

TEORÍA DEL DERECHO DE POLÍTICA ORIENTADA

Michael REISMAN

SUMARIO: I. *Punto de vista*; II. *Enfoque*; III. *Blanco u objetivo*;
IV. *Tareas intelectuales*.

1. Les agradezco mucho la invitación que ustedes han extendido a mis colegas y a mí para participar en este seminario. En particular, gracias a mi amiga Margarita González, por todo lo que ella ha hecho para facilitar este interesante encuentro intelectual. También agradezco a Emilio Sahurie de Chile, candidato doctoral en la Escuela de Derecho de Yale, quien me ayudó en la traducción de esta presentación. Hoy mis comentarios se desarrollarán en relación con la ponencia de mi profesor y colega, Myres S. McDougal, quien ha hablado en amplios términos sobre la teoría jurídica que él y el fallecido Harold Lasswell concibieron.

2. Antes de proceder debo hacer una aclaración. El derecho como tal no es materia de mi interés. Mi interés primario está en la calidad de las diferentes comunidades en las cuales habitamos. Este interés personal se basa en elección y compromiso y no en inspiración divina. Las acciones de los seres humanos dentro y fuera de las comunidades a las que uno pertenece pueden tener consecuencias extremadamente positivas o negativas en las posibilidades de realizar mis preferencias. Por consiguiente mi interés está en una teoría capaz de desarrollar métodos con los cuales los seres humanos puedan tomar decisiones diseñadas en forma tal que les permitan lograr sus objetivos a través del establecimiento de una serie de procedimientos destinados a postular e implementar tales objetivos.

3. Este enfoque básico requiere de una declaración más detallada de una utopía práctica: los componentes necesarios en la vida en sociedad para proveer a los individuos los medios para su realización personal. Esta es una tarea intelectual que es frecuentemente abordada por la filosofía política y aplicada en la práctica por los redactores de constituciones nacionales y de declaraciones internacionales. Este es el significado de lo que el profesor McDougal llama el orden público de

la dignidad humana, como ya lo ha explicado a ustedes y lo hemos aclarado en varias publicaciones.

4. Este enfoque básico también requiere el establecimiento de los arreglos institucionales necesarios que puedan facilitar, a través del tiempo y en forma continua, el logro pleno, o al menos aproximado, de los objetivos de nuestra preferencia en la vida real.

5. Esas consideraciones necesariamente me hacen retornar al campo general del derecho, pero no de aquel al cual muchos otros estudiosos de la filosofía del derecho dedican su atención. Debido a que mi punto de partida es diferente y la definición de mis intereses es también algo diferente de formulaciones más tradicionales, algunas de las cuales consideraré más adelante, los desafíos intelectuales de la teoría del derecho que mis colegas y yo enfrentamos son diferentes de aquellos que colegas en otras escuelas inventan y encaran. Para expresarlo más sucintamente, nosotros no nos preguntamos cuál es la "naturaleza" del derecho. En cambio, nos preguntamos, en términos de solucionar problemas reales, cuáles son los procedimientos por los cuales nosotros y aquellos a quienes pretendemos adiestrar pueden más eficazmente clarificar e implementar preferencias relativas a la organización de la vida social y al engrandecimiento de las oportunidades individuales. Bien es cierto, algunos de los procedimientos requerirán el uso de instituciones que convencionalmente llamamos "legales". Mas como nuestro enfoque está en los procedimientos orientados hacia nuestros objetivos antes que en las instituciones "legales", con frecuencia hallamos que las instituciones legales son insuficientes o inadecuadas, y entonces debemos recurrir a una variedad de otras instituciones. Ciertas veces debemos recomendar la creación de nuevas instituciones. Pero en todos los casos nos encontramos siempre sumidos en el orden completo de instituciones de toma de decisiones de la comunidad que nos atañe, y no en un solo grupo de ellas.

6. Estimo útil expresar, en mis propios términos, los conceptos claves del sistema que ofrece la teoría del derecho orientado hacia la formulación de políticas, y que son los siguientes: punto de vista, enfoque, blanco u objetivo, y tareas intelectuales.

PUNTO DE VISTA

7. Nuestro planteamiento reconoce que en todas las materias que implican observar y tratar de influenciar aspectos de aquella interacción u obrar recíproco que en forma permanente fluye de la vida en sociedad

al que llamamos proceso social, el medio último tanto de observación como de elección es usted, la personalidad individual o el sistema del yo, que comprende aquellos elementos interactivos que operan dentro de una persona y que influyen en la percepción y decisión.

8. En esto, dos aspectos son de la mayor importancia. El primero —y que supone una posición de superioridad— es la necesidad de ver las cosas no como miembro del grupo o de la comunidad que uno está observando, sino como alguien que está desvinculado y separado de ella. Naturalmente, ésta es una forma de pensar y no una separación física. Por ejemplo, si uno examina un grupo determinado para explorar avenidas por las cuales uno puede aumentar la efectividad de su propia conducta dentro de él, uno siempre conserva su permanencia en el grupo, sin importar las ventajas que uno toma. Sin embargo, tratar de tomar un punto de vista “fuera” del grupo y con independencia de él es una manera de adquirir una perspectiva personal diferente sobre el grupo que uno trata de influir, así como también una manera de verse uno mismo en él de manera diferente.

9. Un segundo aspecto de importancia es la necesidad de observarse *uno mismo* como instrumento de observación y elección. Todos nosotros estamos sujetos a una variedad de influencias y condicionantes que determinan la forma como observamos y como elegimos y que tienen el potencial de distorsionar ambos actos. En términos generales, tres son las fuentes potenciales de distorsión: (i) tendencias emocionales y a veces neuróticas que existen en todo ser humano; (ii) tendencias parroquiales y estrechas que resultan de aculturación dentro de grupos, naciones y sistemas del lenguaje y a las que estamos propensos; y finalmente, (iii) distorsiones que derivan de un intenso adiestramiento en ciertos marcos institucionales, por ejemplo el aprendizaje del derecho. Para cada una de esas fuentes de distorsión, tanto la persona que toma la decisión como el analista debieran desarrollar métodos para escrutinar el sistema del yo y determinar hasta qué punto las tendencias emocionales, el parroquialismo derivado de la pertenencia a un subgrupo o las predisposiciones institucionales, distorsionan o tergiversan la observación y elección. Para realizar esta tarea tenemos una rica variedad de técnicas disponibles en las ciencias sociales.

II. ENFOQUE

10. Hemos así comenzado a establecer la importancia del observador-analista y la necesidad de algún tipo de auto escrutinio como tarea

básica para aquellos encargados de tomar decisiones responsables. Ahora es importante enfatizar que el objetivo final no es el aforismo que nos dice "conócete a ti mismo". Autoescrutinio es una herramienta. Pero la forma en la que el mismo observador mira eventos externos es una pregunta de igual relevancia. Para expresarlo de otra forma, ¿cuáles son los "lentes" que deben ser parte del aparato de observación del observador y de quién toma decisiones? Algunos requisitos relacionados con el enfoque parecen ser obvios. Es ciertamente necesario ser exhaustivo, empezar con un macroscopio y no con un microscopio. Los problemas de la vida real raramente vienen con pulcras etiquetas disciplinarias anunciando "este es un problema económico", "aquel otro es uno político", y así sucesivamente. Además, estamos entrenados para aceptar como reales ciertas fronteras —geográficas y disciplinarias para nombrar sólo dos—, pero ellas no son respetadas por los problemas reales, que con poca frecuencia trascienden municipios, estados y países. Entonces es un énfasis explícito en la necesidad de un enfoque exhaustivo lo que permitirá al observador ganar certeza de lo que observa es la totalidad del área relevante al problema particular que le atañe.

11. Por otra parte, uno debe apreciar el hecho de que los recursos del analista y de quienes toman decisiones son limitados. De aquí que la necesidad de exhaustividad sea sopesada con la necesidad de cierta economía o selectividad.

12. La teoría es importante para fijar el enfoque, por cuanto la teoría que el observador-analista implícita o explícitamente utiliza, contiene conclusiones acerca de cuáles son las características, variables y afinidades que ameritan o no ser examinadas. Llanamente, el observador requerirá alguna teoría realista acerca del derecho, o lo que es igual, de decisiones autoritativas. Teorías del derecho que son puramente textual o formalista descuidan modelos de decisión estables y esperados, y que pueden ser el verdadero crisol de decisiones eficaces que son aplicadas y cumplidas en la realidad y que, por consiguiente, atañen tanto al observador-analista como a quienes tratan de influir el curso del comportamiento dentro de una comunidad en particular.

13. Sería un error de vastas proporciones no considerar aquellos factores subjetivos que influyen el comportamiento. No es necesario enfatizar la necesidad de tomar en cuenta únicamente lo que algunas personas dicen y lo que está escrito en los libros, sino también los actos reales. Lo que se necesita es un enfoque que equilibre ambas cosas: lo que la gente dice, y lo que la gente hace. Nosotros nos refe-

rimos a esto como la necesidad por un equilibrado énfasis en perspectivas (lo que la gente dice y piensa) y operaciones (lo que la gente realmente observa y hace). Relacionado a ello está la necesidad de mirar a ambas cosas: las expectativas de lo que es correcto, lo cual es el foco de atención del análisis legal convencional, y lo que va a ser hecho, observado y cumplido efectivamente. Nos referimos a esto como la necesidad por un balanceado énfasis en autoridad (lo que la gente piensa que es correcto) y control (lo que es eficaz y será verdaderamente realizado).

14. También es importante tener una concepción dinámica y orientada del proceso, no de una constitución, pero de lo que llamamos un proceso constitutivo. Las decisiones que se adoptan a través de los años y que establecen y mantienen las instituciones básicas de toma de decisiones o deben ser catalogadas como importando una Constitución, por cuanto dicha palabra significa un documento escrito que señala con exactitud cómo estas decisiones son tomadas o como se espera que sean tomadas. Tal documento puede que no refleje con precisión ninguna de ambas dimensiones. De aquí sigue la necesidad de un lente enfocado en el proceso constitutivo, el proceso permanente básico de toma de decisiones en el cual autoridad y control son desplegados a fin de establecer, mantener y cambiar en el tiempo las instituciones de toma de decisión que son fundamentales en cualquier comunidad.

15. Los que son ciudadanos de comunidades políticas como la mía todavía necesitarán un lente adicional, puesto que en los Estados Unidos y en muchas otras de las democracias industrializadas, la mantención de lo que a menudo es llamado esfera privada o privacidad se ha transformado en una cuestión legal clave. Este enfoque contrastaría aquellos sectores en los cuales el comportamiento es regulado por la comunidad a través de sanciones más bien severas en caso de desviación de las normas prescritas, y aquellos sectores de la sociedad que no están así regulados, pero en los cuales el comportamiento está reforzado por sanciones relativamente suaves que no derivan del aparato estatal. Este elemento de enfoque permitiría así distinguir lo que podríamos llamar el "orden público" del "orden cívico".

III. BLANCO U OBJETIVO

16. He indicado brevemente cuánto nos concierne la pregunta quién está observando y los métodos que consideramos importantes para refinar esta tarea, es decir, la importancia de cómo uno observa, los lentes

a través de los cuáles el analista observa. De importancia similar en nuestra noción de lo que es un método jurídico apropiado es la pregunta de *qué* es lo que uno observa. En esto, los miembros de nuestra escuela vivamente difieren de las teorías tradicionales del derecho. La mayoría de éstas teorías conceptualizan al derecho como un conjunto de instituciones judiciales. Para ellas, el derecho es lo que tales instituciones hacen y dicen. Incluso el Realismo Legal en los Estados Unidos, a pesar de todo su radicalismo, a la larga concibió el derecho como aquello dicho y hecho por los tribunales. Como el derecho internacional ha sido mi interés primario desde mis días de estudiante, aquél enfoque siempre me ha parecido problemático. El derecho internacional comprende un sistema que, con todos sus defectos, funciona como tal. Pero es un sistema en el cual si los tribunales y otro tipo de instituciones judiciales e instrumentos de adjudicación tienen alguna importancia, ésta es solamente marginal.

17. Más generalmente, el enfoque orientado a solucionar problemas que adoptamos nos dirige hacia la totalidad de las instituciones existentes o las cuales sugerimos sean establecidas, por las cuales los miembros de la comunidad pueden determinar sus metas u objetivos y los procedimientos para implementarlos. En algunas circunstancias los tribunales pueden ser centrales, pero en la mayoría de los casos la experiencia nos muestra que ellos son solamente uno de entre una amplia gama de instituciones que deben ser examinadas, y a su debido tiempo empleadas, por quienes quieren tomar decisiones efectivas. Quiero resaltar un aspecto tanto obvio como pertinente: si lo que nos concierne es hacer el derecho o cambiar el derecho, los tribunales no son las instituciones a las cuales probablemente recurriremos, ni tampoco las más apropiadas.

18. Exploremos éste aspecto considerando un problema "extrajudicial" de menuda ocurrencia. Imagine por un momento que usted es un socio con poca antigüedad en un despacho de abogados que cuenta entre sus clientes a las Industrias Suzuki, una corporación multinacional japonesa de gran envergadura. Suzuki ha decidido hacer una inversión en México, y está contemplando la posibilidad de establecer una subsidiaria para manufacturar componentes en, digamos, Durango. (Elegí Durango al azar. Nunca he estado allí, en realidad no he estado antes en México, y no es mi intención faltar al respeto de los ciudadanos de la que estoy seguro es una ciudad de mucha valía.)

19. El material pertinente relativo al derecho mexicano federal, estatal y local ha sido remitido a las oficinas principales de Suzuki en

Tokio. Ahora Suzuki le solicita a su despacho visitar Durango e informar más completamente.

20. Esta solicitud difícilmente debiera ser una sorpresa. Cualquier inversionista extranjero de prudencia que planea invertir en otro país quiere tener un conocimiento que va más allá del puro derecho escrito contenido en la Constitución, las leyes, los reglamentos y las ordenanzas de la comunidad en la que piensa ingresar. Y la razón es obvia. Una mera descripción de las normas legales, por más rigurosa y detallada que ésta sea, no podría darle a su cliente japonés una figura completa y dinámica de cómo las decisiones son en realidad adoptadas en Durango.

21. Usted arriba a Durango para dar cuerpo a aquella figura. ¿A quién le pregunta usted? ¿Qué es lo que usted va a preguntar? ¿Qué información es realmente necesaria para que usted y su cliente entiendan el ambiente al cual la corporación foránea entraría, y planeen su ingreso y funcionamiento eficaces? Alguna de las cosas que usted debe inventariar, pero que no están expresadas en el derecho formal que usted ha recogido y detallado, son los individuos, grupos y entidades —formales e informales— en Durango que realmente participan en la toma de decisiones críticas que afectarán las perspectivas operacionales de Suzuki. Usted y su cliente están interesados en el comportamiento de dichos individuos, grupos y entidades, no en un sentido abstracto, sino por el contrario muy específico. Usted está tratando de adivinar cómo esos actores se comportarán ante una serie de condiciones que pueden ser las prevalentes en el futuro.

22. Nuestro sentido común constantemente nos orienta hacia aquella noción impalpable que llamamos “presente”. Y lo hace observando las ocurrencias del pasado y las condiciones que en aquel entonces prevalecieron, para luego determinar el comportamiento futuro, nuestro o de otros cuyas acciones nos pueden afectar, bajo la influencia de condiciones similares o diferentes. (Algunas condiciones, uno las puede anticipar; algunas otras, uno mismo las puede crear). Así, más concretamente, usted deseará saber qué hicieron en el pasado aquellas personas y grupos de Durango, qué condiciones prevalecieron en aquel entonces que pudieron haber influenciado lo que ellos hicieron, qué condiciones probablemente prevalecerán en el futuro, en qué diferentes formas esos grupos pueden reaccionar ante tales condiciones y los efectos que cada una de esas reacciones potenciales pueden tener para su cliente.

23. El propósito de ésta investigación es sumamente práctico. Industrias Suzuki requiere información que la guíe en decidir cómo debe actuar; incluso, y lo que es más aún, si debiera del todo invertir en Durango. Hablando en términos prácticos, el significado de ésto es cómo Suzuki debiera actuar con las personas y grupos que participan en los procesos pertinentes de toma de decisiones en Durango. El abogado que no es más que un bibliófilo y legalista puede regalar a usted, en gran detalle, con las reglas formales de Durango. ¿Pero es ello suficiente para que usted cumpla la misión que se le ha encomendado?

24. En palabras más sucintas: para aconsejar a su cliente, usted debe entender cómo son las decisiones adoptadas en realidad en Durango. No es suficiente informar a Suzuki cuáles son las reglas formales, pues a menos que Durango sea una excepción, en muchos casos tales reglas no serán realmente aplicadas, no al menos de manera estricta. Incluso cuando ellas son aplicadas, varios otros factores pueden influir la forma como tales reglas están siendo aplicadas y el perfil de las decisiones que afectarán a su cliente. En breve, usted debe comprender el proceso en el cual se toman decisiones para que así tanto usted como su cliente comiencen a hacer presunciones fácticas sobre el futuro curso de conducta que será seguido en Durango tanto por personeros oficiales como por *aquellos que no lo son*. Es sólo esa información la que permitirá idear un curso de acción apropiado para usted y, para que en representación de su cliente, aprenda a desenvolverse en aquel ambiente particular de una manera tal que aumente la probabilidad de influenciar y asegurar la adopción de dicisiones favorables.

25. Dos aspectos merecen ser enfatizados. Usted puede utilizar métodos científicos, pero usted es más que un simple observador y archivador. Cuando Oliver Wendell Holmes dijo que el derecho no pretende más que la predicción de cómo se comportan los tribunales, él planteó la cuestión estrechamente en varios aspectos. Al abogado le conciernen no sólo los tribunales y su comportamiento, sino también predecir e *influnciar* entidades de toma de decisiones, sean éstas formales o informales, organizadas o no, grupos e individuos los cuales, en realidad, probablemente tendrán cierta capacidad para afectar los intereses de su cliente. Uno de los desafíos de un contexto nuevo es averiguar exactamente cuáles son tales entidades e individuos. Análisis jurídicos del tipo convencional son indispensables, más en cada problema siempre habrán aspectos, a veces de la mayor importancia, que no pueden ser comprendidos en un análisis de textos legales.

26. Concentrémonos, por el momento, más bien con aquellas cosas que usted quiere saber que con los métodos a emplear. Usted llega a Durango y se registra en el hotel principal de la plaza central. Baja al bar por un trago, y en tono casual pregunta a quiénes parecen "parroquianos habituales" del lugar quién es el alcalde. Ignoro cómo es en México, pero si usted estuviera en una ciudad de los Estados Unidos lo más probable es que luego pregunte quién es el jefe.

27. Con una pregunta como aquella usted está concediendo que existe una posibilidad concreta de una discrepancia entre instituciones legales formales, las cuales nosotros llamamos "autoridad", e instituciones efectivas, las cuales, con un propósito de contraste, llamaremos "control". El hecho es que en muchas municipalidades y organizaciones, para no hablar del sistema internacional, las instituciones formales del derecho coexisten con las "maquinarias" efectivas. Ambas no siempre son congruentes. Por sus estudios legales básicos usted sabe que en el derecho formal pueden haber varios sistemas legales superpuestos y en algunos casos incompatibles: derecho federal, estatal, local, religioso, sin mencionar lo que Ehrlich llamó el "derecho interno" de las corporaciones y de otras entidades comerciales. El derecho interno puede mostrar incluso mayor complejidad, pues raramente éste tiene principios para resolver "conflicto de leyes" y para abordar el problema de la incompatibilidad de normas.

28. Sus preguntas sobre el alcalde y el jefe indican una concepción de acuerdo a la cual el proceso del derecho requiere cierta dosis de poder efectivo o control. Usted acepta que, en algunas circunstancias, instituciones formales carecen de poder efectivo. La consiguiente implicación, por supuesto, es que debido a que los abogados buscan predecir cómo las decisiones serán adoptadas en un contexto definido (sin mencionar que tratarán de influenciar el resultado para favorecer los intereses de su cliente), ellos deben identificar dónde se encuentra radicado el poder efectivo en tal comunidad en particular. Si el proceso del poder no es congruente con los procesos formales del derecho, ¿deberá el abogado convertirse en perito e identificarlos y manipularlos para así servir a su cliente? ¿Y qué acerca de las cuestiones éticas que surgen de ello?

29. Antes de que usted se trasladase a Durango, su despacho de abogados había ya procedido a preparar un estudio de los materiales legales pertinentes. Pero ahora que usted está en escena le aparece con claridad meridiana que aquellos documentos capturan sólo parte del cuadro. Y la parte del cuadro que ellos reflejan bien puede ser la

errónea. El Consejo de la ciudad, de acuerdo a la ordenanza, adopta decisiones. Pero un par de días en Durango le pueden revelar que las políticas fundamentales de la ciudad son realmente tomadas en una serie de reuniones informales que tienen lugar en clubes de campo, reuniones de los Masones Libres, almuerzos de negocios, reuniones periódicas del Gremio de los comerciantes, etcétera. El consejo de la ciudad, usted puede descubrir, que en realidad no hace más que validar o promulgar las decisiones y políticas que han sido ya adoptadas en otros lugares.

30. En sus reuniones informales la misma elite de la ciudad puede responder a una variedad de presiones. Decisiones de tipo económico pueden estar bajo la influencia de demandas existentes o previstas de diferentes sindicatos laborales; puede que representantes de estos grupos participen en tales reuniones. Las decisiones también pueden ser influenciadas por demandas anticipadas de la Iglesia, de grupos masones, de defensores del medio ambiente, de cismas políticos, y por los infaltables medios de comunicación. Y, desafortunadamente, ellas también pueden ser influenciadas por grupos que están al margen de la ley; bandas, sindicatos criminales y otros constituyen un factor político de significancia innegable en demasiados escenarios en los Estados Unidos. Lo remarcable es que la información necesaria para entender cómo las decisiones van a ser tomadas en Durango, el tipo de información que su cliente necesita que probablemente no es extraída de documentos legales, requiere simplemente una forma de investigación que raramente forma parte de la educación legal formal.

31. Todo el asunto de adoptar decisiones que afectan a la sociedad entera es alterar el comportamiento exterior para que en el futuro sea más probable que la producción y asignación de valores se realice en forma tal que se ajuste más ceñidamente a las preferencias de quienes toman decisiones. Pero, es suficiente simplemente referirse a los procesos que uno desea cambiar (o estabilizar) como algo externo, que está allí afuera? Llanamente, uno puede en mejor forma recoger la información necesaria acerca de esos procesos y aplicar tensión en los puntos claves a fin de asegurar cambios cuando uno es capaz de describir tales procesos con precisión.

32. Nuestra sugerencia es utilizar un análisis compuesto por seis fases, las cuales hemos en gran medida adoptado de la antropología social. Específicamente, sugerimos que uno se pregunte a sí mismo *quiénes* son los actores relevantes en el asunto de nuestro interés (participantes), *cuáles* son sus subjetividades, sus identificaciones, sus ex-

pectativas sobre el pasado y el futuro y sus demandas (perspectivas), *dónde* ellos actúan y se comunican (situaciones), *qué* recursos son empleados en interacciones específicas para influenciar resultados (bases de poder), *cómo* son tales recursos manipulados, si en forma de coerción o de persuasión, y si el destinatario es algún miembro de la élite en particular o una audiencia más general (estrategias), y finalmente, *con qué* resultados.

33. Los resultados en sí mismos pueden ser descritos en más detalle especificando qué es lo que los seres humanos desean. Esto podría parecer simple; la mayoría de los seres humanos saludables virtualmente desean un poco de todo. Pero “todo” es una palabra muy grande. Más precisión es imprescindible desde el punto de vista de quién está interesado en intervenir para cambiar parte del proceso social, y del académico interesado en determinar las preferencias que guiarán la acción hacia el cambio o su evaluación.

34. Harold Lasswell encaró éste problema sugiriendo que aquello deseado por la gente puede ser convenientemente visto y catalogado en términos de ocho “valores”. Para Lasswell valores son cosas o eventos deseados por seres humanos: poder, riqueza, ilustración, habilidad, bienestar, afecto, respeto y rectitud. Los segmentos de la sociedad específicamente interesados en la producción y distribución de cada uno de aquellos valores, o como Lasswell dijo, en “el darles forma y compartirlos”, pueden ser estudiados con el propósito de entenderlos o de alterarlos. El profesor Khosla aplicará parte de este método en su presentación sobre la inculcación de los valores.

35. Una vez equipado con el aparato de análisis y con el espectro de los valores, el observador puede describir cualquier proceso con el detalle que desee, y con una precisión tal que permita identificar los diferentes factores que influyen en el comportamiento y que pueden ser manipulados con el objeto de introducir cambios. El análisis de fases del análisis de valores también puede ser utilizada para describir el proceso de interacción más comprensivo que fluye en la comunidad toda, así como también el proceso dentro de ella relativo al poder, y el proceso constitutivo a que nos referiremos en breve. En cualquier comunidad los resultados de estos procesos pueden ser descritos en términos de la distribución real de los valores críticos que estudiamos: poder, riqueza, ilustración, y los otros todos.

36. El proceso constitutivo, siendo uno especializado en crear y aplicar políticas para una comunidad dada, es de especial interés para el abogado por cuanto éste es frecuentemente el instrumento por el

cual los cambios pueden ser realizados más eficazmente. Dado que las decisiones en general reflejan elecciones de tipo social relativas a la producción y distribución de la prosperidad o la desdicha y la aflicción de la vida social, las decisiones particulares son importantes para los individuos en la medida que ellas señalan indulgencias o privaciones reales. Las decisiones relativas a la continuidad de un grupo y sus padrones básicos para tomar decisiones, aunque son raramente percibidas como algo vital o personal, son de interés especial y de importancia para aquellos a quienes concierne el entendimiento de cómo operar efectivamente dentro de un grupo o de cambiarlo. Estas son decisiones acerca del proceso de toma de decisiones en sí mismo, que establecen quién puede tomar, qué decisiones o desempeñar cuáles funciones en el proceso de toma de decisión, los principios generales o políticas sobre la toma de decisión, los lugares y las formalidades en los cuales las decisiones deben ser tomadas, los recursos simbólicos y materiales que puede ser y son empleados, las técnicas en las cuales tales recursos son utilizados, y así sucesivamente.

37. En muchos casos es difícil fijar con precisión y resaltar un esfuerzo deliberado y consciente en la toma de una decisión constitutiva básica o sea una decisión relativa a la toma de decisiones en general. El modelo de toma de decisiones y la expectativa de que este es correcto parece forjarse en relaciones previas de poder las cuales surten efecto continuo, hasta que todos parecen aceptarlo como correcto e incluso llegan a asumir su carácter de expresión "natural, pacífica y espontánea" de un grupo organizado, y una destilación pura en aumento de la sabiduría que la experiencia del grupo arroja. Concepciones como éstas sostienen el trabajo de Savigny y otros de la escuela histórica del viejo continente, así como también de Edmundo Burke de Inglaterra.

38. En ambas concepciones, aquel momento en el pasado en el que "la decisión constitutiva supuestamente tomó lugar, adquiere proporciones míticas". Los protagonistas de ellas, como si cobrando una importancia más allá de sus vidas, son venerados como los padres de la patria con una reverencia filial de una intensidad tal que causó gran intriga al juez estadounidense Jerome Frank. El evento de la "constitución política" en sí mismo se convierte en objeto de veneración cívica. Aunque en todo esto los elementos ficticios y míticos son obvios, incluso analistas caracterizados por su agudeza y usual escepticismo, tal como Hanna Arendt, empiezan a atribuir propiedades metafísicas especiales al momento en el cual la "autoridad" es creada.

39. Las objeciones de Jeremy Bentham a los comentarios de Blackstone cubrieron toda la gama de argumentos. Pero Bentham encontró una de las proposiciones de Blackstone tan absurda que, en lugar de ofrecer una refutación, simplemente dijo, "Hombre, abra sus ojos y mire alrededor suyo". Esta admonición es aplicable en materias constitucionales. Existen, por supuesto, eventos de iniciación en un sentido comparativo, y esos eventos pueden ser cuidadosamente revestidos con ritual y ceremonia a fin de subrayar solemnemente su importancia. La elite y los líderes de las generaciones venideras preservarán meticulosamente una memoria colectiva par esos eventos, mejorarán o incluso crearán la ceremonia y la solemnidad retrospectivamente para que el evento en su totalidad se convierta en un símbolo del grupo y en una celebración de su distintividad y su continua existencia.

40. Mas el proceso básico para la toma de decisiones en un grupo dado no puede ser realísticamente analizado como una herencia intacta o una reliquia del pasado. Existe una tensión constante entre los diferentes grupos e individuos, sea por estabilidad o por cambio; ellos emplean las diferentes bases de poder que tienen a su disposición y el proceso constantemente se acomoda a las disposiciones básicas de autoridad y de poder efectivo. Con seguridad, cada cambio es presentado en términos de continuidad, como una manera eficaz de mantener las expectativas básicas sobre autoridad. Los tribunales "respetan" su propia jurisprudencia, los precedentes judiciales, los políticos labran sus plataformas en las "intenciones de los padres de la patria" y así sucesivamente. La ficción de todo esto es vergonzosamente evidente. Aquello que llamamos "constitución" es, en realidad, un símbolo opaco del proceso constitutivo en el cual un sinnúmero de individuos y grupos apoyados en sus bases de poder efectivo y en símbolos de autoridad buscan crear, sostener o cambiar las instituciones básicas relativas al proceso de toma de decisiones en una comunidad dada.

41. Cierta refinamiento adicional puede perfeccionar nuestra eficacia. Con frecuencia mencionamos el proceso de toma de decisiones, pero esta frase es demasiado ambiciosa. En el curso de la toma de decisiones, varias operaciones o funciones deben ser desempeñadas. Consideramos conveniente identificar siete funciones básicas que componen el proceso de toma de decisiones:

1. *Inteligencia*: es la recolección de información relevante para adoptar decisiones de tipo social.

2. *Promoción*: es la campaña de opinión necesaria para convertir principios preferidos en normas.

3. *Prescripción*: es la legislación: las políticas de la comunidad se integran a su derecho.

4. *Invocación*: es la caracterización provisional de que un comportamiento determinado se ha desviado de las normas prescritas.

5. *Aplicación*: el conjunto de eventos en particular se subsumen al derecho para especificar la norma y determinar la sanción.

6. *Terminación*: Las leyes y otras prescripciones finalizan en su vigencia efectiva; se diseñan medios adecuados de compensación para quienes actuaron de buena fe con la expectativa de que tales normas continuarían vigentes.

7. *Evaluación*: es la consideración, en términos de efectividad, del proceso de toma de decisiones en su totalidad, a fin de determinar qué políticas de la comunidad van a ser realizadas y de adoptar las correspondientes recomendaciones de cambio, ya sean éstas de tipo estructural o personal.

IV. TAREAS INTELECTUALES

42. Lo que hasta este momento he considerado es esencialmente preparatorio: punto de vista componente del enfoque, y la determinación de lo que es de valía observar. Éstas constituyen las tareas intelectuales que pueden ser utilizadas tanto por el historiador social como por el sociólogo o el periodista, y en general por cualquier interesado en el proceso de toma de decisiones. La tarea real de tomar decisiones es una que asociamos con quienes están en cargo de tomarlas, con sus consejeros, y más característicamente, con el abogado. La mayoría de las corrientes tradicionales del derecho asumen que una decisión de tipo legal constituye un ejercicio de derivación lógica; uno identifica una norma general y el material fáctico en que consiste el caso particular se subsume a ella a través de un proceso de inferencia lógica. Así, éstas teorías del derecho sostienen que una decisión es "legal" en cuanto y por cuanto es una decisión razonada y que se deriva a través de un proceso lógico desde ciertas premisas generales.

43. Obviamente la teoría que hemos desarrollado debe rechazar tal perspectiva. Para nuestros propósitos una decisión constituye una elección entre alternativas opuestas que persigue optimar la suma total de los intereses de la persona que hace la elección y de la comunidad o comunidades a las cuales el individuo pertenece. Desde nuestra perspectiva, la calidad de una decisión no depende de su concordancia lógica con ciertos principios generales; dependerá más bien de su con-

formidad con la suma de sus consecuencias en relación con la variedad de metas o finalidades que hemos tratado de especificar. La pregunta que sigue es, entonces, cuáles son los pasos que nos pueden guiar para tomar decisiones más acertadas.

44. Proponemos la adopción de cinco tareas intelectuales que consideramos constituyen la esencia de decisiones racionales. Ellas son la clarificación de metas o finalidades, el análisis de las tendencias pasadas, el análisis de los factores condicionantes, la predicción de eventos futuros y la creación de alternativas. Aunque el Profesor McDougal ya los ha descrito, permítame un comentario adicional.

45. El determinar qué es un problema requiere de una declaración precisa de preferencias, por cuanto es únicamente la discrepancia entre preferencia y probabilidad de lo que impele individuos y comunidades a concluir que existe un problema y a tratar de diseñar métodos para su solución. Entonces, la tarea intelectual primaria es clarificar o especificar metas y finalidades. En el proceso de toma de decisiones esta tarea cumple la función de delimitar una parte determinada de nuestra experiencia pasada, la cual puede ser relevante para obtener nuestros objetivos en el futuro. Pensamos que esto envuelve postular, en base a un esclarecimiento previo de intereses, qué es aquello por lo cual uno está dispuesto a tomar responsabilidades. Esto no puede derivar de lo "natural", puesto que, y con el debido respeto por Hegel, lo que "es" no es necesariamente lo que "debiera ser" o lo que será.

46. Tampoco aceptamos la noción Marxista de la inevitabilidad de ciertos desarrollos sociales, de manera tal que quienes toman decisiones no pueden hacer más que simplemente acelerar o retardar su realización por cierto tiempo, pero sin poder en otra forma influenciar lo que está predeterminado.

47. Rechazamos también la suerte del naturalismo desarrollado por H. L. A. Hart y por Lon Fuller de acuerdo al cual existen ciertas características inherentes en el derecho que predeterminan cuáles pueden ser nuestras metas finales. En éste periodo en que nuestra especie se desplaza hacia un nuevo nivel de civilización basada en la industria y la ciencia, resulta claro que los desafíos que nuestras comunidades deben encarar son tan nuevos y diferentes que no se justifica una obsesiva veneración de nuestras experiencias pasadas, que no pueden ofrecer más que una ayuda muy escasa. De aquí que la clarificación de metas debe ahora incluir ejercicios disciplinados en fantasía, corregidos por una consideración rigurosa hacia la suma de las consecuencias que las diferentes opciones ofrecen.

48. Al especificar metas delimitamos parte de nuestras experiencias pasadas que pueden ser de importancia en su obtención. Así, es razonable preguntar a otros, o incluso a uno mismo, si ellos o uno posee experiencias pasadas de situaciones similares a las que ahora conciernen a uno y con metas comparables. Tal averiguación del pasado sugerirá qué estrategias es apropiado adoptar, qué obstáculos pueden ser anticipados, qué recursos pueden ser movilizados y con qué aliados se puede contar, y quiénes serán los principales adversarios o competidores. Una revista de aquel pasado relevante a la realización de metas actuales también podría sugerir cuáles son las técnicas y tácticas más convenientes, y permitiría evaluar cada una de ellas con referencia a su éxito o fracaso en el pasado. El nombre que damos a esta tarea de revisión de las tendencias pasadas es *análisis de tendencias*.

49. Por supuesto, lo que ha ocurrido en el pasado no se repetirá necesariamente en el futuro. Los eventos del pasado están embebidos de un contexto determinado que influyó la forma y tono que ellos tomaron. Si uno tuviera la certeza de que exactamente las mismas condiciones que formaron tal contexto van a prevalecer en el futuro, uno podría tener cierta confianza para presumir que la misma estrategia utilizada en el pasado probablemente arrojará los mismos resultados en el futuro. Pero las más veces las condiciones imperantes en un momento dado no son las mismas de antes. Ellas están en permanente cambio —a veces de manera muy radical, en otros casos y en forma limitada todavía pueden influir en los resultados. La revisión que uno hace de las tendencias pasadas será importante para determinar opciones y estrategias futuras sólo en la medida que uno indague el contexto de las condiciones que prevalecieron en el pasado y en qué medida tal contexto es idéntico o similar al que se proyecta será el futuro. A esta tarea de identificar y analizar factores condicionantes la llamamos *análisis de factores*.

50. Las leyes hablan con reverencia del pasado e implican que a ellas les atañe únicamente el asegurar fidelidad a ciertos acuerdos o prescripciones pasadas. Pero en realidad lo único que incumbe al derecho es el futuro. Su interés, así como el interés de quien sea esté interesado en solucionar problemas, o lo que es lo mismo, en elegir y adoptar alternativas, es diseñar estrategias capaces de aumentar la probabilidad de que los eventos deseados ocurrirán (o de evitar la ocurrencia de eventos indeseados) en el futuro. Mas esto requiere alguna forma de estimación de qué alternativas para el futuro pueden ser sostenidas. Si bien nadie es profeta, es del todo posible proyectar ciertos futuros

ficticios y ver si alguna de las técnicas que uno ha considerado aparecen prometedoras en esos futuros. El atentado de proyectar imágenes diferentes de futuros diferentes y de incorporarlos en la elección de alternativas lo describimos como *predicción*.

51. Usted se habrá dado cuenta que las tareas intelectuales relativas al proceso de toma de decisiones que hemos hasta ahora considerado son las utilizadas, de una forma u otra, por especialistas en varias disciplinas distintas al derecho. El análisis de tendencias pasadas es una de las funciones de los historiadores. El análisis de factores es una tarea común de los sociólogos. La función de predecir es virtualmente acometida por todo cientista social. Lo distintivo de la contribución del jurista en la elección de alternativas radica en la determinación de las estrategias a utilizar para alcanzar las metas fijadas. Si un examen minucioso de las tareas intelectuales previas le indica que alguno de los antiguos métodos revisados en su análisis de tendencias pasadas le permitirá probablemente alcanzar su objetivo, usted simplemente lo aplicará. Pero si usted piensa que en tal forma es improbable obtener su objetivo, o si se le ocurren otras alternativas que pueden mejorar las posibilidades de su realización, entonces la tarea intelectual se convierte en una creación de estrategias o métodos alternativos. Los individuos generalmente recurren al abogado cuando ellos tienen cierta idea de qué es lo que quieren y la impresión de que sus deseos no van a ser cumplidos a menos que ciertos esfuerzos adicionales sean tomados. Lo que el abogado hace entonces es elaborar estrategias alternativas. Nos referimos a esta tarea como la *creación de alternativas*.

52. El derecho natural tradicional, con su énfasis en finalidades intrínsecas, tiene innegable utilidad en cuanto establece el principio fundamental de la dignidad humana, el cual por cierto anima nuestro trabajo. Pero es una guía mezquina en otros respectos, tales como en determinar si nuestra civilización debiera incentivar control de la natalidad, esterilización, eutanasia, o la dirección, la ingeniería genética debiera tomar en la remodelación de la entidad psíquico-biológica de los seres humanos del futuro. El derecho natural tradicional tampoco nos provee con métodos apropiados para adoptar decisiones —como aquellos que he desarrollado aquí.

53. El historicismo, la gran escuela del derecho que se centra con un interés desproporcionado en los detalles del pasado, nos provee con cierto enfoque en tendencias pasadas, cuya relevancia recién he considerado. Pero la idea toda de derivar los objetivos para el futuro de una civilización industrial y científica, de aquellos que pertenecieron a un

pasado basado en una tecnología más simple y en nociones fragmentarias y a menudo etnizadas, que evidentemente son inapropiadas en un mundo ahora interdependiente y que tiende a integrarse, no requiere de mayor comentario.

54. El positivismo, sea de la variedad anglosajona derivada de John Austin, o de aquella de su pariente del viejo continente desarrollada por el gran jurista Hans Kelsen, tiene su enfoque estrechamente limitado al actuar de los tribunales, y en su variedad anglosajona manifiesta una obsesión singular en el Estado-nación. Como ya he explicado, lo que necesitamos es una teoría que considere todo el espectro de instituciones de toma de decisión, y que es capaz de identificar no solamente las comunidades étnicas y lingüísticas tradicionales que forjaron el pasado, pero también las comunidades transnacionales funcionales del mundo contemporáneo. Incluso el Realismo Legal de los Estados Unidos, con el cual mis colegas y yo tenemos una gran deuda intelectual, puso su enfoque enteramente en los tribunales y concentró sus energías en el iconoclasmo y la destrucción de métodos obsoletos antes que en la creación de métodos nuevos para acometer tareas nuevas.

55. De entre las corrientes contemporáneas del derecho, el análisis económico del derecho presuponen al mercado como un fenómeno natural y no como la misma creación compleja de un proceso constitutivo que se ha mantenido a través del tiempo y que constantemente está siendo ajustado a fin de asegurar determinados modelos de producción y una distribución diferencial. La mano invisible se ha convertido así en una mística *deus ex machina* en vez de ser la mano por cierto real aunque encubierta de élites eficaces en hacer y cambiar las reglas en su interés propio. Como cualquier internacionalista bien sabe, uno de los mayores desafíos de la comunidad mundial es la reestructuración del mercado mundial en forma tal de acrecentar eficiencia en procesos productivos y la equidad distributiva. Teorías que veneran formas obsoletas del mercado como una creación natural que no está sujeta a cambios obviamente son de poca ayuda. Incluso abogados que se desempeñan a un nivel local en países que están atravesando los desafíos de un proletariado recóndito apreciarán los límites de este enfoque microeconómico del derecho.

56. La escuela crítica del derecho, basada en Harvard, parece estar redescubriendo las perspicacias del realismo legal con todo el *sturm und drang* de sus predecesores, pero como el realismo, parece estar encerrada en un curso destructivo, incluso de autodestrucción, antes que de creación.

57. Nuestra concepción del derecho es moderna y modernizadora, y su naturaleza es esencialmente romántica en el sentido que el siglo XIX da al término. Esta concepción cree que el ser humano, a pesar de las limitaciones que la historia impone sobre él y de las capacidades limitadas propias de nuestra especie, puede tratar de buscar y determinar el destino que prefiere, y puede tomar los pasos necesarios para positivamente influenciar su realización. No nos hacemos ilusiones acerca de la dificultad de estas tareas, tampoco tenemos certeza acerca de su éxito. Sin embargo, creemos que los sistemas alternativos disponibles son claramente menos satisfactorios, y que el método que hemos desarrollado es, hasta ahora, el único plausible.