itself —i.e. the theory of law itself should also focus on questions of values and principles in law—,
4. interdisciplinarity —i.e. the need to take into account knowledge from other scientific disciplines— e.g. economics in business law, sociology and psychology in social security law and family law, etc. (while still preserving the dominantly internal approach to law in legal science),
5. moderate cognitivism —in terms of the belief in possibility of objectively recognizable fundamental values on which a given society can agree—,
6. weighing / balancing of principles and values takes precedence over logical legal syllogisms,
7. combining law and morality —in terms of taking into account values and principles in legal theory and legal practice—,
8. the practical role of the theory of law —the theory of law as a legal discipline should serve and help to formulate guidelines for legal practice—,
9. regionalism of the theory of law —legal theory, just like law, bears its regional and national specificities, which must be accepted—.

Post-positivism in T. Gizbert-Studnicki's understanding thus clearly represents a compromise between legal positivism and the effort to remedy its deficiencies in those areas in which it clearly fails — by eliminating legal formalism and emphasizing values and principles that can never be fully (neither logically nor legally) formalized, as it would go against their very essence and meaning.

However, it is important to note that this understanding of legal post-positivism is in fact “only” an expression (or equivalent) of general changes taking place in the current scientific paradigm within all scientific disciplines (on paradigms in legal science [cf. Varga, 2012]) — due to the general questioning of the belief in scientific positivism which was popular at the

turn of the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries. This sort of scientific positivism believed in an empirical cognitivity of all fundamental laws of functioning of the world — both of nature and society, these laws being valid worldwide and immutably. Such a positivism is already abandoned in contemporary methodology and philosophy of science generally — and is apparently getting to be abandoned in the conservative legal science as well.

(Very) generally speaking of positivism in the philosophy and methodology of science, a positivist scholar (scientist) hence presupposes the real existence of objective laws that can be empirically identified and investigated. In legal science, such scientific positivism took the form of (still dominant) legal positivism, emphasizing the possibility to discover legal standards from the text of legislation and to seek for their interrelations, while providing a “scientific” guidance on interpretation and argumentation in law, rejecting any external elements. However, current views in methodology and philosophy of science call into question such view both for natural sciences and *a maiori ad minus* for social sciences and humanities as well.

The stance of “realism” thereby also has its original tradition in a specific scientific thinking and is understood in current methodology and philosophy of science in terms of the possibility of knowing the reality around us. Its opposite view is anti-realism, which denies the possibility of knowing all reality, and is limited to empirically investigable and verifiable facts. Scientific positivism (including legal positivism), which gained popularity in the end of the 19<sup>th</sup> century, thereby falls (somewhat counter-intuitively) within the category of anti-realism, since it recognizes only empirically recognizable and observable facts as the basis and sole object of scientific cognition. It denies real existence of any other elements unless scientifically observable (hence: anti-realism). In law, the empirically recognizable element thereby was, and still is, the text of the legislation, legal standards and the relationship between the various elements of legislation and legal standards.

But science in general, not only legal science, often works also with empirically unverified facts that a positivist would avoid as objects not empirically proven, and therefore “unrealistic”. A realistic approach, in contrast, considers that even such empirically non-perceivable facts can also be considered real, albeit only under the condition of their scientific (though not necessarily empirical) recognition. Such a scholarly realism involves a number of possible realistic streams — for example, a distinction can be made into scientific realism, ordinary realism, and so-called scientism. To start from the latter, “scientists” would consider knowledge to be real only if scientifically proven. Ordinary realism, on the other hand, accepts everything that one can actually observe, even non-empirically, under artificial conditions. Should one wish to further specify or divide the entities in some way, these elements could be divided into detectable and undetectable. Thus, while mitochondria, for example, are detectable, although sensually invisible, mathematical knowledge is both instrumentally undetectable and sensually invisible (Schmidt and Taliga, 2013, p. 18). Finally, scientific realism is closer to ordinary realism than to scientism, considering to be real everything that one can observe (albeit non-empirically, in artificial conditions) by accepted scientific methods.

Unlike anti-realism, realism must therefore assume and prove the existence of a reality that is not directly sensible and empirically proven but is based on scientific observations and on the use of scientific methodology. Thus, realism also recognizes non-empirical, theoretical entities (for example, mathematical values, formulas and relationships).

Returning here to the problem of legal science and its relation to realism or anti-realism, should we consider the positivist legal concept to be anti-realist, focusing solely on legal standards contained in the legislation and the relationships between these (and typically speaking of valid law as “positive law”), this concept does not seem to describe the essence

of today's law and legal science. And it did not even describe all forms of positivism in the 20<sup>th</sup> century either (just compare Kelsen with Hart). Namely, should legal science only focus on legal norms (standards), these can be clearly found and based not only in legislation, but also in sources such as the natural-law concept of human rights, in legal principles and the like. Thus, legal norms, at least those resulting from these specific non-positivist sources, have a scientific nature closer to mathematical entities —undetectable and sensually invisible entities—. However, unlike mathematical “truths”, we even lack the precise and unambiguous procedures that would lead us to the only one correct regulation, its only one correct interpretation and the only one correct way of application of the standards onto facts of a case. There is hence still a great need perceived nowadays to review and further refine the nature of legal science, which is, however, not the goal of this paper, where we rather focus on legal practice and its possible prescriptive guidelines.

Still, as already pointed out, should (legal) positivism of the late 19<sup>th</sup> century and of the predominant part of the 20<sup>th</sup> century be considered an anti-realistic approach under which legal science as a proper positivist science should only deal with empirically provable facts, which were originally considered to be the legal norms expressed in legislation, legal science should (in particular in Kelsen's view) avoid any other subject matter of its investigation, such as sociological or psychological elements in law and society, but also any examination of legal history, legal politics and so forth. (Of course, this approach was moderated in the later forms of positivism, e.g. in the works by Hart.)

However, besides the dominant positivist view on law and legal science there was also another approach coined by representatives of early non-positivist legal theories, especially representatives of the sociological school of law (sometimes identified with early legal realists) and iusnaturalists —advocates of natural law—. They recognized and accepted the existence of other elements and entities in legal practice and science, besides the legal norms expressed or based in legal texts. They namely recognized social and psychological elements, in the spirit of realism assumed to be scientifically verifiable by specific scientific methods — for example of sociology, psychology, or history. Thereby, this approach is (was) definitely not a scientism approach, but rather an approach close to scientific realism, accepting established scientific practices. Positivist anti-realism, in contrast, disputed the real existence of such entities surveyed. Nevertheless, e.g., the Scandinavian legal realists, who themselves regarded law as verbal “magic” (Olivecrona, 1959, p.133), researched even these elements in law, trying to explain them in terms of other disciplines (e.g. psychology and sociology). Thus, their approach allowed them to work both with unobservable and undetectable entities (for example, “objective property law and subjective ownership right”), as well as with empirically observable and detectable facts (for example, real behavior, court decisions).

Of course, in situations where legal scholars rank among scientific realists working with both observable and detectable facts as well as with unobservable and undetectable but scientifically recognized entities, their approach requires scientific theories that are constantly being tested against the principles of other sciences (history, sociology, psychology), while new, previously unknown entities are often being predicted and subsequently confirmed, verified or falsified (for example, new legal principles or new legal norms). However, it is also true that such postulated entities may later be denied or disproved as it often happened also within the natural sciences. Even in law and legal science, many legal regulations and theories were not proven efficient or have been abandoned, and new theories, concepts and legal institutes or institutions have been created, seeking for better regulation and hoping to achieving more successful predictions of the future behavior and actions of addressees of law.

An often-invoked argument against the indicated realistic approach in science in general, not only in legal science, is thereby based precisely on the questioning of the success of realistic knowledge of the facts, by invoking past scientific failures such as failed theories on flogiston or caloricum (Ladyman, 2002, p. 237). In addition, it is also being pointed to the fact that some phenomena can also be explained by competing theories, which may prove true in the future; e.g., human behavior can be motivated by many other factors than legislation and its enforceability—even where the desired result coincides with the result hoped for by the legislator—. People may behave in the desired way for example due to accepted customary law, irrespective of the wording of state-produced standards, or due to various economic or behavioral factors, such as rational economic interests, instincts, and the like.

Scepticism towards scientific realism naturally gives birth to a number of “anti-realistic” streams, which today include, for example, so-called constructivists, according to whom any scientifically postulated theories and phenomena do not really exist and are just competing theories, heuristic tools. Theories, in Kuhn’s constructivist understanding of paradigmatic scientific changes, are being abandoned by scientists in the course of alternating scientific revolutions (Kuhn, 1962, p. 168). E.g., in the legal science it would be possible to speak of several possible paradigms of law and legal science that are being replaced and alternated—including the today’s transition from positivism to post-positivism—. The transition from one paradigm to another is thereby only dependent on the consensus of scientific and professional community, which is no longer satisfied with the explanations and functioning of the previous paradigm, and therefore it creates (constructs) a new paradigm.

However, this sort of constructivist anti-realism is not the only anti-realism currently present in scientific thought. There is still also a sort of positivist anti-realism present nowadays—especially in the form of logical positivism—. This type of anti-realist positivism considers some sentences of language (such as legal norms) as instrumental tools being used to derive future experience from the observed starting points. The objective truth and the real existence of legal institutes does not play a role here at all, which is the reason for the “anti-realistic” designation of this sort of positivism. In legal theory and legal philosophy, these are mainly the stances of analytical legal philosophers focusing on the tasks and functions of law as a language. However, such a view is not dominant in European continental legal science (at least so far).

Finally, since the 1980s, a third anti-realist group, also called “constructive empiricism” by B. van Fraassen, has gradually emerged in the philosophy and methodology of science. Instead of objective truth and its knowledge, it speaks only of the empirical adequacy of theories, i.e. of the possibility to observe to what extent a theory corresponds to practice. At the same time, it acknowledges the transgression of empirical experience by abstraction and by construction of structures and models as specific empirically unobservable entities. These are being confronted with empirical data in the context of scientific activity, in an effort to embed empirical experience into structures and models. If this is possible, the theory is considered to be empirically adequate. If not, structures and models are to be changed, abandoned. This is an approach which in legal science appears to be present and accepted mainly in the movement of iuspositivists who change their theories and regulations should these not correspond to empirical experience—to the goals aimed at—.

Finally, a kind of compromise between realism and anti-realism in the philosophy and methodology of science is currently being offered by a so-called “structural realism” approach, based on the fact that individual elements of a structure such as legal institutes can be changed, abandoned or replaced, but the basic structure of scientific theory still remains preserved—for example in legal science this structure could be an effort to regulate human behavior by

specific instruments with the possibility of their enforcement—. This structure is currently being searched for and explored foremost by cognitive scientists researching in the field of law, hoping thereby to “naturalize jurisprudence” (Leiter, 2007, p. 32).

To sum up, the current post-positivist shift in the legal paradigm is only a mark of the ongoing post-positivist shift present in the philosophy and methodology of science in general.

#### 4. Legal post-realism and the prescriptive theory of law: Guidance for actual legal practice?

The post-positivist insights are expanding the concept of law over and beyond “written law” (legislation), which is being perceived as a step beyond and after iuspositivism. However, just as M. Barberis used historical arguments to explain that the changes are actually a return to the dominance of judges and courts, we can also use historical arguments here to claim that post-positivism means —paradoxically— returning back to the pre-positivist period.

From a historical point of view, this might be namely perceived as a natural development and an eternal struggle between formalism and antiformalism, systematic and casuistic, and iuspositivist and iusnaturalist views of law. Still, in addition to the “paradigm duels” mentioned above, one may thereby also witness the restoration of the battlefield between descriptive and normative perception of law and legal science, which is worth to pay closer attention to at this place.

Pre-modern and pre-positivist legal thinking in Europe was namely characterized by anti-formalist, casuistic, and also descriptive legal thinking, where “ought” was derived from and identified with “is”. The good old law could not be changed and the immutability and static nature of law guaranteed that there was no formal contradiction between is and ought at least at the level of law-making. It was only with the rise of the modern legal science that the separation between is and ought arose with the attempts to regulate and change the society by an absolutist ruler using newly created laws — laying down how the country “ought” to be run. In this newly introduced concept of law, “ought” was not to be derived from what “is” any longer, but rather from what “is written” (as a design, plan). Moreover, law and legal thinking was to gradually become systematic and formalistic.

Current legal realism as well as the past legal realisms might be seen as searching for a balance between the two competing combatants, the dual opposites in legal thought enumerated above. Legal realism is namely connecting the discrepancy between “is” and “ought” once again, arguing the law is what “is” present in the judicial practice, or in the daily practice of authorities applying law (as suggested by Frank, 1936, p. 56).

At the same time, legal realism also disrupts to a certain extent the systematic concept of law, by its inclinations to case-law and casuistry in judicial practice. This means that it is both anti-formalistic and at the same time found outside of the duality of iuspositivism and iusnaturalism, posing completely different sets of questions as to the functioning of law.

However, albeit this realistic approach to law is probably best describing the actual nature of law in a society, authorities applying law still traditionally expect that law, legislator and lawyers are supposed to provide them with clear (systematic, formalistic) guidance as to what and how to do, how to act and proceed, being thereby used to have these guiding rules inferred not from what “is”, but rather from what “is written” (being a iuspositivist approach to law), i.e. from what “ought to be”.

This situation again has its historical parallel in the past — judges and authorities applying law namely similarly sought for guidance in their legal practice (including canon law practice), in the times when the systematic legal thinking was not yet fully developed and when

casuistic thinking was still dominant. This situation was not unlike the situation described by legal realism, according to which law is casuistically reflected in what courts do in individual cases. The pre-modern judges, hesitating in how to decide in individual cases, were in these circumstances to be guided by specifically developed decision theories (precursors of modern scientific decision theories) —called according to the degree of adherence to legal certainty or the degree of freedom in assessing the facts of the case by names of tutorism, probabilism, probabiorism, equiprobabilism, etc. (on the historical decision theories cf. Gábriš, 2019)—.

Thus, should the main counter-argument against legal realism that nowadays keeps resurfacing be the one claiming that realism is only descriptive, while it is also necessary to provide “normative” guidance on how to proceed in the process of creation, implementation and application of law, the answer might be to build upon the historical prescriptive theories and to try to provide some “guidance” for legal practice in the post-positivist world.

This would also be in line with the views of very popular behavioral economics, distinguishing between descriptive economy, normative economy, and so-called prescriptive economy (Pearlman, 2009). Descriptive economy thereby allegedly only describes the behavior of individual actors, especially psychologically, behaviorally, or nowadays in terms of “cognitive science”, or of “neo-institutionalism” (this is done by institutional economics). Normative economy, on the other hand, prescribes ideal economic standards for an ideal world —which, however, is often accused of being detached from the “reality”—. Therefore, the third way, so-called prescriptive economy, is nowadays being developed, building on the modern decision theories, to prescribe patterns of behavior to real actors in the real world.

Something similar, if underpinned by historical theories of casuistry and modern theories of judgment and decision-making, can maybe be used to construct a sort of guiding principles for modern decision-makers in the post-positivist era of crisis of legislation. This could be the answer for legal realists in their search to offer to legal practitioners a prescriptive view on law, proposing a suitable prescriptive legal politics as well as prescriptive theory of the implementation and application of law, by combining all three levels of functioning of the law: (1) individual psychological and behavioral, respectively cognitive level, (2) institutional level (functioning of institutions, courts, administrative offices), and finally (3) societal —communicative-discursive level of the concept of law—.

However, such an attempt would indeed be not only post-positivist but also to a great extent post-realist, not only in terms of the next stage of legal realism, but also in terms of philosophy and methodology of science —not relying only on reduction to observable and detectable elements (psychological, behavioral, institutional), but even going further beyond them, towards constructive empiricism or structural realism, taking into account both the constructivist as well as naturalistic input—.

## **5. Conclusions: The next stage in legal post-positivism and in legal realism?**

Should today’s post-positivist and in fact post-structuralist thinking be considered a period of overcoming traditional binary opposites, it should also do away with the dualisms of iuspositivism and iusnaturalism - just as it happens in legal realism, of systematic and casuistic approaches to law - being united again in legal realism, but also of descriptive and normative nature of law and legal science, what legal realism should attempt at. This would thereby mean a sort of return to pre-positivist and pre-modern concepts of law, proving we were never really modern.

From among all forms and streams of legal post-positivism, it might hence seem that legal realism best reflects the current trends of post-positivism in philosophy and methodology of science. At the same time, in legal science it represents a meta-theory of law, being aware

and sceptical towards the traditional legal theories of the past and present. It is these features of legal realism that may stand behind bold claims such as “We are all legal realists now” (Singer, 1988, p. 467).

However, this statement can be accepted mostly for legal science as a predominantly descriptive and critical undertaking. In case of legal practice and actual application of law, such critical and sceptical stances are not of much use, though. A prescriptive guidance needs to be provided for bodies applying the law in order to transform legal realism into a generally accepted theory of law.

Certainly, works of some legal realists might be interpreted in such a way that they do provide for some guidance (see Leiter, 2005, p. 59). Still, legal practice would certainly welcome more explicit directions or guidelines to follow. Clearly, that is namely the “secret” of success of legal positivism. In that respect, therefore, maybe we should all try to become post-positivists or post-realists not only with respect to meta-theories, but also with respect to legal practice — attempting to provide for prescriptive guidance for law-makers and decision-makers, on top of the descriptive scientific theory of law and jurisprudence. This is namely what the casuistic theories of decision-making were striving at already in the pre-modern era. We can build on these foundations with our new cognitive theories of decision-making, just as economy is doing this when introducing the concept of prescriptive economy.

Thereby, maybe it would be enough to start with lawyers simply realizing and taking into account the actual court practice and case law, respecting the reality of individual courts and judges. On the other hand, the guidance for the judges might be phrased as follows: Act as your institution, your colleagues, or you did in the past. Consider the circumstances of the case but proceed cautiously in interpreting and applying law — especially if you operate in lower instances within the system. Any diversion from the existing (legal) standards developed or given by explicit regulations, practices, institutional background or experience must be justified by the specific circumstances of the case.

These might be the very first steps towards a new prescriptive theory of application of law, addressing the deficiencies and criticisms voiced against legal realism in its traditional and new forms alike.

## Bibliographical references

- Barberis, M. (2015). El realismo jurídico europeo-continenta. In: Fabra Zamora and J. L. — Núñez Vaquero Á. (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Volumen 1. Mexico: UNAM, 2015.
- Barberis, M. (2016). *For a truly realistic theory of law*. *Revus* 29, pp. 7-14.
- Fraassen, B. van (1980). *The Scientific Image*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- Frank, J. (1936). *Law and the Modern Mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936.
- Gábríš, T. (2019). Systematic versus Casuistic Approach to Law: On the Benefits of Legal Casuistry. *Journal of Ethics and Legal Technologies* (1)1, pp. 57-76.
- Gizbert-Studnicki, T. et al. (2016). *Metodologiczne dychotomie*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Guastini, R. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Análisis filosófico XXVI*(2), pp. 290-291.
- Kuhn, T. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

- Ladyman, J. (2002). *Understanding Philosophy of Science*. London: Routledge, 2002.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. and Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law : New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer.
- Olivecrona, K. (1959). The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt. *Scandinavian Studies in Law* 3.
- Pearlman, P. (2009). Normative, Descriptive and Prescriptive Economic Models. <http://www.philpearlman.com/2009/03/04/83525206/>
- Rutherford, M. (2001). Institutional Economics: Then and Now. *Journal of Economic Perspectives* 15(3), pp.185-190.
- Schmidt, M. and Taliga, M. (2013). *Filozofia prírodných vied* [Philosophy of Natural Sciences]. Bratislava: Aleph.
- Singer, J. W. (1988). Legal Realism Now. *California Law Review* 76, pp. 465-544.
- Varga, Cs. (2012). *The Paradigms of Legal Thinking*. Budapest: Szent István Társulat.

# UNA TEORÍA REALISTA DE LA INTERPRETACIÓN<sup>1</sup>

## A Realistic Theory of Interpretation

MICHEL TROPER  
Universidad Paris-Nanterre, Francia<sup>2</sup>

### Resumen

Este artículo propone una teoría realista de la interpretación cuyo rasgo distintivo es la idea de que la interpretación es, en realidad, una actividad relacionada con la voluntad y no con el conocimiento. Su objeto son enunciados o hechos, no normas en sentido estricto. La interpretación jurídica, en cuanto “interpretación auténtica”, es tendencialmente libre y constitutiva de su validez, aunque ella está sujeta, también, a diversas “restricciones jurídicas” que limitan la actividad del intérprete.

### Palabras clave

Interpretación jurídica, Realismo jurídico, Restricciones jurídicas.

### Abstract

This article proposes a realistic theory of interpretation whose distinctive feature is the idea that interpretation is an activity related to will and not to knowledge. Its object is statements or facts, not norms in the strict sense. Legal interpretation, as an “authentic interpretation”, is tendentially free and constitutive of its validity, although it is also subject to various “legal constraints” that limit the activity of the interpreter.

### Keywords

Legal Interpretation, Legal Realism, Legal Constraints.

Si aplicásemos el método recomendado por nuestros maestros, tendríamos que comenzar por explicitar el título y dar algunas definiciones, comenzando por la interpretación, que es objeto de teorías rivales: de una teoría realista y de otras teorías (que es muy temprano para osar llamarlas “irrealistas”). Después de haber definido a la “interpretación” como una actividad, podremos pasar a la definición de la “teoría realista” y finalmente examinar de qué manera esta teoría se aplica a la interpretación.

Sin embargo, este método no puede ser usado aquí sin tomar precauciones. Para definir a la interpretación se debería, en efecto, escoger entre dos posibilidades: interpretar es *describir* el significado de algo o es *decidir* tal significado. La primera definición reposa sobre el presupuesto de que es posible conocer el significado, que la interpretación es una función del conocimiento; la segunda, en cambio, que es una función de la voluntad. Cada una de estas definiciones corresponde a una teoría diferente. La definición no conlleva entonces una actividad que puede ser objeto de una teoría, ella misma es la expresión de esa teoría.

<sup>1</sup> Traducción de Irina Burgaentze del artículo: “Une théorie réaliste de l’interprétation”, de Michel Troper (2006). En algunos casos se ha consultado la traducción de Riccardo Guastini del texto original “Una teoría realista dell’interpretazione” (Troper, 1999). Revisado por Mauricio Maldonado Muñoz.

<sup>2</sup> Profesor emérito de la Universidad Paris-Nanterre (Francia).



Por otro lado, las dos teorías referidas reposan sobre presupuestos ontológicos y epistemológicos.

Ontológicos: si pretendo que interpretar es indicar un significado, presupongo la existencia de un sentido objetivo susceptible de ser descrito. Pero puedo también suponer, justo a la inversa, que el significado no existe, y que, entonces, no es posible describirlo, sino solamente decidirlo.

Además, presupuestos epistemológicos: toda teoría tiene lugar dentro de un sistema intelectual al cual podemos asignar una cierta función. Así, puede considerarse a un discurso práctico—el de los jueces, por ejemplo—como el sistema de referencia, y adoptar la definición de la interpretación que brindará los mejores servicios a efectos del ejercicio de la actividad judicial. Por ejemplo, según Georges Vedel, el juez no podrá ejercer su actividad, ganar legitimidad y argumentar, si no presupone que esta consiste en el descubrimiento de un significado<sup>3</sup>. Como alternativa, se puede tomar a un sistema científico como el sistema intelectual de referencia. En ese caso, habrá que buscar, no la teoría que brindará los mejores servicios, sino aquella que satisfaga las condiciones de veracidad de esta ciencia.

Hay que notar que los dos presupuestos, ontológico y epistemológico, están unidos: escogemos una ontología en función de la tarea que nos hemos asignado. Si nuestra ambición es aquella de contribuir, con la teoría de la interpretación, a un sistema científico, entonces tenemos que escoger una ontología que permita una verificación de tipo científico.

Además, si se quiere evitar todo compromiso precipitado, se debe definir a la interpretación como una “actividad que consiste en describir o decidir el significado” de una cosa. Es necesario, además, introducir una precisión importante, que servirá de argumento en favor de la teoría realista: la interpretación que se tratará es exclusivamente la interpretación *jurídica*, es decir, aquella que produce efectos en el sistema jurídico, excluyendo en consecuencia la interpretación musical o literaria, que deben ser tratadas de manera diferente.

Ahora se puede definir la teoría realista. Se trata de una variante del positivismo jurídico, por lo tanto, de una doctrina que quiere esforzarse en construir una ciencia del derecho sobre un modelo derivado de las ciencias empíricas. El positivismo jurídico puede presentarse bajo dos formas: ciertas teorías, pertenecientes a la corriente normativista, toman por objeto a las normas en tanto que “deber-ser”, y se dan como tarea describir este deber-ser según métodos específicos diferentes de las ciencias naturales; otras tienen una verdadera orientación empírica, y conciben a las normas como comportamientos humanos o expresiones lingüísticas.

También la teoría realista comprende en sí misma diversas variantes. La una tiene como objeto el comportamiento de los jueces, por tanto, un fenómeno psicosocial. El derecho es entonces concebido como una conducta real, como un comportamiento efectivo. Otra variante toma como objeto no las conductas, sino el modo efectivo de razonar real de los juristas. Esta busca entender las “restricciones” que pesan sobre estos actores sociales —y, contemporáneamente, el margen de discrecionalidad del cual disponen— y qué vínculos producen.

Parece ser que Kelsen se adhirió a una teoría realista de la interpretación a partir de la segunda edición de la *Teoría pura*, a pesar de haberla criticado con términos muy duros. No obstante, no desarrolló completamente tal teoría y no aceptó todas las consecuencias lógicas de esta, poco compatibles con ciertas ideas suyas relativas a la estructura del orden jurídico.

La que expondré aquí, si bien se basa en la concepción kelseniana de la interpretación, se alejará en varios puntos.

<sup>3</sup> G. Vedel ha sostenido esta opinión en una intervención inédita presentada en un seminario celebrado en el Centre de Philosophie du droit de la Universidad París II. Un resumen puede encontrarse en M. Troper (1995) “La liberté d’interprétation du juge constitutionnel”.

Esta teoría realista puede ser resumida en tres proposiciones principales:

- (1) *la interpretación es una función de la voluntad y no del conocimiento;*
- (2) *no tiene como objeto normas, sino enunciados o hechos;*
- (3) *confiere a quien la ejerce un poder específico.*

## 1. Una función de la voluntad

Tres series de argumentos militan en favor de la tesis de que la interpretación es una función de la voluntad: la interpretación contra *legem* no existe; no hay un significado a descubrir; no hay una intención del autor; no hay un significado objetivo independiente de las intenciones.

### 1.1. La interpretación “contra legem” no existe

Se puede retomar aquí la distinción establecida por Kelsen entre la interpretación científica y la interpretación auténtica. La interpretación “científica” o “doctrinal” es aquella que es producida no solamente por la ciencia del derecho o la doctrina jurídica, sino por quienquiera que no esté habilitado por el orden jurídico a dar una interpretación dotada del monopolio de la validez.

Kelsen emplea la expresión “interpretación auténtica” en un sentido ligeramente diferente del sentido habitual. En la lengua jurídica clásica, la interpretación auténtica es aquella que emana del autor mismo del texto a interpretar: por ejemplo, el poder legislativo para las leyes, conforme al adagio *ejus est interpretari legem cujus est condere*. Para Kelsen, la interpretación auténtica es aquella a la que el ordenamiento hace producir efectos jurídicos. Esta puede emanar de cualquier autoridad habilitada para interpretar, por ejemplo, aunque no exclusivamente, de los tribunales superiores. El efecto de la interpretación auténtica es que esta se impone, cualquiera sea su contenido. El texto interpretado no tiene y no puede tener otro significado que aquel dado por la autoridad habilitada, incluso si este significado parece contrario a todas las interpretaciones dadas por otras personas, incluso si parece irrazonable, e incluso si va en contra de lo que se puede saber de la intención del autor del texto.

En cualquier historia de la jurisprudencia se encuentran numerosos ejemplos de tales interpretaciones que se imponen en contra de toda comprensión intuitiva. Un ejemplo es aquel del *Conseil d'État* interpretando la fórmula “no susceptible de recurso alguno” en el sentido de que no excluye el recurso “por exceso de poder” (*dame Lamotte*). Así también, en el caso citado por Chaïm Perelman, unos tribunales ingleses que debían condenar a muerte a ladrones de todo objeto de un valor superior a 2 esterlinas y que, para evitar pronunciar condenas tan duras, valoraban cualquier objeto en 39 chelines, inclusive un maletín que contenía 10 libras esterlinas en billetes (también avaluado en 39 chelines).

Tales interpretaciones no pueden ser dichas *contra legem*. La única interpretación *contra legem*, en efecto, sería aquella que se fuese en contra del verdadero significado de la ley. Sin embargo, no se dispone de ninguna interpretación que permita establecer este verdadero significado al cual se podría comparar el producto de la interpretación auténtica. El único estándar jurídicamente incontestable es aquel que es determinado por la interpretación auténtica.

Sin embargo, sería equivocado creer que el ordenamiento jurídico hace prevalecer arbitrariamente un significado impuesto por una autoridad dotada de un poder de decisión sobre un significado ya existente (pero desplazado por razones de certeza, o sacrificado por una especie de “razón de Estado de derecho”). No hay en realidad, en los textos, ningún significado a descubrir.

### 1.2. No hay un significado reducible a la intención del legislador

Antes que nada, hay que remarcar que, si se asimila el significado a la intención del autor, es decir, a un cierto estado mental, existen numerosos textos para los cuales tal intención no existe.

El caso más llamativo es aquel de un texto adoptado por un órgano colegiado. Se considera que el autor del texto es la autoridad en su conjunto y no solamente los miembros que votaron por este. Pero una autoridad colegiada no puede tener una intención porque no posee una psiquis. En lo que respecta a la intención de los miembros contemplados individualmente, hay que señalar que es imposible de establecer.

Tomemos el caso de un Parlamento: no todos aquellos que votaron por la adopción del texto se han expresado, y aquellos que lo hicieron pudieron haber mentido sobre sus intenciones. O incluso, si se han expresado sinceramente, dichas intenciones pueden ser entre ellas muy diversas, incluso contradictorias. Los que votaron por la adopción del texto, sin haberse expresado, pudieron haberlo hecho con las mismas intenciones que aquellas de ciertos oradores, como también con intenciones del todo diferentes. Pudieron haber sido animados por toda suerte de razones: la pereza, la ignorancia, la imitación de sus colegas, el problema de respetar la disciplina del partido. Pero aun suponiendo que todos los miembros del colegiado se hayan podido expresar, que todos hayan sido perfectamente sinceros y que hayan estado todos en el mismo estado psíquico, de cualquier modo no pueden haber tenido una intención concerniente a la situación concreta respecto de la cual el texto ha de interpretarse, porque al momento de su adopción no se podía considerar esta situación concreta, sino solamente una clase de situaciones.

También ocurre a menudo que el autor en el sentido jurídico no es también su autor intelectual. Es lo que sucede cuando un proyecto de ley ha sido preparado por un órgano administrativo y adoptado luego por el Parlamento, o incluso cuando una constitución ha sido adoptada por referéndum. En este último caso, el autor es el “cuerpo electoral”, y es evidentemente imposible descubrir una intención común a los millones de electores.

Pero aun si se pudiera realmente determinar el autor y descubrir una intención unívoca, no se podría identificar ese estado mental con un significado del texto; ello, puesto que una identificación tal haría muy difícil la aplicación de las leyes. La aplicación de las leyes sería, en efecto, solo la aplicación de la voluntad del legislador. Es normal, según esta concepción, distinguir la intención del legislador respecto del significado que podría resultar de una interpretación literal o teleológica, porque el legislador pudo no haber querido lo que resulta de esas interpretaciones. Pero si el juez se apega a lo que podría conocer del estado mental del legislador, no podría jamás aplicar la ley a situaciones que este último no consideró, por lo que deberá rehusarse a juzgar. Si el significado del artículo 1384 del *Code civil* coincide con el estado mental de los redactores del código, este no se podría aplicarse a accidentes causados por máquinas que sus redactores no podrían haber siquiera imaginado.

Por lo demás, si el estado mental del legislador versaba verdaderamente sobre una clase de objetos que conocía, y si el juez debiese determinar si la ley es aplicable a tal objeto (que le parece claramente perteneciente a esta clase), no podrá decir de todos modos que ha aplicado la ley conforme a la intención de su autor. Lo que este último tenía en mente no era el objeto concreto, sino solamente la categoría. En el estado mental real en el cual se encontraba, bien pudo haber descuidado el hecho de que se podría subsumir un día tal o cual objeto en la categoría. Para pretender que se aplica la ley según la intención del legislador, se debe consecuentemente admitir la siguiente construcción: el significado de la ley es el que el legislador tenía en mente en conjunto con todas las consecuencias que debió haber obtenido razonablemente, incluso si no las obtuvo realmente, o que habría obtenido si hubiese podido prestar atención a algún hecho concreto o a otro.

La interpretación conforme a la intención es entonces siempre una construcción de la interpretación. Sin embargo, si el significado no es reducible a la intención, no hay tampoco un sentido objetivo independiente de las intenciones.

### 1.3. No hay un sentido objetivo independiente de las intenciones

Se puede pensar en descubrir un significado que sea diferente de la intención eventual revelada por los trabajos preparatorios. Sería aquel que se desprende de las palabras del texto o del contexto sistémico en el cual figura, o incluso de la función social o económica que debe realizar la norma. Empero, a estos significados diversos no se puede arribar sino solo a través del empleo de ciertos métodos específicos a cada uno de ellos, el significado literal a través de la interpretación literal, el significado funcional a través de la interpretación funcional, etc. Ahora bien, estos diversos métodos conducen a resultados diferentes entre los cuales no se puede decidir sino mediante una decisión. Por ende, es la decisión del intérprete, consistente en hacer prevalecer un método sobre otro, lo que produce el significado.

No hay entonces un significado objetivo, ni en la intención del legislador ni independientemente de esta intención. El único significado es aquel que se desprende de la interpretación, y se puede decir que, previamente a la interpretación, los textos no tienen todavía ningún significado, sino que están solamente a la espera de ser interpretados. De esto se derivan ciertas consecuencias teóricas importantes para la determinación del objeto de la interpretación.

## 2. El objeto de la interpretación

Si el significado no preexiste a la interpretación, y si es solamente su producto, entonces, contrariamente a lo que piensan ciertos autores —incluso el mismo Kelsen—, el objeto de la interpretación no puede ser una norma jurídica. Si una ley contiene la fórmula *p está prohibido*, la expresión *p* puede designar, según el significado que se le atribuya, múltiples acciones diferentes *p1, p2... pn*, de manera que la ley no contiene una norma, sino, según la interpretación dada, múltiples normas potencialmente diferentes: *está prohibido p1, está prohibido p2... está prohibido pn*. Es el intérprete el que decide entre estas normas diferentes. La norma no está entonces dotada de un significado. Es ella misma un significado, y no puede ser a la vez interpretada, porque es evidentemente absurdo buscar determinar el significado de un significado.

Lo que puede ser objeto de una interpretación es, entonces, solamente lo que puede ser portador de un significado, el texto o el hecho.

### 2.1. El texto

El texto debe ser siempre objeto de una interpretación, y no solamente si es oscuro. Según un conocido adagio, *in claris cessat interpretatio* o *in claris non est interpretandum*: lo que es claro no es necesario que sea interpretado. Pero esta idea se enfrenta a varias objeciones. En primer lugar, si la interpretación es una decisión, entonces también puede ser sobre el carácter claro u oscuro del texto. Una autoridad que goza del poder de atribuir una interpretación auténtica puede perfectamente declarar que un texto es oscuro para justificar interpretarlo, o, al contrario, que es claro, de modo de poder afirmar que tiene un significado cierto, sin reconocer que lo está interpretando. Así como hace, por ejemplo, el juez administrativo francés con respecto a ciertos actos de manera de evitar remitir la interpretación a alguna otra autoridad. En segundo lugar, el refrán contradice la visión tradicional de la interpretación. Aun si es que se admite que interpretar es conocer un significado preexistente, no se puede afirmar que un texto es claro sin reconocer que se conoce su significado, y entonces que ya se lo ha interpretado. En consecuencia, incluso los textos reputados claros son textos ya interpretados.

Ahora bien, si la interpretación versa sobre un texto, y si todo texto debe ser siempre interpretado, no se debe reducir la interpretación a la sola determinación del contenido del texto, de lo que prescribe. En otros términos, la interpretación no se refiere solo a las disposiciones que componen el texto normativo, sino también a su “régimen jurídico”.

La idea de que se puede interpretar el “régimen jurídico” del texto se deriva de un concepto amplio de interpretación. Si recogemos una piedra podemos preguntarnos si se trata de un objeto natural o de un artefacto (como un objeto prehistórico o un fragmento de construcción). En el derecho, antes de determinar el significado de una disposición, se debe establecer que se trata de una disposición jurídica y que su significado es, justamente, una norma. Si es una disposición jurídica, se debe establecer a qué nivel pertenece. Así, antes de determinar lo que significa la palabra “igualdad” en el texto de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, o lo que designa en el preámbulo de 1946 la expresión “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, el *Conseil constitutionnel* debe establecer que estos textos son jurídicamente obligatorios y que tienen valor constitucional.

Así, el intérprete puede determinar su propia competencia. El régimen jurídico del texto, en efecto, determina la competencia de la autoridad que la aplica. El poder del juez constitucional, por ejemplo, es generalmente justificado por la idea de que ciertos textos tienen un valor jurídico, que no son simplemente la exposición de una ideología política, que tienen un valor superior al de las leyes y que la función de controlar la conformidad de las leyes a las normas superiores contenidas en estos textos pertenece al juez. Si es el intérprete el que determina el régimen jurídico del texto, determina a la vez los límites de la competencia del legislador y la suya propia.

Esta idea habría sido rechazada por Kelsen. El autor de la teoría pura del derecho, en efecto, distingue cuidadosamente entre el valor jurídico de un enunciado y su contenido. Habría una diferencia importante entre afirmar que un enunciado presenta el carácter de norma (porque, desde un punto de vista dinámico, ha sido formulado por una autoridad competente conforme al procedimiento previsto en una norma superior) y afirmar que tal enunciado posee cierto significado, esto es, que prescribe tal o cual conducta. Por consiguiente, la interpretación no versaría sino solamente sobre el contenido del enunciado (tal conducta y no tal otra está prohibida o permitida), pero no sobre el valor o régimen jurídico (tal enunciado expresa una norma jurídica de rango constitucional). De hecho, es muy comprensible que Kelsen esté atado a esta distinción: esta constituye el único medio para preservar la tesis según la cual un enunciado tiene el significado objetivo de una norma porque así ha sido establecido por el ordenamiento jurídico. Si en efecto un texto presenta el carácter de una ley, porque es conforme a la constitución, poco importa que su contenido de significado sea determinado por un intérprete: la teoría según la cual el significado objetivo de norma conferido por una norma superior es preservado en lo esencial.

No obstante, esta distinción no es aceptable. Se puede sin duda concebir que un intérprete se limite a determinar el contenido de significado y se abstenga de pronunciarse explícitamente sobre su régimen jurídico. Pero se trata de una distinción puramente práctica, y también la actitud inversa es concebible. En la práctica jurídica se encuentran, por otro lado, varios ejemplos de interpretaciones que versaban sobre el régimen jurídico del acto: el *Conseil constitutionnel* decide que el preámbulo hace parte de la Constitución, el *Conseil d’État* decide que un boletín es en realidad un acto reglamentario, etc. En realidad, la interpretación del régimen jurídico está siempre implícita en la interpretación del contenido prescriptivo, porque no se puede afirmar que una ley prescribe *p* sin presuponer que el texto que contiene esta prescripción es una ley y no la declaración de voluntad de un simple particular.

De la idea de que la interpretación versa tanto sobre el régimen jurídico como sobre el contenido del enunciado, se deriva una consecuencia teórica importante relativa al fundamento de la validez. Acerca de la validez se puede dar, para las necesidades de la argumentación, una definición aceptada por varias teorías distintas, aunque, por otro lado, concurrentes: decir que

una norma es válida significa que pertenece a un orden normativo. Según la teoría kelseniana de la jerarquía de normas, una norma es válida cuando ha sido formulada de conformidad con una norma superior. Pero si se aceptan los elementos de la teoría de la interpretación que se ha expuesto esquemáticamente, un enunciado tiene el significado de una norma, no debido a su conformidad con la norma superior, sino en virtud de que ha sido interpretada por una autoridad habilitada en el sentido de que cierta conducta debe observarse. Es, por ello, el proceso de aplicación y no la conformidad a la norma superior lo que conduce a atribuir a un enunciado el significado objetivo de norma jurídica. Esta idea permite, entonces, evitar dos de las dificultades a las cuales se enfrenta la teoría pura del derecho.

La primera concierne a la norma fundamental. Según Kelsen, visto que cada norma encuentra el fundamento de su validez en una norma superior, la constitución es el fundamento de validez última de todas las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Pero, como no hay una norma positiva encima de la constitución, esta no puede ser válida, y entonces no puede ser identificada como una norma jurídica de la misma manera que todas las otras normas. No obstante, si no es identificada como norma jurídica, no es apta para fundar la validez de normas inferiores. En consecuencia, se debe necesariamente —si se considera a las normas jurídicas como válidas— presuponer que la constitución es válida. Este presupuesto es la norma fundamental. Kelsen logra refutar la mayoría de las objeciones que le fueron presentadas señalando que no supone realmente la existencia de una norma fundamental, que esta norma no existe, sino que es solo una hipótesis lógica-trascendental que hacen todos los juristas de manera espontánea y que la teoría pura del derecho revela. El razonamiento de Kelsen es perfectamente admisible, pero no cumple enteramente la función que la teoría pura le asigna: permite comprender por qué los juristas tienen a las normas como válidas, pero no por qué lo son real u objetivamente.

La teoría realista de la interpretación permite evitar esta dificultad. Si es el intérprete el que determina la norma expresada por un enunciado, entonces a la cuestión relativa a por qué la norma es válida, por qué pertenece a un orden jurídico, basta responder lo siguiente: porque ha sido producida en el curso del proceso de interpretación.

La segunda dificultad es epistemológica, y aquí solo se la puede tratar por alusión. Si la validez es percibida como una relación de conformidad entre significados, entonces las proposiciones de derecho —por las cuales la ciencia debe describir normas válidas— no describen hechos empíricos. Los positivistas se encuentran, entonces, confrontados a una tarea enorme: construir una ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias empíricas, aunque ella no tenga por objeto fenómenos empíricos. Al contrario, la teoría realista permite tratar el derecho como un conjunto de hechos empíricos, ya que se trata de actos por los cuales los intérpretes determinan el significado de los enunciados.

Pero la interpretación no versa solamente sobre los enunciados, sino también sobre los hechos.

## 2.2. Los hechos

Si el significado no está presente en el enunciado antes de la interpretación, es porque el enunciado no está “naturalmente” dotado de un significado. Este significado le es solamente atribuido por la interpretación. Pero se puede también atribuir un significado a cualquier hecho (y tampoco los hechos se encuentran dotados de significado *in natura*). Es lo que se produce en al menos dos casos.

El primero es aquel de la costumbre. Según la definición habitual, la costumbre es una práctica repetida, acompañada del sentimiento del carácter obligatorio de esta práctica. Es entonces un hecho. Pero como un hecho no puede ser productor de derecho, primero

debe haber una norma que prescriba que habrá que conformar el propio comportamiento a la costumbre, y luego que una autoridad habilitada declare que tal práctica repetida, acompañada de un sentimiento de obligación, constituye una costumbre y que presenta, así, el significado de una norma a la cual hay que adecuar el propio comportamiento.

La interpretación versa aquí sobre la premisa menor de un silogismo (hay que adecuarse a la costumbre; esta es una costumbre; entonces...). La peculiaridad de esta operación consiste en transformar un hecho en una norma.

En realidad, cada vez que la interpretación versa sobre la premisa menor del silogismo, no transforma un hecho en derecho, pero puede sustituirse a la interpretación de un texto. Es lo que se produce con la calificación jurídica de un hecho. Tomemos el caso del famoso fallo *Gomel*. En términos de la ley, la administración puede negar un permiso de construir si el inmueble proyectado puede afectar a una “perspectiva monumental”. Para valorar si un rechazo es legal, el juez puede, o bien decidir el significado de la expresión “perspectiva monumental”, o bien decidir si tal lugar posee o no el carácter de una “perspectiva monumental”. Si toma el segundo camino, no habría, en apariencia, interpretado el texto, sino solamente calificado el hecho. La operación se presenta como una subsunción: dada una clase, basta con determinar si un objeto presenta los criterios de pertenencia a esta clase para poder incluirlo en ella. Pero, en realidad, no hay una controversia en sí, porque no existe una lista de criterios de pertenencia a la clase: dicho de otra manera, no existe una definición. La afirmación, por parte del juez, de que tal lugar no presenta el carácter de una “perspectiva monumental” no puede, como es evidente, resultar de la sola observación del lugar: esta constituye precisamente una definición de “perspectiva monumental”.

En realidad, es como si el juez hubiera interpretado el texto. Por ello, los juristas no se equivocan cuando, para atribuir un significado a una expresión, exponen largas listas de casos en donde el texto que contiene tal expresión ha sido aplicado.

El juez, en efecto, ha determinado la extensión del concepto. Esta definición no puede ser más que un acto de voluntad (un acto voluntario), pero, con relación a la interpretación manifestada del texto, ofrece una doble ventaja. En primer lugar, no se presenta como una interpretación. Admitir que ha interpretado puede ser difícil para el juez cuando, por ejemplo, como en el caso del derecho francés, el derecho positivo no lo habilita expresamente a hacerlo, o incluso más difícil cuando en Francia, bajo la Revolución, el derecho simplemente se lo prohibía. Por otra parte, la calificación del hecho no debe ser justificada mediante la referencia a uno de los métodos de interpretación canónicos, porque esos métodos solo valen para los textos. Finalmente, la calificación del hecho no vale en principio sino solo para el caso en concreto, y entonces el juez, dejando implícita la definición que de cualquier modo ha sido empleada, no se hallará vinculado por sus propias formulaciones.

### 3. El poder del intérprete

Dado que la interpretación es una operación de la voluntad que versa tanto sobre hechos como sobre enunciados, debe ser entendida como el ejercicio de un poder considerable. Analizar este poder es determinar su fundamento, su sede, las normas que permite producir y los límites dentro de los cuales se ejerce.

#### 3.1. El fundamento de poder

El fundamento del poder de la interpretación reside en la validez de la interpretación que produce.

En efecto, esta interpretación no es susceptible de ser verdadera o falsa. Esto no depende, como se dice a veces, del hecho de que no exista una interpretación estándar con la cual se podría comparar aquella que emana del intérprete auténtico. La ausencia de una

interpretación estándar podría solamente servir de argumento a la tesis de que no se puede demostrar la veracidad o falsedad de la interpretación científica, pero no a aquella que concierne al estatuto lógico de la interpretación auténtica. En realidad, no se puede tampoco demostrar la veracidad o falsedad de la interpretación científica. Tampoco esta es lógicamente susceptible de ser verdadera o falsa. Pero, en lo que concierne a la interpretación auténtica, si no puede ser ni verdadera o falsa, es únicamente porque, cualquiera sea su contenido, el orden jurídico le confiere efectos. Esta consiste en la decisión de conferir un significado a un enunciado o a un hecho, y una decisión no puede ser ni verdadera ni falsa, sino solamente válida o inválida en un orden normativo dado.

La validez de la decisión interpretativa es exclusivamente formal, es decir, resulta solo de la competencia jurídica de la autoridad que la adopta y no de su contenido, ni siquiera de los métodos por los cuales es justificada. El hecho de que una autoridad haya recurrido a tal o cual método de interpretación no tiene ninguna incidencia sobre su validez. Esto no se debe a la distinción conocida entre el *context of justification* y el *context of discovery*, es decir, al hecho de que la decisión pudo ser tomada por razones del todo diferentes respecto de aquellas que fueron invocadas para justificarla. En efecto, el orden jurídico ata consecuencias no al método (invocado o realmente utilizado), sino solamente al ejercicio, por parte de una autoridad habilitada, de la competencia que le ha sido conferida. ¿Cuál es entonces esta autoridad? ¿Quién debe ser considerado como un intérprete “auténtico”?

### 3.2. El autor de la interpretación

Si la interpretación auténtica es solamente aquella a la que el orden jurídico ata ciertos efectos, la que no puede ser sometida a discusión y que, por consiguiente, en el caso de la interpretación de un texto, se incorpora a ese texto, entonces el intérprete es toda autoridad competente para dar esa interpretación.

Naturalmente, se trata ante todo de las jurisdicciones supremas. Pero existen varias autoridades que poseen competencia para realizar interpretaciones auténticas. Aquellas que, aunque no jurisdiccionales, pueden realizar una interpretación incontestable en el marco de una jurisdicción cualquiera. La constitución francesa de 1958 ofrece algunos ejemplos: solo el presidente de la República es competente para interpretar los términos del artículo 16 y decidir lo que significan las expresiones “amenaza grave e inmediata” o “interrupción en el funcionamiento regular de los poderes públicos”. Por otro lado, se puede notar que la interpretación puede, como en el caso del fallo *Gomel*, versar, sea sobre el texto, sea sobre las circunstancias. De igual manera, solo el presidente puede decidir que en el artículo 13 la expresión “El Presidente de la República firma las ordenanzas y los decretos deliberados en el *Conseil des ministres*” significa que tiene el derecho de no firmarlos<sup>4</sup>. Todavía más, es el Parlamento el único que puede decidir lo que es la “alta traición” de la que el presidente de la República puede ser culpable. Y también aquello que había expresado muy bien Gerald Ford, entonces líder republicano del Senado: los “*high crimes and misdemeanors*”, que justifican el *impeachment* del presidente de los Estados Unidos, son lo que decide el Senado.

<sup>4</sup> Este poder de interpretación del presidente de la República no ha sido ignorado por los actores políticos como sí por los juristas. Allain Peyrefitte, por ejemplo, reporta esta observación del ministro de Broglie en el Consejo de Ministros de 19 de septiembre de 1962, a propósito de la revisión de la constitución mediante el procedimiento del artículo 11: “personne n’a parlé du pouvoir d’interprétation de la constitution par le président de la république. C’est un pouvoir fondamental et, au moins implicitement, inclus dans la constitution. C’est justement dans les cas où les juristes sont divisés entre eux que le Président de la République doit user de ce pouvoir. Il a les moyens de le faire en faisant appel au peuple souverain, suivant le droit qui lui en est expressément reconnu. Il constate les discussions entre juristes. Il donne son sentiment, et le peuple tranche”. Según A. Peyrefitte, de Gaulle no respondió nada. (Peyrefitte, 1994, p. 230).

Nótese que la interpretación auténtica dada por una autoridad no jurisdiccional es una decisión que puede ser, a veces, interpretada por otra autoridad como “ilícito penal”. Tal es el caso del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958: el presidente de la República bien puede interpretar tal o cual circunstancia como apta para justificar la puesta en marcha de los “poderes de crisis”, pero esta interpretación puede ser interpretada a su vez por el Parlamento como constitutiva de alta traición. Si el primero toma su decisión considerando la posible decisión del segundo, la interpretación auténtica es una actividad ejercida en común y su producto es el resultado de una relación de fuerzas entre dos autoridades competentes.

### 3.3. El producto de la interpretación

Si la interpretación es una decisión, esta decisión tiene como objeto la producción de normas pertenecientes al nivel jerárquico del enunciado interpretado. Así, según la fórmula frecuentemente citada por el obispo Hoadly: “whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them” (Gray, 1927, p. 102)<sup>5</sup>.

En consecuencia, se debe decir que una corte, como nuestra Corte de Casación, encargada de controlar la aplicación de las leyes —y, por ende, de interpretarlas— dispone de un poder legislativo. Se trata, sin embargo, de un poder legislativo solamente parcial. La razón no es —como se podría estar tentado de creer— que antes de cualquier interpretación todo texto debe haber sido adoptado por el poder legislativo “oficial”: el poder de interpretar puede ejercerse sobre cualquier texto, y las normas de rango legislativo pueden ser insertadas sobre los más diversos enunciados. No es por esto: si la Corte no es más que un colegislador, es porque su decisión puede siempre ser superada por un nuevo texto legislativo. Sin duda, este nuevo texto, a su vez, podrá ser también interpretado, pero en la “prueba de fuerza” que de este modo se instaura, la Corte no tiene la seguridad de tener la última palabra.

De la misma manera, una corte constitucional comparte el poder constituyente (es co-constituyente). Puede también interpretar libremente la constitución y su interpretación puede ser incorporada en los más diversos enunciados constitucionales o incluso producirse en la ausencia de enunciados, como lo hace, a veces, cuando proclama principios no escritos. Pero la corte constitucional también puede ver sus decisiones superadas por un nuevo texto constitucional producido por el poder constituyente. Solo en el caso de que la corte logre dotarse de un poder de controlar ampliamente la validez de las leyes de revisión constitucional es que debería ser considerada, no como co-constituyente, sino como poder constituyente sin más.

Pero la interpretación auténtica es, sobretudo, una fuente de poderes formidables si permite a una autoridad extender su competencia. Es lo que sucede cuando la competencia de la autoridad en cuestión se deriva de textos sujetos a su propia interpretación. La Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó, en 1803, la Constitución americana en el sentido de que ella le confería el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. El *Conseil constitutionnel* francés procedió de la misma manera en Francia, en 1971.

En este punto, a la teoría realista de la interpretación se opone frecuentemente un “razonamiento de lo absurdo”: esta teoría, se dice, supondría invertir completamente la jerarquía de normas; en efecto, la constitución no sería una norma sino solo por la interpretación del legislador, la ley por la de los tribunales y así sucesivamente hasta la ejecución material, hasta el punto de que la autoridad suprema sería el policía (De Béchillon, 1994, p. 247)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cita retomada por Kelsen (1945, p. 152).

<sup>6</sup> Cfr. réplica de Troper (1994, p. 267).

Sin embargo, la objeción puede ser fácilmente descartada. La jerarquía del orden jurídico no es en modo alguno una jerarquía de enunciados o textos. Entre dos textos no puede existir relación jerárquica, sino solamente entre los contenidos o significados de esos textos. Pero si alguien determina simultáneamente el significado del texto de la constitución y del texto de la ley, es decir, si determina las dos normas, establece al mismo tiempo la existencia de una jerarquía entre ellas, que no es opuesta sino idéntica a la jerarquía tal como se la presenta habitualmente. La norma legislativa, determinada por el proceso de interpretación, encuentra el fundamento de su validez o, si se lo prefiere, es presentada como obligatoria, en razón de su conformidad con la norma constitucional, así como es determinada por la interpretación. Dicho de otra manera, del hecho de que la validez provenga del proceso de producción de normas inferiores resulta, no que la jerarquía sea invertida, sino solamente que esta debe ser considerada interna al discurso del intérprete.

Con respecto a la idea de que es el policía el que interpretaría la decisión del tribunal, ha de decirse que no es falsa, pero no se puede olvidar que esta interpretación no es en modo alguno auténtica. Tal interpretación puede ser contestada y anulada por la de un tribunal. En otros términos, según la teoría realista, la jerarquía de normas refleja aquella de los poderes.

### 3.4. La libertad del intérprete

Se opone entonces a la teoría realista otra objeción según la cual el intérprete, especialmente cuando se trata de un juez, está sometido a múltiples restricciones, de manera que no se podría decir que es libre y que expresa libremente su voluntad<sup>7</sup>. En realidad, este argumento descansa sobre una confusión entre libre albedrío y libertad en el sentido jurídico.

Cuando se afirma que una autoridad cualquiera, un órgano del ordenamiento jurídico, es libre, evidentemente no se quiere decir que se halla sustraído de todo determinismo. Por ejemplo, la teoría tradicional admite que, en ausencia de un control de legitimidad constitucional, el legislador es libre de adoptar leyes que tengan un contenido cualquiera, reconociendo, empero, que cuando el parlamento vota no escapa a la causalidad y que se encuentra sometido a toda suerte de vínculos. La libertad del matrimonio no significa que la decisión de casarse y la elección del cónyuge no estén sometidas a ninguna clase de influencia social o psicológica, sino solamente que cualquier decisión al respecto es considerada por el derecho como válida. Lo que entendemos aquí por “libertad” no hace alusión a una situación carente de todo determinismo, sino solamente una libertad “jurídica”.

Una autoridad es jurídicamente libre si puede escoger entre varias conductas igualmente válidas para el derecho, incluso su elección es, de hecho, producto del determinismo. Así, la afirmación según la cual la interpretación es libre significa solamente que cuando una autoridad está investida del poder de dar una interpretación auténtica: todas las interpretaciones dadas por esta autoridad serán igualmente válidas o, en otros términos, se incorporarán al texto interpretado; y, entonces, producirán efectos jurídicos, lo que, a decir verdad, no es más que otra manera de afirmar que se trata de una interpretación auténtica. Esto no supone de modo alguno oponerse a que el comportamiento del intérprete obedezca a múltiples causas. Por lo demás, las críticas no se equivocan, puesto que reprochan, precisamente a la teoría de la “interpretación-voluntad” formulada por los realistas americanos, el hacer de la sentencia el resultado de la calidad del desayuno del juez.

Los límites del argumento según el cual existen restricciones en la interpretación aparecen claramente si se considera al régimen despótico, tal como es definido por

<sup>7</sup> Esta objeción ha sido realizada, en particular, por de Béchillon (1994), así como por G. Vedel en su intervención oral en el seminario (en Troper, 1995).

Montesquieu: un sistema donde uno solo gobierna, no según las leyes, sino según sus caprichos. El déspota goza, entonces, de la más total de las libertades jurídicas. Y, sin embargo, también él se encuentra sometido a limitaciones de toda clase, que resultan de la situación económica del país, del riesgo de que los súbditos opongan resistencia, de que sus decisiones sean mal ejecutadas, etc. Una decisión que ignorase estos límites, afectaría sin duda a la eficacia de la acción. Sería, sin embargo, válida.

El análisis puede llevarse aún más allá. Es justamente porque admite que la interpretación es jurídicamente libre que la teoría realista puede entender que está sometida a un determinismo. Por el contrario, una teoría que admite que la interpretación consiste en descubrir un significado que ya está en el texto (que preexiste) no puede sino inquirirse acerca de lo que el intérprete debe hacer, inhibiéndose de explicar lo que realmente hace.

Quedan dos fenómenos por explicar.

Los jueces son libres de interpretar según su voluntad. Y, sin embargo, expresan con mucha constancia el sentimiento de estar obligados como para que se pueda dudar de este sentimiento. No es suficiente, por lo demás, afirmar que son víctimas de una ilusión, ya que aún haría falta entender aquello que puede provocar una ilusión tan común.

Por otro lado, si los jueces no están vinculados por un significado preexistente del texto, y si no hacen más que expresar su voluntad, pueden entonces modificar a placer sus interpretaciones en función de sus caprichos. Sin embargo, la jurisprudencia presenta una coherencia suficiente como para que las decisiones no sean totalmente imprevisibles.

Se podría atribuir estos fenómenos a la formación de los jueces y a la ideología de la que están impregnados; ideología que busca que la función judicial sea una función de aplicación y no de creación del derecho. Se podría también invocar la consciencia de todo detentor del poder de estar sometido a límites de hecho. Ni la una ni la otra explicación persuaden.

La primera, porque la norma que prescribe al juez aplicar el derecho y no crearlo es una norma moral y no una norma jurídica. Ciertamente, se pueden hallar disposiciones de derecho positivo que ordenan precisamente al juez limitarse a aplicar los textos, pero estas disposiciones tienen que ser ellas mismas interpretadas antes de ser aplicadas, y aquí la pregunta se impone de nuevo: ¿qué cosa obliga a aplicarlas? Lo que crea esta obligación de aplicar las normas del sistema jurídico, entonces, no puede ser más que una norma exterior al mismo sistema.

Sin embargo, el sentimiento de los jueces es que están obligados, no moralmente, sino jurídicamente. Por otra parte, si se tratase realmente de una obligación moral, esta no sería sentida de la misma manera por todos los jueces, que obedecen, por supuesto, a morales diferentes. De hecho, esta norma sería, con seguridad, a menudo transgredida, especialmente en caso de conflicto con otras normas morales. Finalmente, y, sobre todo, la norma que prescribe aplicar el derecho no tiene ningún contenido específico en cuanto a la conducta interpretativa que conviene adoptar. Incluso si prescribe interpretar el texto conforme a su sentido “verdadero”, no prescribe la manera de descubrirlo; y si el juez experimentase solamente el sentimiento de estar obligado, no tendría también el sentimiento de estar obligado a interpretar en un sentido en lugar de otro.

En cuanto a la idea de que los jueces tendrían, simplemente, consciencia de estar sometidos a limitaciones (vínculos) de hecho, esta no deja percibir el sentimiento que expresan de tener ciertas obligaciones. Contrariamente al déspota, que puede tener el sentimiento de estar sometido a limitaciones de hecho, pero no a obligaciones, el juez no considera simplemente que una decisión o una interpretación es inoportuna debido a sus consecuencias, sino que es válida o inválida en derecho.

Entonces, se debe tomar en serio a la idea de que el derecho no contiene solamente obligaciones (que se podrían fácilmente desconocer o transgredir, y que, en este caso, como ya se vio, no existen), sino que produce una serie de limitaciones, que podemos llamar “restricciones jurídicas”. Si esta hipótesis fuese verificada, se debería admitir que, junto a las limitaciones de hecho, que dependen de la naturaleza o la sociedad, hay también restricciones que resultan del sistema jurídico, restricciones que hacen que los agentes —que tienen el derecho de escoger entre un gran número de conductas posibles— vean a esta, sin embargo, como una elección estrechamente limitada.

Ciertamente la expresión “restricción jurídica” parece contener una contradicción en los términos, ya que el concepto de restricción se inscribe en el de determinismo, que pertenece al *sein* y no al *sollen*. Ahora bien, se puede concebir la existencia de dos tipos de restricciones comparables a limitaciones materiales y que se derivan del sistema jurídico.

Las restricciones en *sentido fuerte* se derivan de reglas constitutivas, es decir, de reglas que no se limitan a prescribir una conducta, sino que la constituyen en el sentido de que es la observancia de tales reglas lo que permite calificarla (Searle, 1972, p. 72). Así, por ejemplo, “el matrimonio debe ser celebrado por un funcionario del registro civil” significa que una ceremonia que fuese celebrada por alguien distinto de un funcionario del registro civil no sería un matrimonio en el sentido jurídico del término. Un matrimonio solo puede ser definido como una unión celebrada de cierta manera. Las reglas de este tipo producen un verdadero límite, en la medida en que se presentan como medios necesarios para realizar un cierto fin: el único medio para casarse es celebrándolo frente al funcionario del registro civil. Tales límites, sin embargo, no pesan sobre la actividad interpretativa. No existe ninguna regla cuya observancia permita calificar un acto como interpretación jurídica, menos todavía calificarlo como interpretación justa. Después de todo, si reglas de este tipo existiesen, habría que interpretarlas.

A su turno, se puede hablar de restricciones jurídicas en *sentido débil*, allí donde las normas coloquen a un individuo o a un órgano en una situación tal en que deba comportarse de cierta manera para actuar de modo razonable y eficaz. Una situación tal se encuentra, ante todo, en el caso de órganos jurisdicciones colegiados, cuando uno de los miembros pretende persuadir a sus colegas. Incluso si está perfectamente convencido de la verdad de la tesis realista, le es evidentemente imposible afirmar que el juez puede atribuir al texto normativo cualquier significado, y que, fuera del argumento de oportunidad, no hay ninguna razón para preferir un significado en lugar de otro. Se puede sostener, entonces, que existe un límite objetivo que empuja a recurrir a argumentos que apelan a la verdad del texto (Meunier, 1994).

Una situación de restricción *débil* se encuentra toda vez que las normas organizan las relaciones entre las autoridades, de tal manera que el poder discrecional de unos disuade a los otros de ejercer su propio poder discrecional de manera excesiva.

Así, todos los sistemas del equilibrio de poderes, tal como se los concebía en las constituciones de fines del siglo XVIII, están precisamente organizados de modo tal que de ellos resulte una legislación y una práctica política “moderada” en el sentido de Montesquieu: las cámaras se abstendrán de adoptar leyes excesivas porque el rey opondría su veto. El rey no adoptará ninguna decisión contraria a las leyes porque sus ministros se negarían a suscribirla. Así mismo, el presidente de la V República dudará en cuanto a la posibilidad de interpretar las circunstancias como suponiendo una amenaza grave e inmediata, sabiendo que el Parlamento puede interpretar su comportamiento como constitutivo del crimen de alta traición.

La restricción, en este caso, debe ser considerada como “débil” porque tales comportamientos no son imposibles (como podría ser un matrimonio celebrado fuera de las formas prescritas). Estos comportamientos pueden perfectamente producirse y ser calificados conforme a las intenciones de sus autores. En el caso de la aprobación de una ley excesiva en su contenido, no se trataría siquiera de una transgresión, y el veto regio no sería una sanción. Simplemente, tal actitud no sería razonable, mientras que —por lo menos según la opinión de los publicistas del siglo XVIII— sería preferible adoptar una ley de compromiso que arriesgarse a que no haya ley.

También puede ocurrir que las situaciones que resultan de un conjunto de normas en vigor induzcan a adoptar una conducta moderada, no para evitar consecuencias desagradables, sino para acrecentar su poder. La paradoja no es sino aparente, y resulta de una percepción del poder perfectamente ilustrada por la descripción montesquiviana del despotismo. Contrariamente a la monarquía, en donde uno solo gobierna, si bien mediante “leyes fijadas y establecidas”, el despotismo es un sistema donde uno solo gobierna, pero sin leyes, según sus caprichos. Así, el poder del déspota es, según Montesquieu, más grande que aquel del rey; ello, porque no está limitado por ninguna ley y porque no tiene otro objetivo sino “las delicias del príncipe” (*les délices du prince*). La omnipotencia del déspota es concebida de manera puramente negativa, como aquella del rey de Francia que es *legibus solutus* y a la imagen de Dios, si es definida como la capacidad de hacer milagros, es decir, de sustraerse a las leyes de la naturaleza o de cambiarlas en todo momento.

En cambio, si se define el poder de manera positiva, como la capacidad de determinar el comportamiento de otros, entonces se acrece el propio poder, no ya decidiendo según los caprichos personales, sino, por el contrario, enunciando reglas generales y estables que permitirán a los hombres prever las consecuencias de sus acciones; y, entonces, escoger, de entre las conductas posibles, aquellas que le serán más provechosas. Apartándose de las leyes, se emiten prescripciones válidas para acciones particulares; sometiendo a ellas se dispone para una clase de acciones.

Nada impide al Consejo de Estado o a la Corte de Casación dar, a cualquier texto, cualquier significado, puesto que toda interpretación será igualmente válida, pero si se comportasen así, está claro que las jurisdicciones inferiores y los justiciables serían incapaces de regular sus propias conductas, porque les sería imposible prever las consecuencias de sus actos.

En el caso del juez constitucional, no hay jurisdicciones inferiores, pero el legislador es un “justiciable”: no solo que una serie de interpretaciones arbitrarias podrían conducir a un cuestionamiento de la legitimidad del juez constitucional, sino, sobretudo, que este no podría contribuir a determinar, como lo hace, el contenido de la legislación futura. La conciencia de la estabilidad de la jurisprudencia es lo que permite al legislador hacer una estimación razonable de la licitud, y entonces de la viabilidad, de sus acciones. Por lo demás, por jurisprudencia tiene que entenderse, aquí, no simplemente las reglas que resultan del conjunto de las decisiones jurisdiccionales, sino también los métodos y sistemas de conceptos que permiten lograrlo. Es empleando los mismos métodos y conceptos que los justiciables, como también las otras autoridades, podrán esperar prever las decisiones jurisdiccionales, conocer las reglas a las cuales están sometidos y, así, reglar sus propias conductas.

## Referencias bibliográficas

de Béchillon, D. (1994). “L’ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l’interprétation – réflexions critiques”, *Revue de la Recherche Juridique* 1.

- Gray, J. (1927). *The Nature and Sources of the Law*. New York: Columbia University Press.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell.
- Meunier, J. (1994). *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*. Paris: LGDJ.
- Peyreffite, Alain (1994). *C'était de Gaulle*. Paris: Fayard.
- Searle, J. R. (1972). *Les actes de langage*. Paris: Hermann.
- Troper, M. (1994). "Le réalisme et le juge constitutionnel", *Revue de la Recherche Juridique* 1 (1995). *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, en P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruxelles: Bruylant et PU d'Aix Marseille, pp. 235-ss.
- (1999). "Una teoria realista dell'interpretazione". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIX, 2, 473-493.
- (2006). "Une théorie réaliste de l'interpretation". *Revista Opinao Juridica*, 8 (2), 301-318.



LA LEGISLACIÓN EN HÄGERSTRÖM<sup>1</sup>  
Hägerström on Law-makingPATRICIA MINDUS<sup>2</sup>  
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

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

<sup>2</sup> 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-cognitivism, 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*)<sup>3</sup>. 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

<sup>3</sup> 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 Hägerström 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 involucrado<sup>4</sup>.

#### 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

<sup>4</sup> 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*<sup>5</sup> 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

<sup>5</sup> 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 ficción<sup>6</sup>. 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

<sup>6</sup>Ver 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—<sup>7</sup>. 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

<sup>7</sup> 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 descontroen 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 Schmitt<sup>8</sup>, 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”.

<sup>8</sup> 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).<sup>9</sup> 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.

<sup>9</sup> “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](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.



# Iuris Dictio.

Nº 25, JUNIO 2020

E-ISSN 2528-7834

*Miscelánea*

*m*

*i*

*s*

*c*

*e*

*l*

*á*

*n*

*e*

*a*

*.*



LA NEGLIGENCIA DEL ESTADO BRASILEÑO EN LA LUCHA  
CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y SUS CONSECUENCIAS  
The negligence of the Brazilian state in the fight  
against corruption in the private sector

CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE GODOI<sup>1</sup>  
Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

### Resumen

Desde fines del siglo XXI hay un movimiento en el seno internacional de lucha contra la corrupción en el sector privado que, por mucho tiempo, estuvo alejado del debate científico y político en detrimento del sector público, cuyos instrumentos jurídicos son más largos y extensos. Sin embargo, Brasil camina al contrario de otros países que ya criminalizan la corrupción, con muchas tentativas frustradas, frente a recientes escándalos de tramas de corrupción de repercusión mundial que involucra a particulares. El presente artículo busca discutir el actual escenario brasileño y las consecuencias de la ineficiencia del parlamento brasileño en dictar medidas efectivas de criminalización de la corrupción en el sector privado para la sociedad brasileña, especialmente para la iniciativa privada.

### Palabras clave

Corrupción, Criminalización, Sector privado, Ineficiencia.

### Abstract

Since the end of the 21<sup>st</sup>-Century, there has been an international movement to fight corruption in the private sector that for a long time was far from the scientific and political debate to the detriment of the public sector, whose legal instruments are longer and larger. However, Brazil walks against other countries that already criminalize corruption, with many frustrated attempts, even in the face of recent corruption scandals involving individuals with global repercussions. This article seeks to discuss the current Brazilian scenario and the consequences of the inefficiency of the Brazilian parliament in editing effective measures to criminalize corruption in the private sector for Brazilian society, especially for private initiative.

### Keywords

Corruption, Criminalize, Private Sector, Inefficiency.

## 1. Introducción

Aunque haya reconocimiento por parte de la academia, de los organismos internacionales y de muchas naciones acerca de los efectos puramente negativos de la corrupción en el sector privado para toda la sociedad —lo cual es suficiente para justificar la persecución penal,

<sup>1</sup> Investigador, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil. Especialista en Gestión de Negocios. Administrador de empresas, licenciado por la Facultad Metodista Granbery, y abogado, licenciado por la Universidad Federal de Juiz de Fora. Correo electrónico: carlogodoi@me.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6567-2655>

civil y administrativa de dicha conducta— muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo los sudamericanos, aún tratan la corrupción como un fenómeno asociado exclusivamente al sector público. El presente estudio busca describir el escenario de desajuste del marco legal brasileño de anticorrupción frente al avance de instrumentos normativos de lucha contra la corrupción privada en la coyuntura internacional, además de diseñar un diagnóstico de las causalidades y de las posibles medidas profilácticas contra el actual panorama de retraso en el país.

Comprender la ruta histórica de construcción de las malversaciones de corrupción en el sector privado y los esfuerzos que, hace mucho tiempo, han sido protagonizados por muchos países, sobre todo los europeos, para criminalizar dicha conducta, implica comprender la gravedad de la negligencia del Estado brasileño en combatir la corrupción entre particulares y asumir la importancia del debate sobre las posibles causas no tratadas, así como lo que se puede hacer para cambiar el *status quo*.

En el primer inciso de este artículo hay una profundización acerca del crecimiento del interés científico sobre la corrupción perpetrada en el sector privado y el aumento de su relevancia política, lo cual culminó en el desarrollo de instrumentos normativos de lucha en las esferas civil, penal y administrativa, en el ámbito internacional, regional y doméstico. Enseguida, se explica cómo el escenario brasileño es preocupante e ineficiente en materia de lucha contra la corrupción en el sector privado, así como el abismo en términos de importancia frente a las medidas contra la corrupción en el sector público. Luego, se hace un estudio sobre los diversos efectos negativos de la corrupción sobre la economía y la sociedad brasileña, poco comprendidos en su relevancia y gravedad por la opinión pública, en sus distintos matices.

La metodología de investigación adoptada en el presente trabajo se basa en un análisis exploratorio acerca de los estudios académicos sobre el tema y un análisis descriptivo sobre cómo las teorías se aplican en lo fáctico, en la realidad normativo-política brasileña. Al respecto del delineamiento de la investigación, esta se desarrolla a través de investigación bibliográfica en publicaciones notablemente respetadas y las más recientemente producidas, así como la investigación documental en las producciones legislativas domésticas y los tratados internacionales sobre el tema de la corrupción entre particulares.

La tesis planteada en este artículo busca responder a las siguientes cuestiones: ¿cuál la importancia de luchar contra la corrupción en el sector privado? ¿Cómo el tema del combate a la corrupción en el sector privado es tratado por otros ordenamientos jurídicos? ¿Cómo el tema de la corrupción el sector privado es tratada en el ordenamiento jurídico brasileño? ¿Cuáles son las posibles causas del retraso brasileño en tipificar la conducta de corrupción en el sector privado? ¿Cuáles son las consecuencias de la omisión normativa del ordenamiento jurídico brasileño acerca de la corrupción en el sector privado de este país? ¿Cuáles son las posibles soluciones para la omisión legislativa de lucha contra la corrupción en el sector privado?

## **2. La relevancia, expansión del interés científico y el paulatino reconocimiento normativo de la corrupción en el sector privado**

La corrupción, no importa cuál sea su modalidad, es uno de los delitos más difíciles, si no es el más difícil, de investigar. La mayoría de las veces se realiza en absoluto secreto y con medios sofisticados, orquestados por sujetos que saben ocultar con maestría los rastros de sus acciones y enterrar el fruto de sus delitos, lejos de cualquier investigación (Hershman, 1996, pp. 61-66).

Aunque la corrupción esté bajo este panorama desafiante, el fenómeno ha atraído crecientemente la atención de la academia ante su complejidad en términos sociales, políticos y económicos, cuyos impactos son sentidos por todas las naciones del mundo, independientemente del régimen de gobierno —sea autoritario o democrático— y del sistema económico —sea capitalista o socialista—, en un grado mayor o menor a depender de la fuerza y fiabilidad de las instituciones (Robles, 2015, p. 12).

La corrupción ha sido objeto de una serie de estudios en varias áreas de investigación, por ejemplo, en la economía, especialmente en lo que respecta a sus efectos sobre el desarrollo. También en el derecho, sobre todo en cuanto a sus aspectos penales y en el ámbito de la personería jurídica, orientándose por diversas perspectivas teóricas, sea de los derechos humanos, de la psicología, de la criminología o de la ética (Cuenca, 2009, p. 27).

El protagonismo de la corrupción en las investigaciones académicas en las últimas décadas se reflejó en la agenda política global, en la medida en que las organizaciones internacionales han centrado esfuerzos en emprender estudios, esta vez empíricos, con la finalidad de colaborar con las medidas para prevención y lucha contra la corrupción. Esto se ha hecho con especial énfasis en la medición de la corrupción, en el análisis de sus posibles causas y en la creación de recomendaciones de buen gobierno, en particular los provenientes de organismos como la Organización para Desarrollo y Cooperación Económica (OCDE), el Banco Mundial, y de entidades como Transparencia Internacional.

Las iniciativas internacionales en materia de lucha contra la corrupción se expandieron en el plan normativo a lo largo de los últimos años debido a la conciencia de su importancia por los actores internacionales, cuyos principales instrumentos han sido la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Drogas (1988); el Grupo de Acción Financiera (1989); el Convenio de Estrasburgo sobre Confiscación y Blanqueo de Capitales del Consejo de Europa (1990); la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, que establece los sujetos obligados a comunicar el origen de sus recursos financieros (1991); la Unidad de Inteligencia Financiera Grupo Egmont (1995); la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (1996); el Convenio sobre el Soborno de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para Desarrollo y Cooperación Económica (1997); el Convenio sobre la Lucha contra los Actos de Corrupción que Involucran los Funcionarios de las Comunidades Europeas y de los Estados Miembros de la Unión Europea del Consejo de Europa (1997); el Grupo de Estados Contra la Corrupción creado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1998); el Convenio sobre la Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999); la Convención de Palermo de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (2000); la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003); y la Convención de Mérida de las Naciones Unidas sobre la Corrupción (2003).

Sin embargo, históricamente las ciencias sociales y las legislaciones han condicionado su enfoque sobre la corrupción como un fenómeno asociado al sector público, alejándose de sus proyecciones en el sector privado, tanto que las definiciones gramaticales del término están vinculadas a su carácter público. Este escenario se extiende al derecho continental interamericano que aún insiste en comprender la corrupción como el intercambio de una acción u omisión ejercido de manera irregular en el marco de una entidad de naturaleza pública, objetivando una ventaja indebida (Del Pozo, 2016, p. 84).

Por el contrario, el derecho continental europeo camina en dirección opuesta, rompiendo los límites del ámbito público y reconociendo la necesidad de también castigar la conducta corrupta en el seno de las relaciones privadas. La Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea proporcionó un modelo mínimo de clasificación de la corrupción en el sector privado y aceleró su proceso normativo en el ordenamiento jurídico de los Estados europeos que se ha concretado con la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, que consistió en un marco comunitario de lucha contra la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arazmendi y Blanco Cordero, 2002, p. 259-263).

Sin embargo, la previsión de la corrupción en el sector privado por diplomas normativos no es reciente, habiendo registros históricos de su criminalización en la Ley sobre la Prevención de la Corrupción de 1906, de Gran Bretaña, y en la Ley Contra la Competencia Desleal de 1909, de Alemania. Después de un periodo de olvido de la corrupción en el sector privado entre los temas de interés de los Estados, los cambios en el orden económico de los finales del siglo XX contribuyeron a reavivar los temores acerca de dicho fenómeno por razones importantes:

El proceso de privatización masiva emprendido en los últimos años del siglo pasado ha supuesto importantes cambios en el sector económico, y una gran parte de las actividades económicas a través de las cuales el Estado cumplía determinadas funciones se ha transferido a empresas privadas. Dado el carácter privado de estas nuevas empresas, si un empleado actúa de forma corrupta como consecuencia de un soborno, no va a poder responder penalmente con base en las normas relativas a la corrupción, pensadas exclusivamente para castigar comportamientos que se llevan a cabo en el sector privado (p. 258).

A partir del momento en que la teorización de la corrupción rompió con la concepción según la cual el fenómeno consiste en el abuso del poder o irregularidad en el proceso de toma de decisión política o administrativa, hubo un cambio para adoptar una visión basada en el uso de una posición de poder para lograr una ventaja indebida. Dicho fenómeno empezó un camino para alcanzar la autonomía teórica en términos de lo que se conoce como corrupción privada (De la Cuesta Arazmendi, 2014).

Los avances en los estudios sobre la corrupción en el sector privado han demostrado que hay varios ejemplos en los que deben verificarse los hechos de corrupción cometidos exclusivamente entre sujetos privados, tales como: el soborno de un empleado de un banco para que conceda un préstamo a una empresa en condiciones favorables; el incentivo indebido de los directivos o empleados de una entidad con el fin de obtener una licencia; y el cambio de la ingeniería de un procedimiento de contratación de una empresa mediante el pago de soborno (Argadoña, 2005).

Además del reconocimiento del universo privado como espacio donde ocurre la corrupción, los estudios científicos también han demostrado que dicho fenómeno produce efectos negativos sobre bienes jurídicamente tutelados y que están íntimamente relacionados al orden económico. Estos son la debida lealtad al propietario de la empresa o al empleador, la protección del patrimonio de la empresa, la protección del consumidor y la justa competencia en el mercado (Encinar del Pozo, 2016, p. 91).

La literatura académica con todos estos estudios señala la debilidad de argumentos desfavorables al reconocimiento normativo de la corrupción en el sector privado recogidos en el dogma de que el mercado es una entidad eficiente para mitigar por sí sola la corrupción o de que la corrupción en el sector privado produce ínfima lesión a los bienes jurídicos para que se justifique la tutela del Estado.

Así, la corrupción no es un fenómeno restringido al sector público, extendiéndose a otros ámbitos de la vida social debido a la complejidad social, con especial énfasis para su manifestación en el sector privado. Sus efectos afectan no sólo a la economía, sino que también perjudican la regulación del funcionamiento de las instituciones sociales, lo cual tiene poco reconocimiento en el escenario legislativo de los países americanos (Bardon, 2013, p. 3).

En vista de las distintas dimensiones de la corrupción respecto a los sectores público y privado, de acuerdo con las lecciones de Antonio Argandoña y Ricardo Berendson, se puede afirmar que:

Debido a la cobertura que ha tenido la corrupción en el sector público, son de sobra conocidos los ejemplos de acciones corruptas en dicho ámbito, como los pagos para que un político o funcionario autorice la concesión de un contrato público; sin embargo, muchas veces resultan menos conocidos los ejemplos del sector privado —aunque cada vez suenan más—, como las atenciones al director de compras de una empresa para conseguir un pedido o, simplemente, para tener su ánimo inclinado a concederlo en el futuro. Se trata de prácticas que no siempre se pueden distinguir de la costumbre legítima de hacer regalos para mantener buenas relaciones comerciales y sociales (2009, p. 8).

Respecto a la dicotomía entre el sector público y privado es importante destacar que la simple separación entre estas esferas consiste en una simplificación demasiado obtusa de la estructura social, que implica a la corrupción. La idea de fusión de los aspectos del sector público y del privado es deficiente, pues no considera el hecho de que la sociedad es fragmentada en diversos sectores que requieren una multiplicidad de enfoques descriptivos distintos que no pueden ser satisfactoriamente comprendidos desde una clasificación binaria. Esto puede ser verificado en el trato normativo de la corrupción, pues hay legislaciones que conciben un tipo penal unívoco para abarcarla en los sectores público y privado, y toda una suerte de variables con el objetivo de alcanzar de manera satisfactoria todas sus posibles formas. Por otro lado, hay otras legislaciones que no se limitan solamente a tipificar la corrupción en dos tipos, como corrupción pública y privada, pero considera otros tipos penales que tipifican conductas específicas de acuerdo con su gravedad, tales como soborno de oficiales extranjeros, corrupción deportiva, corrupción urbanística, entre otros.

Sin embargo, los primeros esfuerzos en el plan internacional para reconocer la importancia de medidas legislativas de lucha contra la corrupción en el sector privado, con énfasis en las medidas comunitarias de la Unión Europea, aunque aún basadas en la clásica dicotomía Estado y sociedad o público y privado, tienen un importante papel en la difusión de la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Hasta comienzos de la década de los 90 del siglo pasado, la corrupción era considerada como una materia de jurisdicción doméstica, que interesaba solamente a los Estados frente su soberanía. Sin embargo, tal escenario empieza a cambiar a partir de finales de la década e inicios del siglo XXI, pues la corrupción en general se estableció en la agenda de la comunidad internacional que empezó a tratar el tema mediante instrumentos normativos con imperativos para la legislación doméstica, ante diversos contextos que desafiaron la capacidad de los Estados de frenar los efectos transnacionales del fenómeno. Por citar algunos: la fuga de capitales y de los agentes hacia otros Estados; la dificultad para ejecución de sentencias; la repatriación de las ganancias; y la extradición de los corruptos fugitivos (Vargas, 2004, pp. 133-134).

A este panorama se sumó la apertura de los mercados nacionales y la creciente exigencia por desregulación y modernización de los Estados, en vista de atraer inversiones extranjeras, resultando en mayor competencia internacional. Como consecuencia demandó a los Estados la adopción de niveles más exigentes de transparencia y prácticas más objetivas y predecibles en las contrataciones públicas con el sector privado, especialmente por fuerza de legislaciones nacionales con efectos extraterritoriales.

Sin embargo, la adopción de nuevas prácticas de buen gobierno no fue capaz de evitar la sofisticación de las prácticas corruptas, debido al carácter complejo del fenómeno, demandando a los Estados una postura más enérgica para la unión de esfuerzos, con otras naciones y organismos internacionales, para obtener más éxito en el combate de la corrupción. Asimismo, la corrupción, siendo un fenómeno complejo, multifacético y plagado de matices que le confieren un sentido demasiado amplio y metajurídico, no impidió su integración en el sistema normativo, siendo aún paulatina la recepción de sus variables, por ejemplo, la corrupción en el sector privado.

Lo que resultó del interés internacional por la tipificación de la conducta corrupta entre particulares han sido una serie de factores enumerados por Antonio Argandoña: los avances en la lucha contra la corrupción en el sector público han puesto de manifiesto la importancia que tiene el fenómeno también en el sector privado, materializado en la Convención de la OCDE, que resultó en la reforma de las legislaciones domésticas de sus Estados-miembros; el aumento significativo de la corrupción en países emergentes para supervivir en medio a la intensificación de la competencia y eficiencia económica de los mercados o de países subdesarrollados para atraer el capital extranjero mediante facilidades ilegales; la sensibilidad de los negocios ante los efectos del soborno y de la extorsión privada sobre la justa competencia; la necesidad de establecimiento de un espacio nivelado para los negocios entre particulares en mercados recién abiertos que aún son conniventes con la corrupción en las costumbres comerciales; la traslación de la cultura de corrupción del sector público para el sector privado en virtud de la privatización de las empresas públicas; los procesos de apertura y desregulación de mercados nacionales sin las necesarias reformas institucionales para que el Estado reúna condiciones para soportar la economía de mercado y la democracia liberal; y la mayor exposición de los negocios ante la intensificación de prácticas de marketing que resultaron en una valoración mayor por parte de la sociedad con respecto a las buenas prácticas y la imagen corporativa (Argandoña, 2003, p. 3).

Muchos Estados miembros de la Unión Europea castigan como delito el hecho de corrupción practicada en el sector privado con un tipo penal específico según los moldes de la Acción Común del bloque europeo, tales como Alemania (sección 299 ss., *Strafgesetzbuch*)<sup>2</sup>, Austria (sección 305 y 306, *Strafgesetzbuch*)<sup>3</sup>, Francia (artículo 445-1 ss., *Code Pénal Français*)<sup>4</sup>, Países Bajos (artículo 328ter, *Dutch Criminal Code*)<sup>5</sup> y Reino Unido (sección 1 y 2, *Bribery Act*)<sup>6</sup>. Sin embargo, otros países europeos aún caminan demasiado lento en este aspecto, tal como Portugal e Italia, que sólo recientemente han criminalizado la corrupción en el sector privado. Por su lado, España es el peor ejemplo en este aspecto, pues aún no contempla en su legislación penal el castigo a la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arazmendi y Blanco Cordero, 2002, p. 268).

<sup>2</sup> Parlamento Federal de Alemania (1851).

<sup>3</sup> Parlamento de Austria (1974).

<sup>4</sup> Parlamento de Francia (1992).

<sup>5</sup> Parlamento Nacional de los Países Bajos (1881).

<sup>6</sup> Parlamento del Reino Unido (2010).

Mientras los países europeos avanzan en lo que se refiere a la criminalización de la corrupción en el sector privado, debido sobre todo a las iniciativas de la Unión Europea, este avance no pertenece solamente a este continente, sino que países ajenos al bloque europeo también han combatido la corrupción en el sector privado a través de la tipificación penal de la conducta. En Oriente Medio, la corrupción en el sector privado es criminalizada en los Emiratos Árabes Unidos (artículo 236/1, Código Penal)<sup>7</sup> y Líbano (artículo 354, Código Penal Libanés de 1943)<sup>8</sup>. En Asia, la corrupción en el sector privado es delito en Malasia (*Malaysian Anti-Corruption Commission Act 2009*)<sup>9</sup>, Singapur (*Prevention of Corruption Act*)<sup>10</sup> y China (artículo 8.1, *Anti-Unfair Competition Law*<sup>11</sup>; artículos 163, 164, 385, 387, 388, 389, 391, 392 y 393, Código Penal Chino)<sup>12</sup>. En el Extremo Oriente, la corrupción en el sector privado es criminalizada en Ucrania (*Law on Prevention of Corruption*<sup>13</sup>, *Law on Principles of Preventing and Countering Corruption*<sup>14</sup> y *Criminal Code*)<sup>15</sup>, Eslovenia (artículo 241 KZ-1 y 242 KZ-1, Código Penal Esloveno)<sup>16</sup>, Eslovaquia (artículo 328, 332, 336A y 336B, Código Penal Eslovaco)<sup>17</sup>, República Checa (secciones 331-334, Código Penal Checo)<sup>18</sup> y Bosnia y Herzegovina (Código Penal Bosnio)<sup>19</sup>.

Sin embargo, mientras la corrupción en el sector privado siga siendo acogida en las legislaciones de los países europeos en virtud de las iniciativas comunitarias y en otros países del mundo, debido a los mandatos de criminalización constantes en los tratados internacionales que son resultado del consenso multilateral en los organismos internacionales, estos esfuerzos no han tenido un impacto sustantivo en las legislaciones de los países del continente americano, en este caso en Brasil, por una serie de factores que son objeto de análisis en el capítulo siguiente.

### 3. El retraso brasileño ante el avance internacional en la lucha contra la corrupción en el sector privado

El movimiento de tipificación de la corrupción en el sector privado sobrepasó las fronteras del continente europeo en el inicio del siglo XXI y, tímidamente, ha sido recomendado por organismos internacionales de mayor cobertura a través de instrumentos internacionales de *soft law*. Es decir, que aún no tienen mandato imperativo, tan solo un carácter de recomendación.

El mejor ejemplo de dicho contexto es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también conocida como Convención de Mérida, firmada en el 2003 por una serie de naciones que se comprometieron a prever normas en sus ordenamientos jurídicos que, al menos, tipificasen penalmente la corrupción y otros hechos delictivos. Sin embargo, en lo que se refiere a la corrupción en el sector privado, existe tan solamente una disposición de criminalización sin carácter imperativo que recomienda el combate a dicha conducta al menos en la esfera civil y administrativa.

<sup>7</sup> Parlamento de Emiratos Árabes Unidos (1987).

<sup>8</sup> Parlamento del Líbano (1943).

<sup>9</sup> Parlamento de Malasia (2009).

<sup>10</sup> Parlamento de la República de Singapur (1960).

<sup>11</sup> Asamblea Popular Nacional de China (1993).

<sup>12</sup> Asamblea Popular Nacional de China (1979).

<sup>13</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2014).

<sup>14</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2011).

<sup>15</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2001).

<sup>16</sup> Consejo Nacional de la República de Eslovenia (2012).

<sup>17</sup> Consejo Nacional de la República Eslovaca (2005).

<sup>18</sup> Parlamento de República Checa (2009).

<sup>19</sup> Asamblea Parlamentaria de Bosnia y Herzegovina (2017).

La redacción del artículo 21 de la Convención de Mérida es una clara evidencia de que el consenso internacional busca estorbar el avance de la lucha contra la corrupción en un sector estratégico de la sociedad e históricamente poco reglamentado. En este sentido, es evidente e innegable el trato desigual de la corrupción en el sector público y privado que no se sustenta en argumentos válidos.

La diversidad de países que componen las Naciones Unidas resulta en una inequívoca dificultad para el consenso internacional homogéneo que Eiiti Sato afirma ser una cuestión históricamente jamás resulta en las relaciones internacionales, pues:

[...] No hay una fórmula para establecer los límites de la noción de soberanía en relación a las normas, principios e instituciones internacionales. La razón central reside en el hecho de que no hay un estándar universal para los conceptos de justicia, de derechos y de obligaciones entre sociedades y pueblos. A pesar de toda la retórica de la globalización, continúan evidentes las señales de que permanecen vivas las diferencias culturales y religiosas entre los pueblos. Esas diferencias revelan más de una entre las muchas facetas de la paradoja de la propia existencia humana: al mismo tiempo que son esenciales para la preservación de la multiplicidad y riqueza del fenómeno humano, también sustentan diferentes patrones de comportamiento económico, social y político, dificultando la comprensión mutua y la convivencia (2003, p. 162).

En este aspecto de la construcción del orden internacional hay una gran dificultad que reside en la reluctancia de muchos Estados en ceder parte de su soberanía en favor de instancias internacionales en lo que respecta a la transformación de la acción política doméstica, orientada por en consenso multilateral ante las visiones y percepciones internas acerca del mundo y de las cosas.

La opción seguida por la Convención de Mérida difiere mucho de la seguida por los convenios regionales, a destacarse la Convención para la Prevención y el Combate de la Corrupción de la Unión Africana y la Acción Común 98/742/JAI, sustituida por la Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea, frente a la opción seguida por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que refleja la diversidad existente entre los diversos ordenamientos jurídicos que componen la Convención de las Naciones Unidas en el punto referente a la corrupción en el sector privado y el deseo de lograr, pese a las diferencias, el mayor número posible de ratificaciones del texto (Pérez Cepeda y Benito Sánchez, 2012, p. 42).

Debido a este motivo, la Convención de Mérida se ha tornado un instrumento internacional sin efectos prácticos en el orden interno de muchos Estados, reacios a criminalizar la corrupción en el sector privado bajo el argumento de que los pactos internacionales no pueden sobreponer la soberanía estatal. Súmase a esto el hecho de que dicho tratado internacional es carente en mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las disposiciones ratificadas y de mecanismos sancionatorios para los incumplimientos de los compromisos asumidos (Argadoña, 2005, p. 10).

Este contexto de retraso de las iniciativas normativas de combate a la corrupción en el sector privado es muy significativo en el continente americano, pues es la región con menor desarrollo en el mundo en lo que se refiere a esta materia. Tal retraso se reafirma cuando se analiza las relaciones internacionales entre los Estados americanos dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo instrumento internacional dedicado al combate a la corrupción es la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1997. Así

como en la Convención de Mérida, la Convención Interamericana está compuesta de normas de aplicación imperativa y aquellas de carácter programático, articulando un marco en la lucha contra la corrupción en la región interamericana. En lo que se refiere al combate a la corrupción en el sector privado, el instrumento es deficiente, pues su alcance es limitado a la corrupción en el sector público y ni siquiera contempla disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, ni que sea civil o administrativa, demandando una actualización después de once años sin cualquier discusión.

El continente americano es más permisivo con la corrupción en el sector privado que otros continentes, aunque países como Perú y Colombia incorporaron en sus legislaciones la criminalización de la conducta. En Perú, se ha incorporado en el Código Penal<sup>20</sup>, a través del Decreto Legislativo No. 1385, los artículos 241-A y 241-B que prohíben las figuras de la corrupción en el ámbito privado y la corrupción en el interior de los entes privados. En Colombia, se adoptó, entre otras medidas contra la corrupción, la incorporación de los artículos 250A, 250B y 258 al Código Penal<sup>21</sup>, a través de la Ley No. 1474/2011, que castigan las figuras de la corrupción privada, la administración desleal y la utilización indebida de información privilegiada.

En los EE. UU., mientras la legislación federal no posee un tipo penal que prohíba expresamente la conducta de corrupción entre particulares, el Departamento de Justicia, equivalente a la Fiscalía, se vale de una inteligencia jurídica de las normas para punir los hechos delictivos con base en conductas tipificadas como fraude, conspiración o lavado de dinero. Ante tal ausencia, los dispositivos legales relativos al fraude por correo, medios electrónicos y de servicios honestos (S.18 § 1341, 1343, 1346, *U.S. Criminal Law*)<sup>22</sup>, la Ley de Viajes son utilizados por el Departamento de Justicia para enjuiciar el soborno en el sector privado. Sin embargo, las sanciones aplicables a dichos hechos con base en estos tipos delictivos son más blandas que el tipo penal de soborno previsto en la legislación estadounidense, pues tales tipos son pensados para situaciones menos complejas o cuya lesión al bien jurídico tutelado es de menor relevancia.

Así como las legislaciones en el ámbito federal estadounidense tienen un papel inexpressivo en la lucha contra la corrupción en el sector privado, las legislaciones de 36 Estados norteamericanos criminalizan la corrupción en el sector privado, entre los cuales están California (sección 641.3, *California Penal Code*)<sup>23</sup>, Delaware (sección 881, *Delaware Code*)<sup>24</sup>, Massachusetts (sección 39, *Massachusetts General Laws*)<sup>25</sup>, New Jersey (sección 2C:21-10, *The New Jersey Code of Criminal Justice*)<sup>26</sup> y Texas (sección 32.43, *Texas Penal Code*)<sup>27</sup>.

Brasil no se distancia tanto de la realidad estadounidense en lo que se refiere a la ausencia de legislación a nivel federal que castigue la corrupción en el sector privado. Sin embargo, el panorama brasileño es aún peor porque no hay siquiera leyes estatales, como en el contexto norteamericano, por más que haya el permiso constitucional previsto en el párrafo único del artículo 22 de la Constitución de la República Federal de Brasil<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> Congreso de la República del Perú (1991).

<sup>21</sup> Congreso de la República de Colombia (2000).

<sup>22</sup> Congreso de los Estados Unidos de América (1948).

<sup>23</sup> Legislatura del Estado de California (1872).

<sup>24</sup> Parlamento de Delaware (1899).

<sup>25</sup> Corte General del Estado de Massachusetts (1920).

<sup>26</sup> Asamblea General del Estado de New Jersey (1978).

<sup>27</sup> Legislatura Estatal de Texas (1856).

<sup>28</sup> Congreso Nacional de Brasil (1988).

Así como el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la Fiscalía de Brasil no deja que la ausencia de un tipo penal específico que castigue los hechos de corrupción en el sector privado impida la persecución penal de las conductas, para que sus agentes no permanezcan impunes, y eso ocurre a través de la aplicación de otros tipos penales que puedan ser adoptables. Sin embargo, la consecuencia es la misma verificada en el ejemplo norteamericano, que es condenar con penas más blandas a hechos muy lesivos a bienes jurídicos muy importantes, especialmente en el actual escenario de corrupción sistémica. Además, hay otro efecto negativo ante esta carencia, que es la imposibilidad de cooperación penal internacional con otros países que estén investigando delitos de corrupción privada, practicados por brasileños o por extranjeros, pues en virtud de la atipicidad de la conducta, la extradición o el cumplimiento de sentencia se torna imposible de acuerdo con las reglas constitucionales e infra constitucionales de naturaleza procesal y penal.

Brasil asumió el compromiso internacional de acoger las disposiciones de la Convención de Mérida en 2003, con su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico interno en 2006, a través del Decreto No. 5.687, de 31 de enero de 2006<sup>29</sup>. Sin embargo, hasta hoy, las medidas contra la corrupción en el sector privado no pasan de proyectos legislativos suspensos en los archivos del parlamento brasileño, pues en lo que se refiere a la criminalización de la corrupción en el sector privado, dicho tratado internacional produce tan sólo una recomendación.

Actualmente, los únicos instrumentos punitivos de hechos de corrupción en el sector privado vigente en Brasil son la Ley No. 12.529/2011<sup>30</sup>, cuya finalidad es la prevención y represión a las infracciones contra el orden económico; y la Ley No. 9.279/1996<sup>31</sup>, que reglamenta la propiedad industrial y prevé catorce tipos penales relacionados a la competencia desleal, pero que permanece sin eficacia práctica en la represión a los delitos.

En el Senado Federal, desde el año 2012, se tramita el Proyecto de Ley No. 236<sup>32</sup>, para la institución de un nuevo código penal brasileño que propone en el capítulo de los delitos contra el patrimonio, el artículo 167, que tipifica la figura del cohecho entre particulares. En un análisis comparado con el artículo 21 de la Convención de Mérida, la citada disposición de dicho proyecto de ley es positiva, en lo que se refiere a los actos que componen la conducta típica. Más allá de los actos de prometer, ofrecer, conceder, solicitar y aceptar de la Convención, la propuesta legislativa acrecienta la exigencia, recibimiento, pago y aceptación de promesa, como hechos punibles. Sin embargo, la propuesta cumple deficientemente la Convención, es decir, no adopta el texto mínimo acordado, pues a lo que se refiere al hecho activo inserto en el párrafo único del proyecto propuesto, se castiga sólo a aquel que dirige el acto ilícito, al representante de la entidad del sector privado, y deja impune a aquellos que objetivan practicar el delito frente a otros que ejercen cualquier actividad en la misma entidad.

Es importante señalar que en dicho proyecto normativo, la tipificación de la corrupción entre particulares prevé una pena de prisión durante un período de uno a cuatro años; al paso que el cohecho contra la administración pública prevista en el artículo 276 conmina una pena de prisión de tres a ocho años. La menor severidad en el castigo a la corrupción cometida en el sector privado es injustificable y puede generar una idea de menor reprobación y, consecuentemente, un estímulo a tal conducta, ya que la legislación aún permite la aplicación de sanciones alternativas a la prisión del agente debido al *quantum* de la pena máxima.

<sup>29</sup> Congreso Federal de Brasil (2006).

<sup>30</sup> Congreso Federal de Brasil (2011).

<sup>31</sup> Congreso Federal de Brasil (1996).

<sup>32</sup> Senado Federal de Brasil (2016).

Otro error de dicho proyecto de ley, que puede explicar parte de tal discrepancia es la mala vinculación del delito a una lesión al patrimonio, en vez de asociarlo a una lesión contra el orden económico-financiero, que es un bien jurídico de mayor protección. Por lo tanto, las lesiones son más reprochables y resultarían en penas mayores, así como son los delitos contra la Administración Pública.

Una escandalosa trama de corrupción de repercusión mundial involucrando la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF), el Comité Organizador Local de la Copa del Mundo FIFA Brasil 2014 (COL) y la Federación Internacional del Fútbol (FIFA), en actos de pago de soborno para cesión de derechos de transmisión de los juegos de fútbol de la Copa del Mundo del 2014, pagos de sobornos en contratos de patrocinio diseñados para realización de partidas del equipo de fútbol nacional brasileño y de los juegos organizados por la CBF, de la Copa de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo de 2014, impactó negativamente la percepción de la corrupción en Brasil (Bruno, 2018).

Dicho escándalo no sólo develó una trama sistémica y antigua de corrupción, involucrando a sujetos privados, como también señaló para el mundo que dichos hechos no podrían ser perseguidos por las autoridades brasileñas, pues la corrupción en este sector específico no estaba inserta en la legislación nacional como crimen. Esto se tornó aún más claro y vergonzoso cuando la autoridad judicial estadounidense condenó el ex presidente de la CBF, José Maria Marin, una pena de cuatro años de prisión acumulada con multa de USD 1,2 millones, por los delitos de crimen organizado, fraude bancario y lavado de dinero, aunque en el territorio brasileño los delitos permanecieron impunes (Eastern District of New York Attorney's Office, 2018).

Otra trama de corrupción en el sector privado en Brasil se volvió un escándalo internacional en 2016, involucrando el ex jefe del Comité Olímpico Brasileño (COB), Carlos Arthur Nuzman, por pago de soborno de USD 2 millones para garantizar el voto del ex presidente de la Asociación Internacional de Federaciones Atléticas (IAAF), Lamine Diack, en favor de elegir a Río de Janeiro como sede de los Juegos Olímpicos de 2016, por más que la ciudad era la que poseía las peores condiciones para recibir el evento deportivo, desmembrándose para otros fraudes en el seno de los proyectos de construcción de la Ciudad Olímpica y compras de resultados de juegos.

En virtud de los perennes escándalos de corrupción estrictamente perpetrados entre particulares con poder económico en el seno de las tramas deportivas de 2014 y 2016 en Brasil, fue propuesto el Proyecto de Ley No. 455, del año 2016<sup>33</sup>, por la Comisión Parlamentaria de Investigación del Fútbol, instalada en 2015 en el Senado Federal, para apurar posibles irregularidades en la realización de la Copa de las Confederaciones y de la Copa del Mundo de 2014. Dicho Proyecto de Ley busca modificar en el actual Código Penal el artículo 196-A para tipificar como delito la conducta de corrupción privada, con sanción de prisión de uno a cuatro años.

La crítica que se hace a la redacción del tipo penal del Proyecto de Ley No. 455/2016 es que limita a los agentes a un rol taxativo, olvidando al tercero que comete las mismas conductas con la misma finalidad. Razón por la cual, el texto del tipo penal del Proyecto de Ley No. 236/2012 es mejor diseñado, pues alcanza también al tercero, en sintonía con el texto propositivo de la Convención de Mérida, evitándose que se opere la impunidad de determinados sujetos y que dicha disposición luego se torne inútil ante la apertura del texto, sobre el hecho activo de la conducta a interpretaciones más restrictivas al campo de agentes del delito.

<sup>33</sup> Parlamento de Brasil (2016).

INSTRUMENTO NORMATIVO	TEXTO NORMATIVO
Convención de Mérida	<p>Artículo 21. Soborno en el sector privado</p> <p>Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <p>a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;</p> <p>b. La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.</p>
PL No. 236, 2012	<p>Artículo 167. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, como representante de la empresa o institución privada, para favorecer a sí o a tercero, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones.</p> <p>Pena – prisión, de un a cuatro años.</p> <p>Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, al representante de la empresa o institución privada, ventaja indebida.</p>
PL No. 455, 2016	<p>Artículo 196-A. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, el director, el administrador, el miembro del consejo o de órgano técnico, el auditor, el gerente, el prepuesto, el representante o el empleado de la empresa o institución privada, para favorecer a sí o a terceros, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones.</p> <p>Pena – reclusión, de un a cuatro años, y multa.</p> <p>Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, la ventaja indebida.</p>

Figura 1.

Hace más de quince años, después de la firma de la Convención de Mérida por parte del Estado brasileño, que la criminalización de la corrupción entre particulares aún es una materia en discusión que tramita en los cajones del Parlamento Nacional brasileño. Es decir, el lapso temporal entre la firma del tratado internacional y su ratificación a través de los trámites internos se extiende demasiado, mientras que un número significativo de países ya adoptó la recomendación de tipificación de la corrupción privada desde que asumieron el compromiso.

A pesar de que el tratado internacional posee mandados de criminalización de carácter imperativo y de normas de orden facultativa, la firma solemne del Jefe de Estado no ha sido comprendida por la academia como una simple formalidad accesoria en el proceso de conclusión de un tratado internacional, sino un acto que genera un compromiso con el contenido integral

del texto, exceptuadas las reservas, y que parte del presupuesto de la obligación de buena fe de los Estados signatarios previsto en el artículo 18 de la Convención de Viena<sup>34</sup>, de 1969, sobre el derecho de los tratados (Dinh, Daillier y Pellet, 2003, pp. 138-140).

Dicho dispositivo de la mencionada Convención determina que los Estados que firman un tratado deben abstenerse de practicar cualquier acto que resulte en la frustración del objeto y de la finalidad del documento. Para eso, aunque dicho tratado no esté en vigor, es decir, aunque no exista como una norma jurídica, la firma del Estado de un tratado internacional le genera la obligación de no hacer, que consiste en abstenerse a cualquier acto contrario el espíritu del tratado.

En este contexto, parece correcta y asertiva la concepción de que, así como cuando los Estados se comprometen con los mandatos de criminalización de un convenio internacional a través de su firma, y más aún después de su ratificación, asumen una auto limitación al legislador ordinario en la elección de los bienes jurídicos penales. Es decir, se comprometen a criminalizar determinados hechos considerados ofensivos a estos bienes jurídicos, mediante la imposición de sanción; también asumen un deber ante las normas recomendatorias de criminalización de, al menos, vincular al parlamento a la discusión legislativa sobre la protección de los bienes jurídicos a que se recomienda proteger, como un acto coherente con la búsqueda de realización del objeto y de la finalidad del tratado que se traduce en, por lo menos, hacer esfuerzos para cumplir integralmente el convenio internacional.

La existencia de normas facultativas en tratados internacionales que solamente recomiendan medidas de enfrentamiento a hechos ofensivos a determinados bienes jurídicos, tal como el artículo 21 de la Convención de Mérida, no son meros dispositivos figurativos sometidos a la soberanía absoluta y desmedida de los Estados, sino también los vinculan en la medida que, a pesar de no estar obligados a tipificar los hechos, deben al menos considerarlos. Eso implica tomar iniciativas para discutir en el parlamento las recomendaciones hechas en los tratados internacionales ratificados en tiempo razonable, como un acto de buena fe esculpido en el artículo 18 del Convenio de Viena.

Así, solamente se puede decir que el Estado considera la posibilidad de adoptar la tipificación de la corrupción en el sector privado si este se discute en el ámbito doméstico, según los trámites internos legislativos al respecto del tema que se materializa en los proyectos de ley de discusión parlamentaria en tiempo razonable. Sin embargo, lo que se critica en el escenario brasileño es que tal discusión es demasiado lenta, sin cualquier esfuerzo de los parlamentarios de conferir la relevancia que el tema merece frente a los crecientes escándalos de corrupción, incluso en el sector privado, que han surgido en los últimos años.

#### **4. Las consecuencias del panorama legislativo brasileño sobre la corrupción en el sector privado**

Inicialmente, es fundamental establecer la premisa teórica de que es un gran error la idea de que la corrupción en el sector privado causa menos efectos negativos sobre la sociedad. El predominio de los estudios acerca de la corrupción en el sector público sobre los del sector privado crea una falsa sensación de que el primero es más importante, pero es al revés. La prevalencia de estudios sobre la corrupción en el sector público puede ser explicada por la mayor dificultad de percepción de la corrupción en las relaciones entre particulares que, por su naturaleza, son privadas del conocimiento público y, por eso, hay pocos insumos para la investigación.

34 Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*: CDI.

Sin embargo, este escenario ha cambiado gradualmente en los últimos años debido a la génesis de una serie de nuevos estudios respecto a la corrupción en el sector privado. Esto ha sido impulsado por los movimientos de legislación anticorrupción en diversos ordenamientos jurídicos en el mundo.

Especialmente en la última década, la teoría de los costes transaccionales ha contribuido para el aumento del interés científico sobre la corrupción privada y sobre su dicotómica relación con el sector público, siendo responsable por una serie de nuevos estudios que develaron al mundo un nuevo diseño paradigmático sobre el *modus operandi* de la corrupción y sus consecuencias.

Los primados de la teoría de los costes transaccionales apuntan a la existencia de diferentes tipos de incertidumbres, presentes en el ambiente donde una organización actúa y que influyen en diferentes tipos de costes que, al fin y al cabo, determinan la toma de decisiones de los entes privados (Karjalainen y Moxham, 2013). En lo que dice respecto a la corrupción, este estudio se centra en dos géneros de incertidumbres: la incertidumbre ambiental y la incertidumbre comportamental.

La incertidumbre ambiental consiste en la ambigüedad presente en el ambiente operacional relativa a la política, procedimientos y prácticas del gobierno que rige el territorio donde la organización está instalada y, a depender del grado de esa ambigüedad, hay un menor o mayor grado de imprevisibilidad para los gestores (Miller, 1992). Con el objetivo de suprimir la incertidumbre ambiental, en general, los gestores buscan informaciones sobre el ambiente externo. Sin embargo, la capacidad de los gestores en esta búsqueda es limitada. La previsión de resultados de sus decisiones se torna más oscura, culminando en el tipo de incertidumbre ambiental llamada incertidumbre informacional.

Para hacer frente al aumento de la incertidumbre interna, agravada por el riesgo de conocimiento sobre el ambiente externo, las organizaciones precipitan costes asociados a la búsqueda de informaciones necesarias para la ejecución de transacciones en el mercado de actuación, motivando a las empresas a que busquen mercados menos inciertos en términos ambientales para disminuir los costes de información (Madhok, 1996).

Mientras la corrupción privada opera en el seno de las relaciones privadas, el sector público no se aleja por completo de mantener cierta influencia en este campo. Como se ha manifestado en líneas anteriores, la política, los procedimientos y las prácticas del gobierno pueden significar una incertidumbre ambiental en la medida que estas son poco transparentes o contradictorias. El gobierno brasileño transmite un ejemplo práctico de dicha proposición teórica en la medida que el Jefe de Estado asume el compromiso de combatir la corrupción, incluso de discutir acciones efectivas de lucha contra el fenómeno en el sector privado. Sin embargo, el Poder Legislativo se mantiene ineficiente en crear normas que tipifiquen tal conducta como delito, como sucedió frente a los recientes escándalos de corrupción involucrando el sector privado en dos eventos de alcance mundial (Copa del Mundo 2014 y Juegos Olímpicos 2016), en un camino contrario al adoptado en relación a la corrupción en el sector público.

La postura del gobierno brasileño crea una imprevisibilidad para los gestores de organizaciones privadas que desean operar en el mercado nacional y que necesitan anticipar costes para coleccionar y procesar informaciones sobre la integridad ética de la iniciativa privada, y sobre la inclinación política estatal en criminalizar la corrupción privada.

El otro aspecto de incertidumbre es el asociado a la previsión de cuál comportamiento ha de ser adoptado por las otras personas; cuánto más alta la tasa de incertidumbre más alto es el riesgo de oportunismo (Brouthers y Brouthers, 2003). El oportunismo es conceptualizado como el comportamiento de aprovechar una oportunidad para defraudar o engañar a otra parte

de una relación (Smith, 2018). En el ambiente empresarial, el oportunismo es una preocupación constante de los gestores en la conducción de los negocios que, a modo de prevenirse contra sus efectos, precipitan costes de monitoreo y ejecución, tanto para garantizar que las partes cumplan con sus obligaciones predeterminadas, como para castigar o ejercer control sobre la parte que incumpla sus obligaciones, respectivamente (Sampath, Gardberg y Rahman, 2018).

Las organizaciones, especialmente las transnacionales, buscan evitar altos costes de transacción, relativos a la incertidumbre de comportamiento en determinados mercados. Es decir, el objetivo es evitar mercados que exigen altos costes con monitoreo y seguimiento que, consecuentemente, impactan en los resultados de los negocios. En este sentido, la corrupción en el sector privado posee un impacto muy negativo sobre la fiabilidad de un mercado, pues le torna menos atrayente a inversiones de capital extranjero y estimula la fuga de capital nacional para otros mercados más fiables.

En el caso brasileño, la ocurrencia de los dos mencionados escándalos de corrupción, involucrando los dos mayores eventos deportivos mundiales, demuestra las debilidades del gobierno en hacer frente a tales conductas, pues no sólo devela la costumbre delictuosa sino también la carencia de instrumentos de persecución; cosa que se agrava debido a la falta de interés del gobierno en luchar contra dicha práctica y tornar el mercado más seguro y atractivo para los negocios.

Aquel que piensa que el país no sufre los perjuicios por la corrupción entre los particulares, se engaña. La sociedad sufre igual que cuando se trata de desvío de dinero público. Los daños son colectivos, pues la economía nacional siente, como un todo, los impactos de un ambiente de incertidumbre de comportamiento, pues se aumentan los costes de monitoreo y ejecución para hacer negocios en el país y, consecuentemente, al momento de la toma de decisión de los gestores se torna un destino menos atractivo en comparación con mercados más seguros, en términos de poseer instrumentos de represión contra la corrupción en el sector privado.

Los estudios científicos sobre las perversas consecuencias de la corrupción en el sector privado de la sociedad no son exclusivos de las investigaciones jurídicas, habiendo, por cierto, una extensa gama de estudios en las áreas de administración y de la ciencia política (Montiel, Husted y Christmann, 2012). Ninguna organización actúa aisladamente, pero sí hace parte de un sistema complejo, de un organismo inteligente conectado con tantas otras instituciones que no solamente son entes privados. Dentro de esta organización están comprendidos varios actores del campo privado, tales como clientes, proveedores, inversionistas y empleados, los cuales componen lo que la ciencia de la administración y de economía llama de cadena de valor (Jung y Lee, 2017).

El éxito de una cadena de valor es sopesado por el grado de confianza entre los actores privados que la componen, pues las transacciones serán ejecutadas según lo acordado y con lo que se espera de una relación íntegra. Sin embargo, la corrupción en el sector privado degrada los lazos de confianza, necesarios para el establecimiento y manutención de una cadena de valor exitosa, pues debilita la previsibilidad acerca de patrones de comportamiento esperados en las relaciones comerciales (Lange, 2008).

Con el advenimiento de nuevas leyes nacionales de represión a la corrupción en el sector privado con alcance extraterritorial, como la *UK Bribery Act*, por ejemplo, los costes de transacción para un negocio se firman en un país marcado por la impunidad, como es el caso de Brasil, son muy altos y en muchos casos puede tornar la inversión desventajosa.

Así, la economía brasileña siente los efectos negativos de la ineficiencia legislativa en criminalizar la corrupción en el sector privado y del gobierno ejecutivo de desarrollar

mecanismos más efectivos de control y represión a la corrupción entre particulares. Las empresas brasileñas también sufren el impacto negativo, tanto para hacer negocios internos (frente a la desconfianza con los otros actores del mercado) como también para ampliar sus negocios para otros mercados, ya que ellos son verdaderas banderas rojas para los empresarios extranjeros en la hora de considerar un acuerdo comercial.

## 5. Conclusión

En términos prácticos, el Estado brasileño no posee esfuerzos sustantivos para criminalizar la corrupción en el sector privado, como lo hace con relación al sector público, en un claro conflicto de interés de los parlamentarios y de los ciudadanos.

Infelizmente, los escándalos de corrupción involucrando agentes públicos<sup>35</sup> han ocupado el debate público, por fuerza de la prensa, ofuscando el debate sobre la corrupción entre particulares.

Este contexto contribuye para que los parlamentarios desvíen la atención a otras medidas de combate al crimen bajo la excusa de una supuesta orden de importancia en donde la corrupción privada está entre los temas de última relevancia. Eso se percibe en el actual escenario de discusión parlamentario sobre el tema de la corrupción, en el que el Congreso Nacional brasileño se concentra con un proyecto legislativo sobre abuso de autoridad (PL 7596/2017) y el conjunto de proyectos legislativos anticrimen (PL 881/2019, PL 882/2019 y PL 38/2019) propuesto por el Ministro de Justicia Sergio Moro, que en nada contemplan al sector privado.

La carencia de medidas efectivas de los organismos internacionales para incentivar a países como Brasil a implementar respuestas normativas contra la corrupción privada contribuye para la permanencia de estos panoramas de ineficiencia. La historia brasileña ha mostrado que ni siquiera los escándalos de corrupción divulgados por la prensa, que involucraron los dos mayores eventos deportivos con sede en el país en la última década, fueron capaces de surtir efecto sobre el comportamiento parlamentario de inclinación a la criminalización de la corrupción en el sector privado, a diferencia de lo que ocurre cuando el tema es la corrupción en el sector público.

Entre los muchos motivos posibles, hay la poca importancia que se confiere por la opinión pública, que solamente empieza a cambiar a partir del esfuerzo de concientización de las instituciones públicas, de las entidades de la sociedad civil y de los organismos internacionales. Ese camino es un proceso lento, de hormiga, que va produciendo efectos en un largo lapso de tiempo, que requiere mucha paciencia y que añade riesgo de más perjuicios al orden económico del Estado.

Colmar el vacío legislativo penal en torno a la corrupción en el sector privado es un proceso complejo, impregnado de variables políticas, económicas e intereses de los grupos de presión, lo que contribuye a explicar, además del desinterés latente de los parlamentarios, el extendido plazo para que el sistema legal brasileño presente una respuesta en línea con el compromiso internacional asumido por Brasil en las Naciones Unidas.

Sin embargo, el sistema legal brasileño ofrece formas alternativas de responsabilidad que puedan tener un mismo impacto inhibitorio y represivo que la respuesta penal posee; que son la responsabilidad civil y administrativa, como ya ocurre con los particulares, que practican actos nocivos contra personas jurídicas de derecho público, en los términos de la Ley no. 12.846/2013<sup>36</sup>. Así, una medida inicial que pueda ser aprobada más rápidamente es la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas involucradas en actos de corrupción privada, haciendo que las empresas adopten políticas de integridad para prevenir, detectar y remediar tales actos para evitar o reducir las penas aplicables.

<sup>35</sup> Por ejemplo, los relativos a la Operación Lava Jato.

<sup>36</sup> Congreso Nacional de Brasil (2013).

Otra medida importante para presión a los Estados es la actuación de los organismos regulatorios para imponer patrones de conducta ética a las empresas del sector, como ya lo hace la Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), con las imposiciones de niveles diferenciados de gobernanza corporativa para clasificar empresas de capital abierto en segmentos de mejor confiabilidad (Nivel 1, Nivel 2 y Nuevo Mercado). Esto se repite en otros mercados regulados, por lo que tal práctica empieza a cambiar las costumbres comerciales y fortalecer una demanda por seguridad jurídica más sólida a través de la edición de leyes de repercusión general, tal como la criminalización de conductas indeseadas socialmente.

Brasil incurre en el riesgo de convertirse en un país menos atractivo a la inversión privada de empresas internacionales reguladas por legislaciones más efectivas en el combate de la corrupción con alcance extraterritorial. Así los efectos de la omisión del Estado brasileño pueden ser sentidos en la economía en un futuro próximo, ante la posibilidad de Brasil de figurar entre los países con mercados de mayor riesgo de desvíos éticos para los negocios internacionales.

Hay mucho que discutir sobre el tema del combate a la corrupción privada debido a su enfoque reciente y a la multiplicidad de soluciones posibles. Por eso, el debate no termina en las breves líneas de este estudio, pero sí es, solamente, un punto de partida para un espectro mayor de reflexión.

## Referencias bibliográficas

- Argandoña, A. (2003). La corrupción en el sector privado. *Documento de Investigación* 531, 1-20.
- (2005). “Private-to-private corruption”. *IESE Business School Working Paper* 531, 1-20.
- Argandoña, A. y Berendson, R. M. (2009). La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial. *Cuadernos de la Cátedra de Responsabilidad Social de La Empresa y Gobierno Corporativo* 4, 34-46.
- Bardon, C. B. (2013). El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *Revista para el Análisis del Derecho* 2, 1-30.
- Brouthers, K. D. y Brouthers, L. E. (2003). Why service and manufacturing entry mode choices differ: the influence of transaction cost factors, risk and trust. *Journal of Management Studies* 5, 1179-1204.
- Bruno, M. M. (2018). How corruption and football are connected in Brazil. En *The Brazilian Report*. <https://brazilian.report/society/2018/06/13/corruption-brazilian-football/>.
- Cuenca, C. G. C. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. (2014). La corrupción ante el Derecho y la justicia. *Diritto Penale Contemporaneo* 1, 1-14.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. y Blanco Cordero, I. (2002). “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?”. En: Díez, J. L. (coord.), *La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo* (pp. 257-290). Madrid: Tecnos.
- Dinh, N. Q., Daillier, P. y Pellet, A. (2003). *Direito internacional público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Encinar Del Pozo, M. A. (2016). *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.

- Eastern District Of New York Attorney's Office. (2018). Former Brazilian soccer official sentenced to four years' imprisonment for racketeering and corruption offenses. En: *United States' Department of Justice*. <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-brazilian-soccer-official-sentenced-four-years-imprisonment-racketeering-and>.
- Grewatsch, S. y Kleindienst, I. (2017). When does it pay to be good? Moderators and mediators in the corporate sustainability – corporate financial performance relationship: a critical review. *Journal of Business Ethics* 2, 383-416.
- Hershman, M. J. (1996). Métodos para la investigación de la corrupción. *Revista Chilena de Ciencia Política* 18, 61-66.
- Jung, J. C. y Lee, K. P. (2017). Host country sourcing of multinational enterprises: a corporate social responsibility perspective. *Journal of Business Ethics* 3, 683-701.
- Karjalainen, K., Moxham, C. (2013). Focus on Fairtrade: propositions for integrating Fairtrade and supply chain management research. *Journal of Business Ethics* 2 267-282.
- Lange, D. (2008). A multidimensional conceptualization of organizational corruption control. *Academy of Management Review* 3, 710-729.
- Madhok, A. (1996). The organization of economic activity: transaction costs, firm capabilities, and the nature of governance. *Organization Science* 5, 577-590.
- Miller, K. D. (1992). A framework for integrated risk management in international business. *Journal of International Business Studies* 2, 311-331.
- Montiel, I., Husted, B. y Christmann, P. (2012). Using private management standard certification to reduce information asymmetries in corrupt environments. *Strategic Management Journal* 9, 1103-1113.
- Perez Cepeda, A. I. y Benito Sánchez, D. (2012). La política criminal internacional contra la corrupción. En I. B. Gómez de la Torre y A. E. Liberatore S. Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña* (pp. 21-59). Salamanca: Centro de Estudios Brasileños.
- Robles, M. U. (2015). *Corrupción, límites y psicoanálisis*. Madrid: El Duende.
- Rose-Ackerman, S. (2010). The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science* 6, 217-238.
- Sampath, V. S., Gardberg N. A. y Rahman, N. (2018). Corporate reputation's invisible hand: bribery, rational choice and market penalties. *Journal of Business Ethics* 3, 743-760.
- Sato, E. (2003). Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional* 2, 161-176.
- Smith, J. (2018). Efficiency and ethically responsible management. *Journal of Business Ethics* 3, 603-618.
- Vargas, E. (2004). La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: las convenciones de la OEA y la ONU. *Nueva Sociedad* 194, 133-134.

## Legislación

- Asamblea General del Estado de New Jersey (1978). *The New Jersey Code of Criminal Justice*: Registro de Legislación, 19 de junio de 1978.
- Asamblea Parlamentaria de Bosnia y Herzegovina (2017). *Ley no. 64/2017*: Gaceta Oficial de Bosnia y Herzegovina, 13 de julio de 2017.

- Asamblea Popular Nacional de China (1979). *Código Penal de la República Popular de China*: Gaceta Oficial de la República Popular de China, 01 de julio de 1979.
- (1993). *Anti-Unfair Competition Law*: Gaceta Oficial de la República Popular de China. Adoptada por la Tercera sesión del Comité Permanente del Octavo Congreso Nacional del Pueblo de la República Popular de China, 2 de septiembre de 1993.
- Congreso de la República de Colombia (2000). *Ley no. 599/2000*: Diario Oficial de Colombia, 24 de julio de 2000.
- Congreso de la República del Perú (1991). *Decreto Legislativo no. 635/1991*: Diario Oficial de Perú, 08 de abril de 1991.
- Congreso de los Estados Unidos de América (1948). *Title 18 of the United States Code – Crimes and Criminal Procedures*: Registro Federal de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 1948.
- Congreso Nacional de Brasil (1988). *Constitución de la República Federativa de Brasil*: Diario Oficial de la Unión, 05 de octubre de 1988.
- (1996). *Ley no. 9.279*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 14 de mayo de 1996.
- (2006). *Decreto no. 5.687*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 31 de enero de 2006.
- (2011). *Ley no. 12.529*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 30 de noviembre de 2011.
- (2012). *Proyecto de Ley del Senado no. 236*: Diario del Senado Federal. Protocolado por el Senador José Sarney el 09 de julio de 2012.
- (2013). *Ley no. 12.846*: Diario Oficial de la Unión, 01 de agosto de 2013.
- Consejo Nacional de la República Eslovaca (2005). *Ley no. 300/2005*: Colectivo de Leyes de la República de Eslovaquia, 02 de julio de 2005.
- (2012). *Ley no. 2065/2012*: Boletín Oficial de la República de Eslovenia, 14 de junio de 2012.
- Consejo Supremo de la República de Ucrania (2001). *Código Penal de la República de Ucrania*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 01 de septiembre de 2001.
- (2011). *Ley no. 3206-VI*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 01 de julio de 2011.
- (2014). *Ley no. 1700-VII*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 14 de octubre de 2014.
- Corte General del Estado de Massachusetts (1920). *Massachusetts General Laws: Acts and Resolves of Massachusetts*, 22 de diciembre de 1920.
- Legislatura del Estado de California (1872). *California Penal Code*: Información Legislativa Oficial de California, 14 de febrero de 1872.
- Legislatura Estatal de Texas (1856). *Texas Penal Code*: Gaceta Oficial de Texas, 28 de agosto de 1856.
- Parlamento de Austria (1974). *Strafgesetzbuch (StGB)*: Gaceta de Leyes Federales de la República de Austria, 23 de enero de 1974.
- Parlamento de Delaware (1899). *Title 11 of the Delaware Code – Crimes and Criminal Procedures*: Información Legislativa Oficial de Delaware, 10 de marzo de 1899.
- Parlamento de Emiratos Árabes Unidos (1987). *Ley Federal no. 3/1987*: Gaceta Oficial de los Emiratos Árabes Unidos, 08 de diciembre de 1987.
- Parlamento de Francia (1992). *Code Pénal Français*: Diario Oficial de la República Francesa, 22 de julio de 1992.

- Parlamento de la República de Singapur (1960). *Prevention of Corruption Act*: Gaceta Oficial de la República de Singapur, 17 de junio de 1960.
- Parlamento de Malasia (2009). *Act 694/2009 - Malaysian Anti-Corruption Commission Act 2009*: Gaceta Federal de Malasia, 08 de enero de 2009.
- Parlamento de República Checa (2009). *Ley no. 40/2009*: Colectivo de Leyes de la República Checa, 08 de enero de 2009.
- Parlamento del Líbano (1943). *Decreto Legislativo no. 340/1943*: Gaceta Oficial de la República del Líbano, 01 de marzo de 1943.
- Parlamento del Reino Unido (2010). *Bribery Act 2010 Chapter 23*: Registro Público Oficial de Reino Unido, 08 de abril de 2010.
- Parlamento Federal de Alemania (1851). *Strafgesetzbuch (StGB)*: Gaceta de Leyes Federales de la República Federal de Alemania, 13 de noviembre de 1998.
- Parlamento Nacional de los Países Bajos (1881). *Dutch Criminal Code*: Gaceta Oficial del Reino de los Países Bajos, 03 de marzo de 1881.
- Senado Federal de Brasil (2012). *Proyecto de Ley del Senado no. 236*: Diario del Senado Federal. Protocolado por el Senador José Sarney el 09 de julio de 2012.
- (2016). *Proyecto de Ley del Senado no. 455*: Diario del Senado Federal. Protocolado por la Comisión Parlamentaria de Investigación del Fútbol 2015 el 09 de diciembre de 2016.

### **Convenciones y tratados internacionales**

- Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*: CDI. Adoptada por la Asamblea General el 23 de mayo de 1969.
- (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*: UNODC. Adoptada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003.
- Unión Africana (2006). *Convención para la Prevención y el Combate de la Corrupción de la Unión Africana*: PRC. Adoptada por la Asamblea e Jefes de Estado y de Gobierno el 1 de julio de 2006.
- Unión Europea (1998). *Acción Común 98/742*: JAI. Adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 22 de diciembre de 1998.
- (2003). *Decisión Marco 2003/568*: JAI. Adoptada por Consejo de la Unión Europea el 22 de julio de 2003.

# Iuris Dictio.

*Entrevistas*

Nº 25, JUNIO 2020

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.



ENTREVISTA A JAVIER COUSO SALAS<sup>1</sup>  
 EL ANTES Y EL DESPUÉS DEL CONTEXTO CONSTITUCIONAL CHILENO A PARTIR  
 DE LAS MANIFESTACIONES SOCIALES OCURRIDAS EN OCTUBRE DEL 2019  
 Interview with Javier Couso Salas  
 The before and after of the Chilean Constitutional context since the social protests  
 occurred in October 2019

MARÍA PAULA MARROQUÍN<sup>2</sup> Y ANALÍA ANDRADE<sup>3</sup>  
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

### Resumen

Entrevista realizada al Doctor y Máster chileno en Jurisprudencia y Políticas Sociales, Javier Couso Salas, en mayo de 2020. Desde octubre de 2019, decenas de miles de ciudadanos chilenos se han organizado en protestas profesando su disconformidad por la desigualdad social a la que manifiestan estar sujetos. En este diálogo, Javier Couso explica las principales razones sociales, jurídicas y políticas que ocasionaron diversas disconformidades de varios sectores de la población chilena, provocando finalmente un estallido social. El experto detalla la idea de un referéndum constitucional, como una posible solución estructural a esta problemática chilena, así como el procedimiento jurídico y democrático al que se tendría que someter el pueblo chileno para que esto suceda.

### Palabras clave

Protestas, AFP, Gratuidad, Desigualdad, Referéndum constitucional, Democrático.

### Abstract

This interview with the Chilean Doctor and master's in law and Social Policies, Javier Couso Salas, in May 2020. Since October 2019, tens of thousands of Chilean citizens have organized multiple protests professing their disagreement with the social inequality to which they claim to be subject. In this dialogue, Javier Couso explains the main social, legal and political reasons that caused various disagreements by various sectors of the population, ultimately causing a social outbreak. The expert details the idea of a constitutional referendum, as a possible structural solution to this problem, as well as the legal and democratic procedure that the Chilean people would have to submit to in order for this to happen.

### Keywords

Protests, AFP, Gratuity, Inequality, Constitutional Referendum, Democratic.

<sup>1</sup> Javier Couso es licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Doctor y Máster en Jurisprudencia y Políticas Sociales por la Universidad de California-Berkeley, Estados Unidos. Su especialización es en Derecho constitucional chileno, Derecho constitucional comparado y estudios socio legales. Correo electrónico: javier.couso@udp.cl

<sup>2</sup> Estudiante de Jurisprudencia en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mpmarroquin@estud.usfq.edu.ec

<sup>3</sup> Estudiante de Jurisprudencia en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: aandrade1@estud.usfq.edu.ec



*María Paula Marroquín (M.P.). Sobre la base de su especialización en Jurisprudencia y Política Social ¿podría comentarnos su visión política y jurídica sobre los acontecimientos que han ocurrido en Chile desde el pasado octubre de 2019 hasta la presente fecha?*

*Javier Couso (J.C.).* Las protestas sociales se venían incubando, a mi juicio, desde hacia mucho tiempo. Sin embargo, no hubo conciencia del grado de violencia que podían adquirir ni de su masividad. Si bien no hubo una planificación, lo que está claro es que hacía ya un buen tiempo que se habían manifestado en el movimiento social muchas demandas que el modelo económico chileno no podía satisfacer.

Chile vivía una paradoja en ese sentido. Cuando la dictadura terminó en 1990, la pobreza era altísima: cuarenta por ciento de la población, la cual se había reducido el año pasado al ocho por ciento. Eso es cinco veces menos. El crecimiento económico se había duplicado también. Pero el nivel de desigualdad se había mantenido de manera constante, quizá con una caída del coeficiente de desigualdad. Había una clase media que vivía constantemente con el temor de que, si se perdía el trabajo, todos sus logros podían verse frustrados completamente. Un veinticinco por ciento de la población estaba muy cerca de caer en pobreza. Luego una serie de incidentes que habían ocurrido durante la última década que precedió a este año social produjeron mucha frustración, por ejemplo, al no fijar y elevar precios de los medicamentos que son elementos de vida o muerte. En Chile estos delitos no tienen como consecuencia penas privativas de la libertad.

La demanda social por una educación de buena calidad fue clave. Bachelet en su segundo periodo intentó mejorar este ámbito. Pero en su gobierno no se logró tener la mayoría para cambiar la Constitución. En Chile, que es un país constitucional, se combina la Constitución, que tiene un incline neoliberal, con un tribunal constitucional muy activista, cuyo valor es ser una especie de brazo armado de la Constitución. Por otro lado, en los años en que Bachelet estaba pujando por una nueva Constitución, se hizo conocida la frase del ideólogo de la Constitución de Pinochet, Jaime Guzmán, que había planteado directamente la *Constitución pinochista* para lograr que, si los adversarios políticos de la derecha chilena alguna vez llegaran al poder, estuvieran obligados por la Constitución a hacer más o menos lo mismo que lo que la derecha habría querido plantear. Esta declaración de Guzmán del año 1979 fue desempolvada en el 2019 y tuvo un efecto fuerte porque recordó a la ciudadanía que la Constitución, en efecto, ha jugado un rol partisano al servicio de un grupo político del país: la derecha, a pesar de que la Constitución es un marco común para toda la ciudadanía dentro del cual el libre juego democrático tiene lugar. Esta es una Constitución al servicio de los intereses de un grupo político, aunque usara recurrentemente la metáfora de “la casa común”. Una especie de marco común creado por todos los políticos de Derecha para su competencia, entrada la democracia. Este fue un factor clave para dar a luz la Constitución de 1980.

Desde la época constituyente, las encuestas mostraron que un sesenta por ciento de la población sí quería un cambio en la Constitución. Bachelet planteó una nueva Constitución tomando una de sus tres plataformas más importantes y problemáticas: la educación gratuita y de calidad para básica, media y parvulario y la mitad de la universitaria. No obstante, esto obligaba a una reforma tributaria que pudiera financiar esa reforma educacional. Se logró aprobar la reforma tributaria y la reforma educacional, pero no la nueva Constitución.

En el periodo de Bachelet hubo varias ocasiones en las que el Tribunal Constitucional jugó un rol muy activista al servicio de defender los aspectos más neoliberales de la Constitución. Por ejemplo, en el 2017 se planteó una ley que promoviera la sindicalización, fortaleciera los sindicatos y fue declarada inconstitucional. Asimismo, tomando en cuenta que en Chile

aproximadamente un tercio de los hospitales son católicos y reciben fondos públicos para su servicio; cuando logró aprobarse la ley pro aborto bajo tres causales, el Tribunal Constitucional, integrado por la Iglesia Católica, inventó jurisprudencialmente la llamada “objeción de conciencia institucional”, que no tiene ningún contexto con la Constitución chilena y que permite que se pueda negar a una mujer que busca un aborto y cumple con los requisitos legales.

Otro caso emblemático fue el de la ley que buscaba fortalecer el servicio público de protección al consumidor. También se declaró inconstitucional. El grado conservador que mostró el Tribunal Constitucional de Chile durante el periodo del gobierno más progresista que ha tenido el país fue muy intenso. Hay que mencionar que en dicho tribunal siete de sus diez miembros son conservadores.

Todo esto se relaciona con la protesta social, porque la protesta iba por un camino paralelo. Particularmente lo que gatilló la protesta social si bien fue el aumento de diez centavos del costo del transporte en el metro, también ocurrió por no tener más el sistema privado de pensiones AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones en Chile). El motivo por el que esto generó tanto descontento social fue porque en los primeros treinta años del sistema privado de pensiones tenía que financiar muy pocas pensiones porque la población era muy joven. La gente joven que tenía treinta años en 1985 alrededor de 2015 empezó a jubilarse y el Estado estaba devolviendo una tasa del ochenta por ciento del último salario. Esa cantidad generaba un gran gasto para el Estado. Justo en el momento en que los costos de salud y medicamentos son los más altos para la región. Estas manifestaciones soportaron la última gota que derramó el vaso de este sector que estaba muy presionado por ayudar a los ancianos.

Chile es un país que se ha modernizado y en el que ya no se vive bajo del modelo de familias nucleares, padres, nietos y abuelos ya no viven juntos. Hace cien años era normal que la gente se haga cargo de sus padres en su vejez, pero en Chile ya no. No es sorprendente que seis meses antes a las protestas ya había un millón de personas protestando por las AFP. No obstante, el sistema político no hizo seguimiento de esto. Las protestas fueron un reflejo de la desigualdad que no se trabajó bien. Era un sistema que generaba riqueza, pero que atacaba la pobreza absoluta.

A mí lo que me llamó la atención fue la tolerancia de la violencia. La gente pensó que, si no ocurrían cosas así de dramáticas no había motivo de cambiar. Así, se generaron dos miedos. El primero que la violencia continuara y el segundo que nada ocurriera a pesar de esta propuesta. El 25 de octubre de 2019 casi dos millones de personas, de un país de diecisiete millones y medio de habitantes, estaban marchando y de ahí nacieron las ideas de una nueva Constitución.

*M.P. De acuerdo con su especialización en Derecho Constitucional, ¿considera que, para solucionar esta problemática social, es necesario reformar la Constitución actual o, incluso, llamar a una Asamblea Constituyente para cambiarla por completo?*

*J.C.* Totalmente de acuerdo: esa es la solución. La Constitución no ha tenido una reforma que no haya contado con la aprobación de los herederos de la dictadura. Cada reforma ha requerido ser revisada por los partidos políticos neoliberales.

Si Chile quisiera instalar un servicio nacional único y público de salud, como el británico sería inconstitucional. Esto porque el artículo 19 de la Constitución establece un derecho fundamental: el de escoger la seguridad social que, en materia social, debe ser regulada por entes privados. Si se quisiera hacer un sistema único de hospitales públicos como tiene Inglaterra o Canadá, en Chile eso sería inconstitucional. El sistema de AFP está reconocido por la constitución, y eliminarlo, sería inconstitucional.

Asimismo, la negociación por rama de actividad —por ejemplo, la negociación del sindicato minero— en Chile es inconstitucional. Otro ejemplo es que el poder legislativo no es legislativo, porque el presidente de la República tiene derecho a entrar en toda ley que represente gasto fiscal y que solo se aprueba con la firma de su parte. La necesidad de una nueva Constitución permitiría incluir un modelo democrático pues nunca antes en Chile una Constitución fue creada por un modelo democrático.

Además, si se hace una nueva Constitución en Chile sería la primera vez en cuarenta años que los chilenos pueden discutir sin el veto de la derecha para tener una nueva Carta Fundamental. Se va a llevar a cabo un plebiscito para que los ciudadanos digan si quieren una nueva Constitución o no; y si quieren que la Constitución sea bajo un régimen mixto o enteramente elegido.

*M.P. ¿Podría comentar un poco más sobre el procedimiento para el establecimiento de esta Asamblea Constituyente en Chile?*

*J.C.* Es lo más parecido al modelo de la creación de Constitución de Sudáfrica a mediados de los años 90. En Chile este es un proceso que nace de un acuerdo político en dos sectores que estaban atravesados por una problemática constitucional, la derecha que amaba la Constitución de 1980 y la izquierda que la detestaba. En lo que se parece al modelo sudafricano es que la asamblea constituyente no sería soberana ni sin límite alguno. Hay límites en la Constitución que buscan que la Asamblea no haga cosas que han ocurrido en Venezuela: como que la Asamblea se atribuya plenos poderes y declare asociación de otros poderes constituidos. En 1999 la presidenta de la Corte Suprema declaró que la Corte Suprema se suicidaba en Venezuela. De manera análoga a la situación del proceso constituyente sudafricano, el chileno es un proceso que reconoce límites. La convención es que esta solo puede elaborar una Constitución y luego disolverse. No puede cesar los poderes en ningún otro poder del Estado. Todos tienen que respetar el texto y no violar ninguna de las convenciones internacionales. Tampoco puede desconocer el sistema republicano.

Además, se le puede solicitar a la Corte Suprema que sortee a cinco de los veintidós jueces y que resuelvan la controversia apelablemente. El proceso, de manera práctica, involucra un plebiscito habilitante que pregunta si se quiere o no una nueva constitución o no; y si se quiere una Asamblea enteramente elegida o la mitad elegida por el pueblo y la otra mitad constituida por representantes del actual Congreso Nacional. Luego establece que se elige a las personas que tengan que ser constituyentes. Se establece que van a trabajar nueve meses, extensibles a doce meses máximo. Luego esta se disuelve y el producto aprobado es ratificado. Este es un proceso muy complejo pero que creo que en la cultura de desconfianza imperante se entiende.

Vale decir que hay gente de centro derecha que están a favor de que cambien la Constitución. Estas personas no tienen lazos de lealtad con la dictadura, porque fueron pequeños de edad durante la dictadura. En este proceso tampoco hay un líder carismático populista que quiera crear Derecho, como lo fue Chávez. Chile junto con Cuba tiene el ejército más fuerte de América Latina, y es un ejército de derecha. Entonces no hay ninguna de las posiciones que harían posible un tipo de proceso como el bolivariano.

El ministro del Interior y el Ministro de Salud están a favor de aprobar la redacción de una nueva Constitución, porque son personas que llegaron a la conclusión de que la derecha debe de zanjarse de una vez para siempre su dependencia de una Constitución.

*M.P. ¿Cuáles serían las estrategias para que haya un equilibrio entre la demanda política que debe tener toda Constitución con la ingeniería jurídica de esta?*

*J.C.* Aquí hay distintas concepciones de cómo debería ser esa constitución dentro del mundo de quienes quieren una nueva Constitución. Yo diría que hay tres grupos dentro de ese mundo político y dentro de ese mundo jurídico constitucional.

Hay, en primer lugar, un grupo que quisiera hacer lo mismo que se hizo con esa Constitución del 80, pero con una Constitución de centro izquierda. En otras palabras, buscar introducir en la Constitución un modelo social demócrata para congelarlo y así impedir que el juego político pueda revertir esa definición. Sería una Constitución contraria a la del 80. La segunda, es una estrategia neo-constitucionalista promovida por Miguel Carbonel. Es un movimiento centro-izquierda moderado que promueve los derechos, propone expandir la justicia social, los derechos sociales, pero de una manera no radicalizada. En tercer lugar, hay un grupo que dice que, dado que hay dos tercios, y la derecha probablemente obtenga dos tercios más uno de aprobación, vamos a tener una Constitución bastante similar. El peor problema que ha presentado la Constitución del 80 lo publicamos en un libro llamado *El Otro Modelo*. En este libro se habla de promover un nuevo modelo socio económico, pero para eso era suficiente una constitución que “no molestará”, una Constitución no escrita con el modelo británico o neozelandés, en donde permitieron que exista la social democracia, un partido laborista y que no sea un obstáculo para instalar políticas sociales.

De hecho, con esta idea se promueve dar un rostro humano al movimiento neoliberalista. Los derechos sociales se neo liberalizan y se promueven mejor cuando hay políticas legislativas. En otras palabras, la justicia de los liberales crea justicia social a cuentagotas, no toma en cuenta las necesidades de millones de personas. Los estados de bienestar han sido construidos por políticas legislativas que querían institucionalidad, como por ejemplo el servicio nacional de salud. La judicatura es buena, cuando lo logra, para evitar el desmantelamiento del estado bienestar, pero es muy mala para crear un estado de bienestar allí donde no lo había, porque la lógica de adjudicación es ver caso a caso e incluso cuando hay acciones colectivas nunca llegan a tener todo el panorama del presupuesto nacional. Esto puede terminar en situaciones como la Corte Nacional Zona Cuarta de Costa Rica, donde setecientas personas se llevaron el quince por ciento del presupuesto anual de salud, personas con enfermedades muy dramáticas. Eso no podía seguir avanzando porque eventualmente el presupuesto de salud iba a ser consumido enteramente por personas que acudían con situaciones de salud muy dramáticas. El presupuesto entero se lo podían consumir siete mil personas en un país de cinco millones. Esto podría afectar posteriormente a presupuestos como, por ejemplo, el de la educación. Quiero decir que educación no podía acceder al cien por ciento de su presupuesto porque consumiría el presupuesto de la salud.

En Chile tenemos dos izquierdas jurídicas. Una que sigue la idea de que justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales es el mejor camino, y otra que cree que eso es justicia social a cuentagotas y que opera sobre la base del individualismo y no sobre la solidaridad.

*M.P. ¿Cuáles serían otros cambios jurídicos indispensables para dar una respuesta a la problemática que se viene tratando en Chile?*

*J.C.* Yo diría que son tres. A mi juicio es más importante de todos es terminar con el sistema de administración privada de fondos para avanzar a un sistema mixto, que combine un sistema de reparto en el que los empleadores también ponen parte del ahorro y también puede haber

elementos de ahorro individual, como el sistema holandés. Chile es un país muy “viejo”, que tiene una pirámide invertida de crecimiento y una clase media muy apretada. Culturalmente la gente tiene muy pocos hijos en Chile. Con esa estructura demográfica un sistema de reparto no es sustentable. El modelo holandés me parece muy interesante para Chile. Combina el sistema de reparto con el sistema de provisiones personales. Esto no puede ser administrado por empresas privadas sino por empresas estatales porque en Chile la falta de legitimidad de la AFP es gigantesca; básicamente ellos se han hecho millonarios, multimillonarios, y la gente siente que tiene pensiones deficientes. Ese contraste no es muy sostenible.

Segundo, la salud. Chile tiene un sistema dual. Uno donde los sectores “acomodados”, un veinte por ciento con mayores ingresos acumula el siete por ciento de lo que cotiza para salud entre personas igualmente acomodadas. Lo que hace que el sistema de provisión de salud este segregado. Chile debe avanzar a un sistema como el británico, nacional, único y público de salud.

En una tercera dimensión, desde el punto de vista constitucional, tiene que erradicarse la Constitución. En Chile no solo se requiere una ley, se requiere una ley que sea aprobada por una super mayoría. Si es que logra pasar esa valla debe competir con las empresas privadas en igualdad de condiciones. Por ejemplo, la BBC de Londres compitiendo con las pequeñas radio emisoras, el sentido público de elevar la cultura, de periodismo de investigación como el que tiene la BBC se pierde completamente. En Chile la televisión pública es igual que la privada, no tiene distintivo. Necesitamos reducir el presidencialismo chileno para que el parlamento sea un poder que le haga contrapeso al ejecutivo. Con esas cosas yo creo que tendríamos un orden constitucional que no solo sería más legítimo y democrático. Hoy en Chile tenemos un modelo, no de expandir derechos, si no de mantener un modelo neoliberal y de evitar expandir los derechos individuales.

*M.P. De acuerdo con su experiencia en derecho constitucional comparado, ¿qué papel jugaría este “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que menciona en sus textos, con respecto a la reforma constitucional de la que hablamos?*

*J.C.* El nuevo constitucionalismo latinoamericano viene de una tradición anarcosindicalista que cree mucho en el control desde las bases. Que de los municipios surja el control con asambleas cara a cara. Uno de los grandes problemas con esto es que no tenemos evidencia de ejemplos en donde alguna vez haya ocurrido eso. Lo más cercano es el abortado proceso constituyente en Islandia, pero fue abortado porque nunca logro sacar una nueva Constitución. El nuevo constitucionalismo latinoamericano que esquematizan Dalmau y Liciano a mi juicio no tiene ninguna posibilidad en Chile de siquiera inspirar nada. El partido político que más cercano estuvo a ello, que fue el PC en Chile, finalmente hoy en día no se desempeña con mucha fuerza, quizás por el colapso del proceso bolivariano en Venezuela. Yo diría que, a raíz de lo que pasó en Ecuador que nunca fue esquematizado en Chile, nunca fue puesto en el mismo saco que la revolución bolivariana de Venezuela. Lo que pasó en Bolivia es otro ejemplo, en donde se rescataba la atención al estado plurinacional. en Ecuador se rescataba los derechos de la naturaleza. Cosas puntuales. Pero la idea de separación de poderes estaría obsoleta, porque la única manera de poder enfrentar a grandes transnacionales es con un estado sólido. Esta idea resultó ser muy poco atractiva. En Chile gozamos de muy poca influencia del supuesto “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Chile se ve como muy atractivo el modelo sudafricano, colombiano, español, incluso alemán. Por supuesto en materias de derecho indígena van a observarse cláusulas de la Constitución de Ecuador y de

Bolivia. En materia de derecho de la tierra yo creo que van a mirarse también las leyes del Ecuador. Pero son temas puntuales no es algo sistemático.

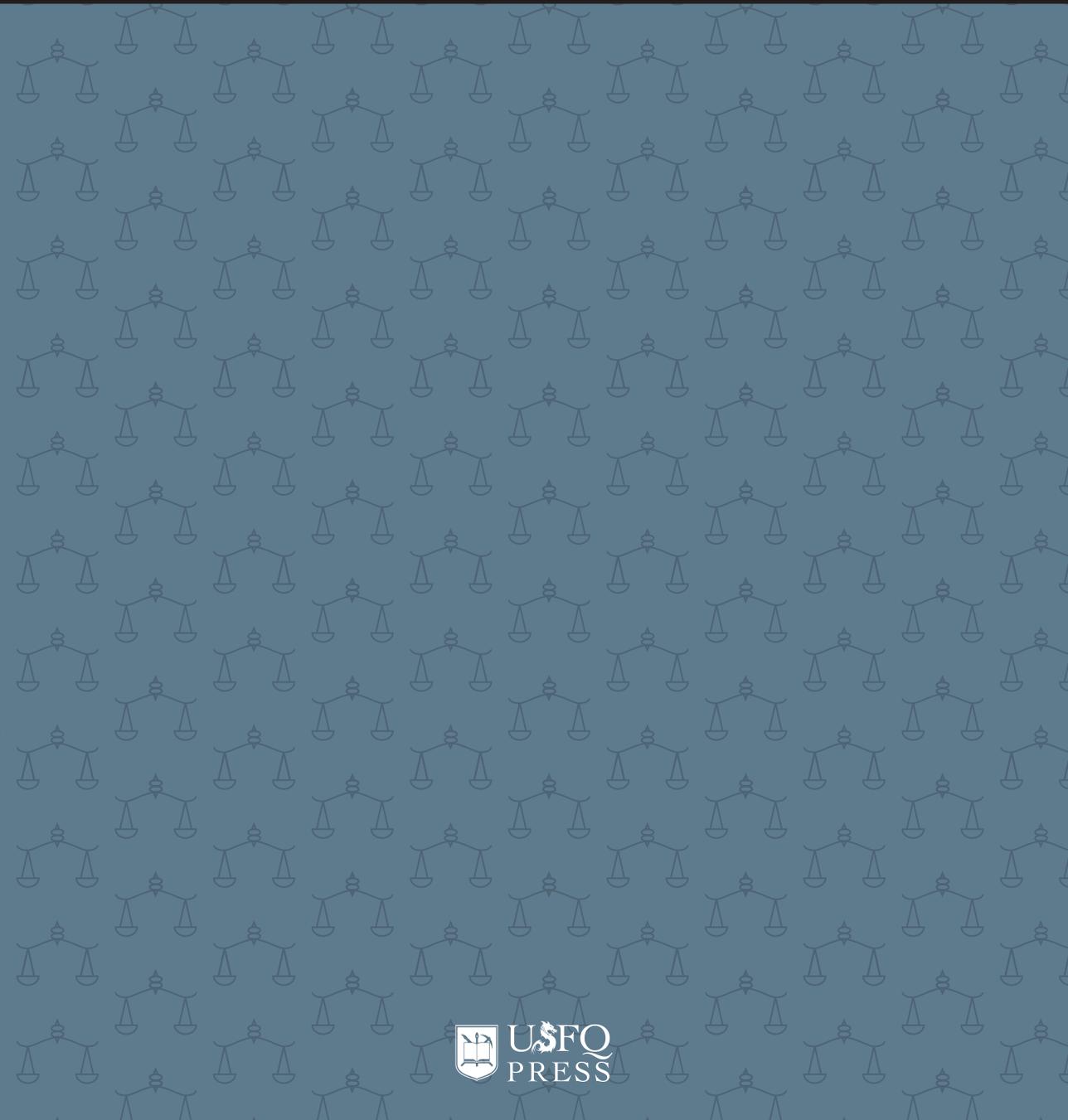
*M.P. Usted es parte de la academia chilena. Parte de las protestas han tenido que ver con las quejas de estudiantes universitarios que se quejan del costo elevado de las universidades. ¿Es posible tener universidades de calidad que sean gratuitas y verdaderamente públicas?*

*J.C.* Esto es algo que el gobierno de Michelle Bachelet empezó a resolver. Hoy en día las mejores universidades de Chile son públicas o si son privadas han sido apoyadas históricamente por el Estado. Por ejemplo, la Universidad Católica de Chile, que es privada en el sentido que es pontificia, el Estado del Vaticano tiene que nombrar al rector, de hecho. Pero a su vez es pública en el sentido que siempre ha recibido financiamiento del Estado. Hoy en día todas las universidades públicas o privadas que no tengan fines de lucro, están proveyendo de educación gratuita a los seis grupos de menor ingreso del país. En Chile no se aprueban políticas sociales sin que se indiquen cómo se van a financiar. Hay conciencia de que, si se instala una gratuidad, por ejemplo, y eso no está financiado, al final se produce inflación y se vuelve insostenible. La reforma tributaria de Bachelet alcanzó para financiar en las mejores universidades del país; esta educación gratuita para las personas que estén en este grupo de menor ingreso. El plan es seguir avanzando en la medida que el país haga otra reforma tributaria. Después de esta crisis del Covid19 se calcula que el desempleo va a llegar al quince o veinte por ciento de la población. Seguramente tras la llegada de una vacuna, habrá una reforma tributaria, en donde se podría incluir temas como estos. En la medida que tengamos disciplina fiscal, yo creo que la reforma educativa puede llegar a suceder.



## **FECHA DE PUBLICACIÓN**

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de junio de 2020.



USFO  
PRESS