

CRITERIOS PARA UNA TEORÍA SOBRE EL DERECHO*

Harold D. LASWELL**

y
Myres S. McDUGAL***

I. LA JURISPRUDENCIA COMO TEORÍA SOBRE EL DERECHO

En muchos campos de la investigación del proceso social, los científicos actuales se ocupan en crear marcos de referencias comprensivas y bien estructurados —‘orientaciones generales’ o ‘modelos conceptuales’— que sirvan de guía y de ayuda en la realización de los estudios.¹ Mediante la creación de una nueva teoría más eficiente, diversos estudiosos en diferentes campos tratan de servir diferentes propósitos y funciones intelectuales, pero ciertos amplios propósitos aparecen con mucha frecuencia en una literatura prolífica:

la identificación del científico u observador en relación a los eventos que observa, especificando su punto de vista y sus propósitos;

la delimitación de enfoques relevantes para la investigación, colocando a la vez los eventos específicos que se examinan, dentro del contexto más amplio de los eventos con los cuales se relacionan.

la especificación de una gama de tareas intelectuales pertinentes a la investigación en cualquier aspecto del proceso social, incluyendo: el esclarecimiento de las metas, la descripción de las tendencias, el análisis de las condiciones, la proyección de futuros desarrollos y la búsqueda y evaluación de alternativas.

el desarrollo de procedimientos confiables y económicos para realizar la

* Este artículo apareció bajo el título *Criteria For A Theory About Law* en “Southern California Law Review” Vol. 44, Núm. 2, 1971. Copyright © Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal. Traducción permitida. Este artículo es un resumen de un estudio más amplio que está siendo elaborado por los autores. Muchas formulaciones de este artículo han sido tomadas de anteriores publicaciones V. Lasswell and McDougal, *Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective*, “Florida Law Review” Vol. 19, 1967, pp. 486; Mc Dougal, Lasswell and Reisman *Prologue to a Configurative Jurisprudence*, Virginia Journal of International Law, 1968, pp. 188. Y de trabajos no publicados realizados en colaboración con W. L. Morison, W. Michel Reisman, Mary Ellen Caldwell, Luis Schuchinski, Michel Libonati y otros.

** Professor of Law Political and Sciences en la Fundación Ford; Profesor Emeritus, Yale University y Profesor of Law en John Jay College of Criminal Justice.

*** Professor of Law en Yale University.

¹ Para un análisis adecuado de los desarrollos relevantes véase O. Young, *Systems of Political Science* (1968); O. Young, *A Systematic approach to international politics* (1963); E. Meehan, *The Theory and Method of Political Analysis* (1965); y W. Mackenzie, *Politics and Social Science* (1967).

tarea intelectual que se considera pertinente; y el postulado y la explicitación de las metas globales, los valores implícitos que busca o aspira la investigación.²

Se observará que los propósitos aspirados dentro de los marcos más recientes de referencia son más amplios que los de la investigación científica tradicional, en el sentido de una búsqueda de principios explicativos altamente generalizados,³ o los de una investigación filosófica tradicional en el sentido de un ejercicio de derivación dentro de una dimensión sintáctica u otros dominios menos especificados.⁴ Lo que se espera dentro de los nuevos marcos de referencia es el desarrollo de una teoría que sea lo suficientemente comprehensiva, detallada y articulada en todos los niveles de abstracción necesarios para ayudar en forma confiable, adecuadamente selectiva, creativa y económica en la realización de todas las cuestiones de investigación pertinentes acerca del proceso social.

Es un hecho lamentable que en la larga historia de la reflexión sistemática y de obras jurídicas, que comienza, por lo menos, con la construcción de ciudades, los estudiosos rara vez intentaron construir una teoría de un alcance comparable.⁵ El énfasis tradicional, recurrente y mayoritario en las teorías, que a veces se caracterizaron como "escuelas de jurisprudencia" y que siguen teniendo importantes repercusiones tanto sobre la investigación como sobre la decisión, han sido teorías parciales e incompletas, que limitaron demasiado el centro de la investigación y

² Los detalles respecto a diferentes recomendaciones que se hacen se encontrarán en *Foreign Policy Decision Making* (B. Snyder, W. Bruck & B. Sapin eds. (1936); K. Deutsch, *The Nerves of Government* (1936); A. Kaplan, *The Conduct of Inquiry* (1964); *Varieties of Political Theory* (D. Easton, ed. 1966) Kaplan, *International Systems*, 15 *Int'l Encyc. Soc. Sci.* 479 (1968); *Contending Approaches to International Politics* (K. Knorr y J. Rosenau, eds. 1969), Einstadt, *The Development of Sociological Thought*, 15 *Int'l W. Runciman, Social Science and Political Theory* (1963); *Readings in the Philosophy of the Social Sciences* (M. Brodbeck, ed. 1968); E. Nagel, *The Structure of Science* (1961); H. Eulau, *The Behavioral Persuasion in Politics* (1963); y R. Merton, *Social Theory and Social Structure* (1967).

³ Una concepción más limitada de la investigación científica es expresada por Marion Levy, "Does it Matter If He's Naked"? *Bawled the Child*, en *Contending, Approaches to International Politics*, supra nota 2, en página 87; cf. Schwartz, *A. Learning Theory of Law*, 41, *S. Cal. L. Rev.* 548 (1968).

⁴ Los ejercicios deductivos en la dimensión sintáctica son ilustrados en el enfoque contemporáneo "lingüístico". Véase, por ejemplo, G. Ryle, *The Concept of Mind* (1949). Algunas insuficiencias del análisis confinado principalmente a lo "lingüístico" se encuentran indicadas en Weisstub, *The Conceptual Foundation of the Interpretation of Agreement*, 22 *World Politics* 255 (1970).

⁵ Los siguientes estudios ofrecen una perspectiva histórica apropiada: M. Levi, *The Political, Theory of the Ancient World* (1965); E. Havelock, *The Liberal Temper in Greek Politics* (1957); Speiser, *Cuneiform Law and the History of Civilization*, 107 *Prac. Am. Philosophical Soc.* 536 (1963); A. Bozeman, *Politics and Culture in International History* (1960); J. Meedham, *2 Science and Civilization in China* (1956); G. Seidler, *The Emergence of The Eastern World* (1968), and R. Pound, *Interpretation of Legal History* (1922).

que restringieron gravemente la tarea intelectual con la que se ocuparon.⁶ El punto de vista y los propósitos del observador erudito pocas veces, en el énfasis histórico se han distinguido claramente de los de participantes más activos del proceso social, objeto de la investigación; demasiadas veces, en lugar de crear una teoría sobre el derecho que podría facilitar una comparación a través del tiempo y a través de las fronteras de las comunidades, los estudiosos se sentían satisfechos con la delineación de un marco para sus propios estudios en términos de teorías técnicas del derecho que solamente constituyeron fragmentos oscuros y ambiguos de los datos y las observaciones.⁷ En muchos estudios el énfasis todavía pervasivo, radica en concebir a la autoridad en términos trascendentales tales como la voluntad divina, verdades eternas metafísicas, o legalismos autónomos —que permiten una investigación empírica. En muchos casos la atención se limita a supuestas reglas del derecho o a perspectivas en gran parte no especificadas y dejan de lado las operaciones auténticas del proceso judicial, de esta manera no se obtiene un enfoque claro en las decisiones empíricas o en un flujo agregado de decisiones. No siempre se distingue la autoridad del control, y al mismo tiempo de manera confusa y ambigua se hace referencia a ambos componentes del derecho. Con frecuencia el rango de los órganos que toman las decisiones no son identificadas y no se enfoca claramente el proceso amplio de decisiones de autoridad que va desde el proceso de establecer el derecho al de aplicarlo dentro del marco de mantenimiento del orden público preferido. Los eventos en el proceso social de los que surgen las decisiones de autoridad, muy rara vez se categorizan sistemáticamente en términos de valores y de instituciones; por lo tanto, las causas y las consecuencias de las decisiones se tratan en forma solamente anecdóticas. Por consiguiente, apenas se observa y menos se describe de una manera realista la interpenetración de patrones de autoridad y de control a través de las fronteras de una comunidad y se proyectan mitos dudosos acerca de la interrelación de intereses “nacionales” e “internacionales” y el derecho. En la mayoría de los casos los enfoques se limitan a la tarea intelectual que más se honra: la de la deducción lógica; y se pasan por alto las demás tareas que son necesarias para una investigación eficiente y una decisión racional.⁸

⁶ Estas limitaciones son aparentes hasta en la consideración explícita del ámbito de la jurisprudencia. Véase H. Kantorowicz, *The Definition of Law* (1958); J. Montrose, *The Scope of Jurisprudence* (1965), reimpresso de *Me Judice*: Bodenheimer, *The Province of Jurisprudence*, 46 *Corn. L. Q.* 1 (1960).

⁷ E. Patterson, *Jurisprudence* 2, 3 (1953) remarca, pero no establece una distinción entre teorías *de* y *sobre* el derecho. Las tendencias pasadas que reconocían tal distinción serán señaladas en la discusión bajo puntos de vista observacionales.

⁸ La documentación sobre estas observaciones que se desarrollarán en mayor detalle en el texto abajo, puede encontrarse en cualquiera de las historias clásicas de la filosofía jurídica o del pensamiento teórico-jurídico. Véase R. Pound, *I Jurisprudence* (1959); A. Brecht, *Political Theory* (1959); H. Cairns, *Legal Philosophy from*

Las deficiencias de las teorías que hemos heredado para una investigación acerca del derecho se muestran en el énfasis más antiguo y acaso el de mayor influencia continuada, que es el del “derecho natural” que basa la “autoridad” en fuentes transempíricas.⁹ Dentro de este marco de referencia, la tarea encomendada al jurista es reconocidamente teológica o metafísica: su tarea es la de realizar en la tierra la voluntad divina o la materialización de los requisitos de ciertas esencias trascendentes postuladas o derivadas. No sería sorprendente que estudiosos que están convencidos de tales concepciones no muestren ningún interés en formular una teoría amplia que facilite la investigación acerca de las decisiones empíricas dentro del contexto de la comunidad. No obstante que el énfasis transempírico no puede —de la misma manera que ningún otro énfasis— evadir completamente la preocupación por una decisión efectiva; enfoca su atención principalmente en ciertos tipos limitados de justificación de la decisión y no en decisiones de autoridad y de control. La gran contribución histórica de este tipo de énfasis ha sido la referencia a la autoridad en vez de adherirse a las realidades del poder puro y de enfatizar la relevancia de las metas. Es bien conocido cómo los conceptos del “derecho natural” ayudaron a desarrollar las modernas constituciones de las naciones y a reconocer y desenvolver el derecho internacional.¹⁰ Sin embargo, en la gran mayoría de los casos el método de la clarificación de la meta, por ejemplo en el énfasis teológico o en el derecho natural, ha sido simplemente una deducción lógica y no siempre ha llevado sus justificaciones transempíricas de las metas al desarrollo de especificaciones detalladas en términos empíricos. Las dificultades importantes de las justificaciones transempíricas son: que estas mismas justificaciones pueden emplearse para apoyar especificaciones empíricas diametralmente opuestas y que todas estas justificaciones permanecerán vulnerables a oponentes que declaran la preponderancia de revelaciones más directas y más recientes. En un marco de referencia no explícito —y sistemáticamente acoplado con la selección humana en el proceso de la comunidad, sería incongruente,

Plato to Hegel (1949); J. Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law* (1940); C. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective* (2a. ed., 1963); W. Friedman, *Legal Theory* (4a. ed., 1960); J. Stone, *Legal Systems and Lawyers' Reasonings* (1968), *Human Law and Human Justice* (1965), y *Social Dimensions of Law and Justice* (1967); E. Bodenheimer, *Jurisprudence* (1962); G. Paton, *A Textbook in Jurisprudence*, capítulo I. (3a. ed., 1964); G. Sabine, *A History of Political Theory* (3a. ed., 1961).

⁹ El carácter de este énfasis diversificado y difuso se siente en A. Chroust, *On the Nature of Natural Law*, en *Interpretations of Modern Legal Philosophies* 70-84 (P. Sayre, ed., 1947); H. Rommen, *The Natural Law* (T. Hanley, traducido, 1947); A. Passerin D'Entreves, *Natural Law* (1951); L. Fuller, *The Morality of Law* (2a. ed., 1969); C. Becker, *The Heavenly City of The Eighteenth Century Philosophies* (1932); y Northrop, *Naturalistic and Cultural Foundation for a More Effective International Law* 49, *Yale L. J.* 1430 (1950).

¹⁰ E. Bodenheimer, *Jurisprudence* 57 (1962) ofrece un resumen preciso de algunos “logros prácticos” del marco del derecho natural.

incluso, una orientación hacia las demás tareas intelectuales que se requirieron para una investigación eficiente y una selección racional.

El marco de referencia que enfatizó el origen histórico, que tuvo su apogeo en Europa y en los Estados Unidos hace casi cien años, llevó consigo la ventaja de tratar de basar la autoridad en el proceso finito de la comunidad.¹¹ Su desventaja era que sus principales proponentes se formaron un concepto completamente erróneo de este proceso. Buscaron la autoridad no tanto en las perspectivas reales de personas vivas e involucradas en actividades cooperativas para mantener una comunidad como en algún “*geist*” mítico inmaterial que se consideraba único dentro de cada comunidad. En este énfasis, el derecho —como la música o la poesía— surgió del alma o de la voluntad común de las personas que formaron la comunidad, y cada comunidad era diferente. Puede observarse que algunas de estas nociones no son menos místicas que algunos con un énfasis transempírico. La tarea del observador se consideraba la de entender el funcionamiento interno de un “*geist*” específico a través de una comprensión intuitiva; tenía que sumergirse en este “*geist*” para extraerle la norma que le dio significado. Ya que cada “*geist*” era único, no podía trazarse un mapa perspicaz que trascendiera las fronteras de una sola comunidad o los límites del tiempo dentro de una comunidad, en términos mediante los cuales pudieran organizarse sistemáticamente y evaluarse las observaciones. Debido a su casi completa sumersión en el proceso de comunidad, era difícil para los proponentes de este énfasis obtener un enfoque claro sobre decisiones de autoridad particulares y sus relaciones en contextos más amplios. Por lo tanto, nunca diseñaron otro método más que uno en gran parte anecdótico, incluso para la tarea histórica de describir las anteriores tendencias de las decisiones para enriquecer la experiencia a disposición de las personas que tomaron las decisiones en la comunidad. Debido a un determinismo penetrante menospreciaron las posibilidades de aclarar las metas; no obstante que los “*geists*” pudieran ser transformados debido a fuerzas profundas de la comunidad, el derecho no podía controlar estas fuerzas y menos aún la legislatura. La invención deliberada de otras alternativas en la decisión era una noción completamente contradictoria a los apuntalamientos de su pensamiento; el derecho no era tanto el instrumento para regular el cambio social sino más bien la consecuencia pasiva de estos cambios. En una época en que el hombre es cada vez más capaz de transformar su ambiente físico así como cultural y puede hasta provocar cambios psicosamáticos, este énfasis —contrario a un esfuerzo premeditado y sistemático de reunir la experiencia del pasado

¹¹ Las perspectivas importantes están resumidas en R. Pound, *Interpretation of Legal History* (1923) y *I Jurisprudence* 81-87 (1959). Observe la aguda evaluación en Kantorowicz, *Savigny and the Historical School of Law*, 53 L. Q. Rev. 326 (1937). Véase también H. Maine, *Ancient Law* (1881); J. Carter, *Law: Its Origin, Growth, and Function* (1907); y P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence* (1920-1922).

para que sirva de guía para futuras alternativas sólo puede considerarse un anacronismo sentimental.

El marco de referencia que generalmente se llama jurisprudencia "analítica" o "positivista" que domina la mayor parte del pensamiento actual fue formado como reacción en contra de ambos, tanto de los conceptos transempíricos de juristas teológicos o proponentes del derecho natural como de la vaga difusión de la escuela histórica.¹² En énfasis contrastante trata de buscar "la autoridad" en sistemas de reglas emanados de órganos establecidos. Para tales propósitos el derecho se define como reglas prescritas y aplicadas por distintas instituciones de autoridad —soberanos, cortes y legislaturas— y la jurisprudencia se proclama como "la ciencia formal del derecho positivo".¹³ Esta distinción y obsesión con reglas *del* derecho contrario a las reglas *acerca del* derecho fue implantado firmemente en el marco por su proponente más influyente, John Austin, quien insistió que el marco apropiado de la "jurisprudencia general" consiste, en la elucidación de las nociones jurídicas fundamentales mediante el análisis del vocabulario característico del derecho y mediante la clasificación de sus términos de tal forma que aparezcan sus interconexiones lógicas.¹⁴ Austin aparentemente pensaba que existen "parecidos entre diferentes sistemas" que son necesarios como "enraizados en la naturaleza común del hombre".¹⁵ Hasta críticos benévolo observaron que esta posición incorpora ciertos elementos de las rechazadas teorías del derecho natural,¹⁶ así como nociones metafísicas de categorías trascendentales, extraídas mediante un procedimiento *a priori*,¹⁷ no cabe duda que muchos partidarios contemporáneos de este énfasis aparentemente consideran que las reglas del derecho pueden tener un marco de referencia en gran parte autónomo distinto de la política de la comunidad imbibida. Si se limita por estas perspectivas, la jurisprudencia se convierte más en una "ciencia" de deducciones lógicas de formas sintácticas que en una ciencia empírica que se ocupa de las causas y consecuencias del proceso social.¹⁸ En este énfasis, no obstante

¹² Las exposiciones con influencia contemporánea incluyen J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence* (introducción de H. L. A. Hart y nota bibliográfica) (1954); J. Gray, *The Nature and Sources of Law* (2a. ed., 1921); H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945) E. Patterson, *Jurisprudence* (1953); y H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1962).

¹³ Una famosa cristalización de esta perspectiva es la de T. E. Holland, *Jurisprudence*, capítulo I (13a. edición, 1924). Es interesante que Holland haya encontrado que hasta los romanos progresaron en "un sentido casero y poco científico" de la jurisprudencia como "el conocimiento del derecho" a "la idea de una ciencia de principios jurídicos que existen independientemente de las instituciones de un país específico". Idea 2, 3.

¹⁴ H. L. A. Hart, *Introduction to John Austin, The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* xv (1954).

¹⁵ *Idem* 373.

¹⁶ *Idem* en xv.

¹⁷ J. Montrose, *The Scope of Jurisprudence* 3 (1965), reimpresso de *Me Judice*.

¹⁸ No obstante de que Kelsen considera su "imputación" como algo de alguna

que no puede ignorarse las decisiones de autoridad y de control, la decisión no se observa directamente como eventos en el proceso social, sino de manera oblicua a través de conceptos y reglas mal definidos, funcionando como espejos; el enfoque no está tanto en los sujetos de carne y hueso que toman las decisiones y sus alternativas dentro de un contexto como en las reglas, cuyo objeto es conferir competencia.¹⁹ La autoridad y el control no están claramente distinguidos como componentes gemelos de la decisión jurídica, sistemas enteros de reglas solamente se suponen efectivos, y los estudiosos agotan todos los medios para describir esquemas en forma de mitos autoritarios sin una investigación sistemática del grado en que realmente tienen control. Un énfasis, explícitamente enfocado a las instituciones del estado moderno e inspirado por nociones exageradas de soberanía, que además no puede observarse, en la arena mundial, ni instituciones propiamente centralizadas ni un monopolio de fuerza que puede identificarse, tiene dificultades insuperables para explicar los esquemas de autoridad y de control que trascienden las fronteras de las naciones-estado y, a fuerza, tienen que inventar un laberinto de teorías místicas para definir las interrelaciones del derecho nacional e internacional.²⁰ Un énfasis que atribuye tanto poder a las reglas autónomas, debe además pasar por alto en forma calculada, muchas relevantes tareas intelectuales de la investigación. Cuando se supone que un sistema de teorías del derecho puede al mismo tiempo describir las decisiones del pasado, predecir futuras decisiones y establecer qué futuras decisiones deben ser, ahí queda poco lugar para una investigación comprehensiva e intensiva acerca de lo que realmente sucede. Atribuir autoridad a reglas autónomas no contribuye mucho al esclarecimiento detallado de políticas básicas de la comunidad que derivan de fuentes más allá de las reglas o de una interpretación contextual de las reglas; no se le permite al "analista" a declarar a sí mismo o a cualquier otra persona, los criterios en que se basa para escoger entre las alternativas que se presentan por medio de una confrontación y evaluación textual. La especificación elaborada de la concatenación de sistemas de reglas no llega siquiera a una descripción cuidadosa de la uniformidad de decisiones en casos comparables, en términos de grados de aproximación para clarificar las metas de la comunidad. Cuando se postula que las reglas son los factores predominantes de las decisiones, la investigación de otros factores de predisposición y del ambiente tien-

manera diferente a la derivación, él es explícito en su esfuerzo por aislar la autoridad del proceso social.

¹⁹ En su discurso inaugural "Pericles y el Plomero" (The Queen's University of Belfast, 1969), el profesor W. L. Twining señala "La idea de Langdell 'que el derecho es una ciencia . . . , que todo el material disponible sobre esta ciencia está en libros" (p. 5). Cf. Woodard, *The Limits of Legal Realism, An Historical Perspective*, 54 Va. L. Rev. 689, 699, 900 (1965).

²⁰ Este tema está desarrollado en McDougal, Lasswell, & Reisman, *Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence*, 8 VA. J. INT'L L. 188 (1968).

de a ser truncada. Cuando se supone que las personas que toman las decisiones están "obligadas" a tomar sus futuras decisiones de acuerdo con las reglas que se emplearon para justificar las decisiones en el pasado, la predicción de futuras decisiones se convierte en una mera extrapolación que es tan ingenua como indigna de confianza. La tarea fundamental e integrativa de inventar y evaluar nuevas reglas e instituciones que son más adecuadas para asegurar la política de la comunidad, no sería exitosa si no se desempeñan las demás tareas relevantes de manera más adecuada. Una jurisprudencia que puede contribuir a un programa amplio de investigación acerca del derecho, solamente a costa de la integridad de su teoría, a veces puede ser considerada como una "molestia" por el hombre práctico.²¹

Los diferentes énfasis que se adoptan bajo la "jurisprudencia sociológica" y la "sociología del derecho", que están inspiradas en un desarrollo acelerado de las ciencias naturales y sociales, tenían la meta común de llevar las investigaciones acerca del derecho —así como al Derecho mismo— a una relación más realista con los hechos del proceso social.²² Sin embargo, los énfasis que se postularon dentro de este marco no se caracterizaron por ataques directos y frontales contra las perspectivas jurídicas tradicionales y sus técnicas, y ninguna transformación considerable ha sido recomendada. Por consiguiente, la autoridad se encuentra, por ejemplo en 'la ley promulgada', en los "ideales adquiridos del sistema jurídico" en la "tradicón aprendida", en las "convicciones de grupo", en el "interés de individuos y grupos", en el "orden interno de asociaciones", en los "postulados jurídicos de la civilización", en la "tradicón consagrada", y en la "fe". La innovación principal se encuentra en un énfasis común en los estudios científicos de los factores explicativos y las consecuencias sociales. Los mejoramientos, en el siglo pasado, de las técnicas de investigación y del conocimiento, primero en las ciencias naturales y después en las ciencias sociales, dieron a los estudiosos una nueva iniciativa para trasladar las técnicas y los resultados científicos al estudio del derecho. No obstante, muchos de los representantes de las nuevas ambiciones permanecieron afectados por los misticismos del derecho natural y por un énfasis histórico, y solamente unos pocos se acercaron, mas que al énfasis analítico, al entendimiento de un proceso comprensivo de decisiones de autoridad en un contexto. Algunos de los proponentes más creativos del nuevo énfasis trataron de mantener

²¹ Esta caracterización se deduce de A. V. Dicey.

²² La presentación clásica es naturalmente la del decano Pound en I *Jurisprudence* capítulo 6 (1969). Su obra más temprana *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (part 1 a 3) 24 *Harv. L. Rev.* 591 (1951), 25 *Harv. L. Rev.* 140, 489 (1911 a 1912), representa todavía un resumen útil de énfasis divergentes. Véase también E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (traducido por W. Moll, 1922). La obra de N. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939) constituye un estudio comprensivo y muy convincente de la perspectiva sociológica.

por separado sus investigaciones acerca del derecho y sus investigaciones sociológicas, y diferenciaron de manera muy curiosa entre la "jurisprudencia sociológica" y la "sociología del derecho".²³ Debido a que no enfocaron claramente las decisiones en sus investigaciones y debido a que ignoraron la dependencia de la tarea científica de la investigación de todas las demás tareas, así como del esclarecimiento de la meta para indicar la importancia, no contribuyeron al conocimiento de la manera en que muchos esperaban. El esclarecimiento de la meta a veces se consideraba una operación no científica y muchas veces se permitían métodos tradicionales de especulación filosófica. Los estudios de las tendencias rara vez muestran un flujo organizado y sistemático de decisiones comparables en relación a sus condiciones y consecuencias en el proceso social. La búsqueda de las condiciones a pesar de que muestre con frecuencia muchos factores en términos de variables del ambiente y de la predisposición, en algunos casos degenera en una búsqueda de los "derechos naturales" de la interacción social. La proyección del futuro se limita con frecuencia a intimidación de que los "derechos positivos" que no se conforman al "derecho vivo", no tendrán efecto. Rara vez se recomienda la invención deliberada y la evaluación de alternativas con la notable excepción del decano Pound. El decano Pound que sin duda alguna es el proponente más influyente del marco sociológico en los Estados Unidos de Norteamérica, durante algunas décadas postuló de manera elocuente y articulada una "ingeniería social cada vez más eficaz",²⁴ pero sus propios conceptos prácticos del derecho nunca fueron más allá de los límites de reglas y técnicas judiciales y nunca elaboró su noción de "intereses" en un marco comprensivo y homogéneo de categorías para ayudar a la ejecución de diferentes tareas intelectuales relevantes. Es claro que la escuela sociológica de jurisprudencia todavía no ha asumido la tarea de aprovechar completamente los resultados y las técnicas de la moderna investigación sociológica.

Dentro del amplio marco sociológico, algunos énfasis se apoderaron —bajo el pretexto de proporcionar un cuadro mejor del mundo empírico y de otorgar una guía estratégica a la política dentro de este mundo— de un sólo factor para explicar al hombre, a la sociedad y al derecho. Los énfasis más influyentes de este tipo, quizá más metafísicos y pseudo-históricos que sociológicos, deben su origen principalmente a Marx y a Engels, quienes encontraron lo que ellos consideraron la llave maestra en la primacía de factores "materiales" sobre factores "ideológicos".²⁵ Basándose en esta premisa, afirmaron una ley de desarrollo histórico a la que atribuyeron una fuerza abrumadora en el pasado y en el futuro

²³ Uno que hace esta distinción es Max Weber. Véase M. Weber, *On Law and Economy in Society* 11 et. seq. (edición M. Rheinstein, 1954).

²⁴ R. Pound, *Social Control Through Law* (1942).

²⁵ Para un resumen conciso véase H. Kelsen, *The Communist Theory of Law* (1955); R. Schlesinger, *Soviet Legal Theory* (1945).

de las asociaciones humanas.²⁶ Sin embargo, las explicaciones que subrayan un sólo factor, como el de importancia predominante, están en una posición especialmente vulnerable en la medida en que avanza el conocimiento. Principalmente durante el siglo pasado, ocurrió una acumulación enorme de estudios empíricos: en los primeros años del siglo XIX, solamente pocas personas practicaron las ciencias psicológicas y sociales; a mediados del siglo XX su número aumentó a varias decenas de miles, y por consiguiente ha llegado a ser cada vez más difícil dividir todos los factores de los procesos psicológicos y sociales en factores "materiales" y "no materiales". Cualquier intento de lograr esta división significaría que el estudioso está compelido a formular definiciones cuyo significado tiene un valor dudoso para el avance de la investigación. Naturalmente puede idearse un sistema binario para servir algunos propósitos de la investigación, pero su utilidad es modesta y además, aumenta el riesgo de que todo el enfoque se rigidice en una dialéctica vacía que no tiene ni los méritos ni el apoyo de los resultados que derivan de una investigación competente. En vista de los conocimientos contemporáneos parece ser más productivo considerar los procesos psicológicos y sociales como procesos que abarcan muchos factores, y proceder con la tarea de explorar el gran número de interdeterminaciones relevantes.

El marco de referencias, relativamente reciente, que se conoce por "American Legal Realism" (Realismo Jurídico Americano) que algunos consideran que se encuentra bajo la fuerte influencia del "prejuicio sociológico",²⁷ realmente iba mucho más allá de la jurisprudencia sociológica si consideramos su ataque amplio, directo e intenso a las teorías y procedimientos jurídicos heredados.²⁸ El principal postulado de este marco ha sido su insistencia en que el derecho es solamente el *instru-*

²⁶ Debido a este énfasis muchos proponentes pueden ser agrupados igualmente bajo los énfasis "históricos" o del "derecho natural".

²⁷ E. Petterson, *Jurisprudence* 541 (1953), atribuyendo la caracterización a H. Kantorowicz, *Some Rationalism about Realism*, 43 *Yale L. J.* 1240, 1246 (1943). El artículo de Kantorowicz que no obstante ser de gran influencia es un trabajo pequeño y no comprensivo, encuentra poco mérito en los realistas americanos que no hayan sido anticipados por los sociólogos europeos.

²⁸ Las contribuciones genuinas del movimiento realista probablemente pueden apreciarse de la mejor manera posible en los ensayos colectivos de unos de sus principales proponentes. Véase, por ejemplo, W. Hohfeld, *Fundamental Conceptions* (edición W. Cook, 1923); K. Llewellyn, *Jurisprudence; Realism in Theory and Practice* (1962); F. Cohen, *The Legal Conscience* (1960); J. Frank, *A Man's Reach* (Artículos tempranos de influencia son los de Bingham, *What is the Law*, 11 *Mich.* (1965). Cf. el provocativo trabajo de J. Frank: *Law and the Modern Mind* (1930). *L. Rev.* 1 (1912); Cook, *Scientific Method and the Law*, 13 *A. B. A. J.* 303 (1927) Oliphant, *A Return to Stare Decises*, 14 *A. B. A. J.* 71 159 (1928); H. Oliphant & A. Hewitt, *Introduction to Reuff, From the Physical to the Social Sciences* (1930). Una valuación famosa y negativa es la de Fuller, *American Legal Realism*, 82 *U. Pa. L. Rev.* 429 (1934). Cf. McDougal, *Fuller vs. The American Legal Realists*, 50 *Yale L. J.* 828 (1940). Pueden encontrarse amplias referencias en W. Rumble, Jr., *American Legal Realism* (1968); Rostow, *American Legal Realism and the Sense of the Profession*, 34 *Rocky Mr. L. Rev.* 1 (1962).

mento para lograr propósitos sociales y, basándose en el juez Holmes, son “consideraciones de lo que es conveniente para la comunidad”,²⁹ ha encontrado la autoridad —con consistencia aunque no siempre explícitamente— en las perspectivas empíricas del pueblo acerca de las consecuencias sociales. Su contribución más importante ha sido probablemente su énfasis, en gran parte novedoso, que primero fue adoptado por el juez Jerome Frank y a continuación por muchos otros, de que el derecho se expresa de manera más fructífera como *decisión* en el sentido de una opción sancionada de autoridad. Bajo la influencia de una psicología conductista, algunos proponentes de este marco lamentablemente llevaron este énfasis tan lejos, que descuidaron las perspectivas de autoridad que acompañan la opción, ya que se preocupaban exageradamente por las “operaciones” y por la eficacia. En sus esfuerzos más constructivos, los realistas americanos se refirieron con gran entusiasmo a la antropología, al psicoanálisis, a la teoría de la enseñanza, a la sociología, a la psicología social, a la economía y a las disciplinas relacionadas y aprovecharon los resultados de estas ramas para sus estudios; abrieron sus puertas a todos los que informaron acerca de nuevos descubrimientos en el vasto campo de la ciencia del hombre. Especialmente observaron y deploraron la ambigüedad normativa³⁰ y la complementariedad de los conceptos y reglas técnicas del derecho que la teoría tradicional sostuvo para ejercer, al mismo tiempo, las tareas descriptivas, científicas, predictivas y privilegiadas. En vez de efectuar los tradicionales estudios históricos de la evolución literaria de estos conceptos y reglas, insistieron en una descripción cuidadosa de anteriores tendencias de las decisiones en términos de categorizaciones angostas de los hechos que llevaron a recurrir a las decisiones de autoridad y de las alternativas que realmente se escogieron. Rechazaron la noción de que las decisiones son “el producto de una patogénesis lógica que surgió de principios jurídicos preexistentes”,³¹ explicaron en detalle la tesis de que los jueces son humanos y que por lo tanto, son susceptibles a todas las variables de la predisposición y del ambiente que forma de manera típica la conducta de todo hombre. No tuvieron grandes esperanzas de que exista la posibilidad de predecir ciertas decisiones futuras bajo las mejores circunstancias, pero propusieron que las posibilidades de anticiparlas con éxito podrían ser mejoradas tomando en cuenta todas las condiciones que influyeron en decisiones anteriores y su posible posición en el futuro. Exigieron una especificación deliberada y relativamente explícita de los fines sociales empíricos y postularon —y en muchos casos proporcionaron— un

²⁹ O. Holmes, *The Common Law* 35, 36 (1881).

³⁰ La referencia se hace a enunciados de preferencia encubiertos —en términos de descripción, exposición científica o predicción— para las que el orador no toma la responsabilidad explícita. Lasswell & McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 Yale, L. J. 203, 267 (1943).

³¹ F. Cohen, *The Legal Conscience* 75 (1960).

estudio y una evaluación de las alternativas disponibles en las doctrinas, las instituciones, y los procedimientos para lograr estos fines.

No obstante su profunda preocupación por las consecuencias de las decisiones y el impacto del derecho en los seres humanos, ninguno de los realistas americanos ha desarrollado jamás un conjunto comprensivo de categorías institucionales y de valor, o un conjunto sistemático de procedimientos para esclarecer las metas y las demás tareas para ayudarles en sus estudios y la evaluación de las decisiones. Las abstracciones que formularon son casi exclusivamente abstracciones de un nivel inferior³² y los problemas que trataron, en vista de la ausencia de una teoría amplia para guiarlos, pueden relacionarse solamente de manera anecdótica.

Por lo tanto, el gran número de las contribuciones importantes de los realistas jurídicos americanos, pueden considerarse sólo preliminares a los problemas afirmativos de la jurisprudencia.³³ El intenso ataque de los primeros realistas contra los conceptos verbales mecánicos del procedimiento jurídico, tuvo éxito, por lo menos durante cierto periodo, ya que derrumbó una confianza calcificada y erróneamente colocada respecto a la búsqueda de una analítica jurídica. Sin embargo, existe un límite que no puede ser traspasado por las demostraciones laboriosas de las equivalencias en el lenguaje de los tribunales: tarde o temprano el crítico debe ofrecer pautas constructivas de qué y cómo, los tribunales y otros que toman decisiones, deben resolver una serie de problemas que, de manera decisiva, influyen en el orden público.

De manera similar algunos realistas contribuyeron muy poco a la "ciencia" y menos aún al "derecho", y únicamente alabaron las virtudes del pensamiento y de la investigación científicos. Desacredita a la ciencia el exagerar la contribución que sólo ésta puede hacer a los problemas políticos, que son los problemas característicos a los que se enfrentan los abogados. A veces se afirma que la ciencia es "libre de valores"; y sin embargo la característica más obvia de la política es que está orientada hacia valores, ya que solamente es inteligible cuando se considera como búsqueda intencional para llevar las metas de valor a su máxima realización. Exagerar el papel de la ciencia significa preparar el terreno para la desilusión con la relevancia de modos científicos de pensar y deshace la utilidad de resultados disponibles de la investigación científica. El potencial "incorporado" de desilusión difícilmente puede ser recomendado entre las especificaciones para una teoría de la jurisprudencia. La relación entre los problemas que surgen al clarificar las metas de valor, y los resultados de la ciencia, es tan íntima, que debe ser incum-

³² Llewellyn, Frank, Cohen, Arnold, Sturges, etc., se interesaron en reformas jurídicas muy específicas. Por ejemplo, las contribuciones de Llewellyn al Código Comercial Uniforme.

³³ Compárese C. Woodard, *The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective*, 54 Va. L. Rev. 689 (1968).

bencia de las teorías relevantes acerca de los procedimientos jurídicos enfatizar y el evaluar estas relaciones más bien que pasar por alto y evadir la evaluación racional de su significación.

La inferencia que podemos retener del estudio de anteriores teorías acerca del derecho es por lo tanto, que la jurisprudencia que podría servir a los propósitos de una sociedad libre, debe buscar un marco de referencia más amplio y a la vez más penetrante y sólo en segundo lugar las aspiraciones de las teorías acerca del proceso social. Lamentablemente se ha abusado mucho, en el lenguaje, del reto formidable para los actuales estudiosos, es decir, crear una jurisprudencia "relevante": este tipo de jurisprudencia no encontrará la autoridad en abstracciones teológicas, metafísicas o autónomas, sino más bien en un concepto que se conoce desde, por lo menos, seis siglos antes de Cristo,³⁴ es decir, en las perspectivas de los miembros vivos de la comunidad —sus exigencias de valores, su identificación con otros miembros, y sus esperanzas respecto a las decisiones para garantizar en todas las comunidades los valores que ellos postulan— y esta forma de jurisprudencia procurará y aplicará la teoría y los procedimientos apropiados para implementar esta concepción de la autoridad. Visto desde esta perspectiva universal, igualitaria y centrada en el hombre, el desafío no sólo consiste en buscar la solución de problemas relacionados con el derecho por su "definición", sino más bien en relacionar la decisión de autoridad con el orden público preferido. No obstante que las definiciones forman parte de la vida, no nos dicen nada acerca de ella. Si las definiciones se emplean de una manera adecuada sirven de instrumento para hacer nuevos descubrimientos, ya que llaman la atención hacia el proceso social propiamente dicho, un proceso que involucra a los seres humanos en un sinnúmero de transacciones que forman y comparten los valores. Las instituciones jurídicas que forman parte del proceso de formar y compartir valores, deben ser evaluadas según la contribución que ellas hacen al establecimiento de los valores y de las instituciones.

En cualquier comunidad el sistema jurídico sólo forma parte de un sistema más amplio, el del orden público, que incluye un esquema preferente para la distribución de los valores y un esquema preferente de instituciones básicas. Por lo tanto, el ámbito adecuado para investigar cualquier sistema jurídico es el de evaluar su significación para el sistema de orden público que debe proteger y cumplir. Una jurisprudencia relevante definirá la amplitud y la profundidad de esta empresa e identificará los métodos que se usarán para llevar a cabo las tareas pertinentes. En conjunto, un sistema jurídico debe ser evaluado en términos de valores que son maximizados dentro del contexto total de orden público. La tarea de la investigación en su conjunto es la de determinar el grado en que un sistema tuvo éxito o fracasó, de explicar los factores

³⁴ Compárese E. Havelock, *The Liberal Temper in Greek Politics*, passim (1957).

que influyeron en el resultado, y de esclarecer las metas y las alternativas de la política disponibles para el futuro. Las funciones indispensables de una jurisprudencia relevante deben ser ayudar a la investigación mediante la delineación de un marco económico de referencia para estudiar las interrelaciones de la ley y del proceso social y de especificar en detalle la tarea intelectual que permite la realización de tal estudio y su aplicación para resolver los problemas exigentes que descubre. Una jurisprudencia que sirve de manera eficaz a las necesidades de los estudiosos y de los especialistas en decisiones o más bien a todos lo que entienden e influyen en el proceso social que viven, debe, por lo tanto, tener un enfoque sistemático, flexible y configurativo que muestra por lo menos cuatro aspectos mayores:

1. Debe lograr claridad al distinguir el punto de vista del observador, una teoría sobre el derecho y no únicamente del derecho. del estudioso y el de la persona que toma la decisión, debe desarrollar
2. Debe establecer un punto de atención tanto comprensivo como selectivo, relacionando eficazmente las decisiones de autoridad a los procesos más amplios de la sociedad y de la comunidad que la afectan y los que ella influye a su vez.
3. Debe identificar todas las tareas intelectuales que son apropiadas para resolver los problemas acerca de las interrelaciones del derecho y del proceso social, y debe especificar los procedimientos económicos eficaces para llevar a cabo cada una de las tareas.
4. Debe hacer explícita a todos los niveles de abstracción y de precisión necesarios, los valores que son postulados o que supuestamente están involucrados al tomar la decisión o al realizar la investigación.

Es muy importante que el punto de vista del observador se defina explícitamente, ya que los objetivos del estudioso y los de las personas que toman la decisión del abogado profesional, de la persona que efectivamente tiene el poder, y del miembro de la comunidad, no son necesariamente los mismos. Como ya se había mencionado anteriormente, la preocupación principal del estudioso debe ser la ilustración de las interrelaciones conjuntas de la decisión de autoridad y de otros aspectos del proceso de la comunidad, mientras que las personas que toman la decisión y los demás, pueden interesarse más por el *poder* cuando escogen la opción efectiva de acuerdo con el orden público requerido. Si el observador estudioso no adopta perspectivas diferentes de las del miembro de la comunidad que ejerce una pretensión o de la persona que toma la decisión de autoridad en respuesta a la pretensión (*claim*) no tendrá ningún criterio para evaluar la racionalidad en términos del interés de la comunidad ni respecto a la pretensión ni en vista a la decisión. Por lo tanto, el observador estudioso requiere una teoría *sobre el derecho* que facilite la realización de las tareas pertinentes al investigar acerca de la decisión, a diferencia de una teoría del derecho que usa la persona

que toma la decisión, u otras personas, para obtener y justificar los resultados del proceso de tomar la decisión y, que, por lo tanto, se encuentran entre las variables que el estudioso quiera aclarar. Una buena teoría sobre el derecho puede, en algunas ocasiones, ser muy útil para los que toman la decisión y, a continuación, puede llegar a ser parte de las teorías del derecho; de manera similar, buenas teorías del derecho pueden ser lo suficientemente precisas y pertinentes para servir a un propósito específico del estudioso en su investigación más amplia. Sin embargo, si no se distinguen los diferentes puntos de vista de los observadores y sus propósitos que acompañan el uso de los mismos signos o signos comparables, solamente habrá confusión.

El alcance y el realismo con los que el observador concibe su principal enfoque —lo que él considera derecho y cómo lo coloca dentro de su contexto más amplio de comunidad— son muy importantes, ya que determinan cómo concibe cada detalle en su estudio; el marco dentro del cual él coloca los problemas, su selección de instrumentos de trabajo y de métodos, y su recomendación de alternativas.³⁵ Si la investigación enfoca únicamente las reglas del derecho —perspectivas— hasta excluir las alternativas reales o las prácticas —operaciones— no puede existir garantía alguna de que tenga relevancia en lo que realmente está sucediendo dentro de una comunidad. Si se sobreemfatizan las consideraciones de autoridad, y se descuidan a cierto grado el poder efectivo y el control, los resultados de la investigación no tendrán mucha influencia en el futuro desarrollo del derecho o del orden público; de la misma manera, si se sobreemfatiza el poder puro a costa de la autoridad, la investigación podría no ser apropiadamente creativa. Si se concibe el derecho únicamente como regla que aplican los tribunales u otras instituciones, puede suceder, que se descuide de manera desastrosa la forma cómo se establecen las reglas así como otros aspectos importantes de un proceso comprensivo de la decisión autorizada. Si el derecho se considera como algo místico o autónomo y algo separado de la política de la comunidad, no se admite ninguna investigación y no se ofrece instrumento alguno para relacionar las decisiones con los eventos del proceso social de los que son una respuesta y al que influyen a la vez. Cuando se distingue claramente entre las características del derecho nacional y del derecho internacional, y se considera el derecho nacional como entidad aislada del mundo que lo rodea, es imposible explicar el gran número de factores importantes que influyen en las decisiones así como de esclarecer racionalmente las políticas de las diferentes comunidades interpenetrantes, que de hecho comprenden las actividades del hombre. Una jurisprudencia relevante, debe, en resumen, buscar un alcance y realismo en el enfoque que estimulen tanto un examen sistemático y configurativo

³⁵ Cualquier persona que dude de la importancia de las concepciones del derecho, podrá comparar las opiniones mayoritarias y las opiniones disidentes en el caso del Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964).

de todas las variables significativas que influyen en la decisión, y en la evaluación racional del conjunto de las consecuencias de valores de las alternativas que se presentan en una decisión.

La especificación apropiada de un conjunto comprensivo de tareas intelectuales o de habilidades es importante, ya que la gama de las tareas realizadas y la calidad de la ejecución, determinan la relevancia de la investigación en la política. Los intentos más deliberados para aclarar la política general de la comunidad que a la vez no persigan sistemáticamente otras tareas, tales como la descripción de tendencias pasadas que influyeron al tomar decisiones y el análisis de factores que las afectan, podrán alcanzar únicamente ejercicios utópicos. La descripción de tendencias del pasado dentro de las decisiones, que no se guía por las prioridades políticas y explícitamente relacionadas con el proceso social, ofrece una base demasiado pobre como para aprovechar la sabiduría del pasado. El estudio científico de los factores que afectan las decisiones, que no está orientado por la referencia a problemas en una política básica de la comunidad, puede ser de una relevancia únicamente incidental a pesar del enorme costo que involucra el estudio. El esfuerzo de pronosticar las futuras tendencias de las decisiones basándose únicamente en una simple extrapolación de las tendencias del pasado, puede más bien producir una ilusión destructiva que proporcionar un pronóstico auténtico.

Debido a la confusión acerca del carácter de las diferentes tareas intelectuales de relevancia y los métodos apropiados para llevarlas a cabo, puede perderse la creatividad para inventar y evaluar las alternativas políticas indispensables para una decisión racional. Una jurisprudencia relevante sustituirá mediante el uso sistemático y disciplinado de una serie de tareas intelectuales relacionadas (que sin embargo se distinguen entre sí), los ejercicios tradicionales de lógica deductiva y la busca estéril de problemas sin significado.

El postulado explícito de un conjunto comprensivo de valores a perseguir no solamente es importante debido a que promueve un orden público preferido, sino también en vista de su influencia en la ejecución económica de diferentes tareas intelectuales relevantes. En la actualidad rara vez se duda, que una decisión de autoridad —particular y en conjunto— tenga un fuerte impacto en la distribución de valores en una comunidad; por el contrario, se sabe igualmente que las perspectivas que tienen, tanto las personas que toman decisiones autorizadas así como los miembros de la comunidad en cuanto a la distribución de valores son de las variables más significativas que influyen en la decisión. El observador estudioso es además, una parte inextricable del proceso de la comunidad; él, así como los demás miembros de la comunidad, son influidos irremediamente por preferencias respecto a la distribución de valores y el esclarecimiento (u obscurecimiento) que él logra mediante la investigación, debe forzosamente influir en el proceso de la comuni-

dad. De la misma manera que no pueden existir teorías neutrales o autónomas del derecho, en el sentido de reglas que no tienen ningún contenido político, no pueden existir teorías indiferentes sobre el derecho, en el sentido de conocimientos o ignorancia, sin consecuencias políticas. En vista de estas exigencias, se trata de una posibilidad única para el observador especializado en investigaciones sobre el derecho, de no solamente relacionar el derecho con su contenido en el pasado, sino de promover y de esclarecer las políticas más apropiadas para servir un cierto tipo de orden público que él apoya junto con los demás miembros de su comunidad. Solamente mediante un esclarecimiento reflexionado de las metas básicas de la comunidad y una dedicación absoluta a ellas —a todos los niveles de la abstracción y visto desde las perspectivas a largo y a corto plazo— pueden proporcionarse las pautas confiables, creativas y económicas para el estudio de las tendencias pasadas, la aloca-ción de los esfuerzos para determinar los factores que afectan las decisiones, y la evaluación de las futuras probabilidades y alternativas.

Quando la jurisprudencia es concebida según este amplio y recomendado alcance, no hace falta decir que cada persona que se preocupa seriamente por la investigación sobre el derecho —funcionarios establecidos, personas que toman decisiones efectivas, abogados, miembros de la comunidad, u observadores estudiosos— emplea alguna forma de jurisprudencia, aun cuando ésta fuera eficiente o ineficiente, consciente o inconsciente. De la misma manera como cualquier ser humano tiende a colocar cualquier percepción del ambiente o de sí mismo dentro de un grupo de suposiciones que dan significado a tal percepción, un observador de asuntos jurídicos tiende a colocar éstas dentro de un contexto más amplio de suposiciones acerca de las causas y de las consecuencias. Por consiguiente, un abogado con mucha experiencia tendrá un grupo amplio y muy diverso de expectativas en cuanto a las probables respuestas de diferentes jueces a diferentes doctrinas, estilos de argumentación y tipos de partes involucradas en una controversia. Puede pronosticar que cierto juez se inclina fuertemente a tomar el lado de la acusación, mientras que otro, parece considerar al demandado en litigios, en los que el gobierno es una de las partes, como figura trágica, débil y sola. Irrespectivamente de que estas suposiciones sean correctas o erróneas, ellas forman parte de un conjunto significativo de suposiciones acerca del proceso jurídico que puede ser distinguido del lenguaje convencional de la doctrina jurídica. El grado de habilidad que tenga el observador o la persona que ejerce la profesión, determina también el alcance y la claridad de sus suposiciones acerca del contexto más amplio dentro del que opera. Una de las tareas de una jurisprudencia relevante debe ser la de juntar todas las suposiciones vagas —de diferentes grados de alcance, de conciencia, de claridad, y de realismo —en un enfoque para una evaluación racional y, quizá, renovarlas para proporcionar conocimientos más sistemáticos y más confiables.

II. LOS CRITERIOS FINALISTAS DE UNA JURISPRUDENCIA CONFIGURATIVA

Para elaborar los criterios finalistas, recomendamos, para establecer una teoría más relevante, sobre el derecho, que organicemos nuestra discusión sobre de los cuatro puntos principales que mencionaremos a continuación:

- A. El establecimiento del punto de vista del observador
- B. La delimitación del enfoque de la investigación
- C. La realización de tareas intelectuales
- D. El postulado explícito de fines de orden público

Las recomendaciones que hacemos se dirigen a todos aquellos que se preocupan por mejorar nuestra teoría sobre el derecho para aumentar nuestros conocimientos de los impactos recíprocos del proceso jurídico y social, y de esta manera tratan de mejorar la calidad del derecho y del orden público en todas nuestras comunidades.

A. *El establecimiento del punto de vista del observador*

Principalmente debe distinguirse —como ya hemos mencionado anteriormente— entre el observador estudioso cuya principal preocupación es la búsqueda del esclarecimiento de las personas que toman decisiones de autoridad así como de otras personas, cuyo interés principal es el poder al escoger una alternativa eficaz. Sin embargo, debe reconocerse que el estudioso, la persona que toma una decisión de autoridad, el abogado y el asesor y todos los miembros interesados de la comunidad, requieren el mismo esclarecimiento y todos tendrán la necesidad de desempeñar la misma tarea intelectual o una que sea comparable a esta, al hacer una investigación racional y tomar una decisión racional. El esclarecimiento que logra el estudioso y que éste comunica debe tener efectos inevitables sobre las funciones de promoción y de información de las decisiones de autoridad,³⁶ y el estudioso pueden en ciertas ocasiones, influir deliberadamente en las decisiones, al unir la información y promover la política. Sin embargo, para lograr una investigación confiable, eficiente y realista, así como para unir los conocimientos con las mismas características, el estudioso debe distinguir su persona, sus propósitos y métodos de los eventos que observa, inclusive los propósitos y métodos de los participantes en dichos eventos. Es de suma importancia que el estudioso cree y mantenga una teoría *funcional* que le permita ejercer de manera realista, las tareas intelectuales indispensable respecto a la continuidad de las decisiones autorizadas y las teorías convencionales que las acom-

³⁶ Estos términos se encuentran definidos en el texto abajo; véase McDougal, Lasswell & Reisman, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision* 19 J. of Legal Ed. 253, 405 (1967).

pañan y que se usan para explicar y justificar las decisiones. Si permite las perspectivas y señales comunicativas de los participantes del proceso jurídico y social, que forman parte de los datos que observa, dominen sus propias perspectivas e instrumentos de la investigación y de la comunicación, las consecuencias sólo serán una confusión intelectual, una distorsión de la percepción y del informe y la pérdida del esclarecimiento a la que se dirige su especialización de estudios.

Al subrayar la importancia de la claridad de la percepción del estudioso respecto a su punto de vista y a su papel único, no queremos proponer que él pueda o deba aislarse completamente de la participación en el proceso social y de la comunidad. Por el contrario, recomendamos fuertemente, que el estudioso sea lo más consciente posible de las diferentes comunidades con las que se identifica, de las que es miembro, y en las que él influye inevitablemente. Su identificación más apropiada se efectúa con la totalidad de las diferentes comunidades en las que participa y las que son a veces muy concéntricas respecto a su alcance territorial interpenetrando en los funcionales de valor; el esclarecimiento que busca debería ser apropiado para aclarar e implementar los intereses comunes de todos los miembros de estas comunidades. El papel especial del estudioso —tomando en consideración los prejuicios de su propio trasfondo cultural, su membrecía a cierto grupo o cierta clase, la formación de su personalidad, y las experiencias anteriores— es tomar un punto de vista diferente del que presenta un miembro activo de la comunidad tanto del que demanda una pretensión ante un proceso como el de la persona que toma una de estas decisiones y que responde a estas pretensiones; desde este punto de vista elevado, debe aclarar e identificar los intereses comunes para los diferentes participantes del proceso de comunidad, ya que ellos mismos a veces no son capaces de ver estos intereses.

Para eliminar su parcialidad, condicionada por su cultura, por su clase, por sus intereses, por su personalidad, etc., y por sus experiencias anteriores en situaciones críticas, el estudioso contemporáneo, en caso necesario, puede aprovechar el amplio conocimiento y los métodos especializados puestos a su disposición por las ciencias modernas de la psicología y de la conducta.

Para establecer y mantener un punto de vista escolástico apropiado no es necesario desarrollar un meta-lenguaje esotérico que emplee palabras diferentes a las que los abogados y los sociólogos emplean normalmente. Sin embargo, se requiere un conjunto de palabras o sistemas de símbolos que, más que palabras o sustitutos de palabras, sean lo suficientemente comprensivas y precisas para referirse a todas las características significativas de todo el contexto del proceso jurídico y social y que estas palabras o símbolos deban emplearse en un sentido funcional y no convencional. Es vano pensar como lo han hecho muchos estudiosos, que la confusión que surge fácilmente del uso múltiple

de palabras, pueda evitarse si se acuñasen nuevos términos para el uso exclusivo de las teorías de jurisprudencia. Los escritores sistemáticos forman parte de la sociedad y por lo tanto, están en contacto más o menos directo con los que ejercen la profesión y se ocupan del proceso jurídico de una comunidad local o de la comunidad mundial. Hasta sistemas de expresión que incluyen muchos neologismos pueden formular ciertos conceptos tan articulados de manera que estas idiosincrasias iniciales se incorporan luego en códigos escritos, dictámenes e instrucciones. Durante el proceso de la difusión, estas palabras pueden separarse fácilmente de la definición original que les dió el sistematizador. Si se pretende reducir la confusión, las medidas preventivas, ni consisten en el uso de un vocabulario esotérico, ni en la timidez de introducir nuevos términos para agudizar la distinción que apenas se manifiesta en el uso común del término. La estrategia apropiada es la de promover las habilidades intelectuales para mantener el punto de vista del observador y realizar las tareas intelectuales relevantes. La habilidad pertinente permite que la persona que usa las palabras encuentre su posición en el contexto completo de la comunicación y que pueda escoger deliberadamente si desea emplear cierto término en su sentido convencional dentro de un sistema jurídico dado, o si desea utilizarlo de acuerdo con una definición que escogió para realizar la función característica de la jurisprudencia. La persona bien informada que sabe manejar el lenguaje dispone de los instrumentos intelectuales que le permiten tener su vocabulario a cierta distancia y de escoger la etiqueta que resulte más adecuada para el papel que él eligió desempeñar. Por consiguiente, la misma etiqueta puede usarse deliberadamente en diferentes contextos; y diferentes etiquetas pueden determinar el mismo marco conceptual. Estas selecciones dependerán de un gran número de factores que a su vez se vinculan a los diferentes foros en los que participa cada estudioso.

B. La delimitación del enfoque de la investigación

Los criterios más importantes para delimitar el enfoque de la investigación son la comprensión y la capacidad apropiada de selección. La comprensión y el realismo detallados con los que se define el enfoque, influyen tanto en la formulación de los problemas específicos, en la confiabilidad y en la economía en las que se emplean las diferentes tareas intelectuales relevantes en estos problemas. El alcance más amplio de una jurisprudencia que es adecuadamente contextual y configurativa, debe abarcar la totalidad de la comunidad y de los procesos sociales en los que la decisión constituye un componente de acción recíproca; sin embargo, una teoría válida debe ofrecer conceptos y métodos que facilitarán un enfoque cualquiera que fuera la precisión requerida respecto a las decisiones específicas y a una continuidad específica de decisiones.

No es difícil formular el énfasis principal de un enfoque que muestra la comprensión y la selectividad requeridas. La luz principal de este enfoque será arrojada de manera empírica y explícita sobre la *decisión de autoridad*. Las decisiones se observarán como alternativas eficaces que consisten tanto en perspectivas como en operaciones. Las perspectivas incluirán expectativas tanto de la autoridad y del control, y la investigación se efectuará sobre los patrones de autoridad y los patrones de control de *facto*. El derecho se considerará no solamente como reglas o decisiones aisladas, sino como un *proceso* continuo de decisiones de autoridad, incluyendo las decisiones constitutivas y de orden público que hacen y cambian la política de la comunidad. Los procesos de decisiones de autoridad dentro de una comunidad específica se manifestarán como parte integral —en una secuencia infinita de causas y efectos— de todo el proceso social de esta comunidad. Finalmente, se observará que cada comunidad específica afecta y está afectada por todo un complejo de comunidades paralelas y concéntricas que están interrelacionadas desde la comunidad local, a la regional hasta la global.

Si se preguntara si un enfoque de esta comprensión sería realmente necesario, podrían recordarse algunos de los imperativos para realizar de manera eficiente las diferentes tareas intelectuales relevantes. Las políticas de una comunidad no podrían esclarecerse de manera racional, sin tomar en cuenta hasta dónde lo permite la economía, las consecuencias *conjuntas* de las alternativas; ligeras ventajas que se ganarían con un solo valor, o a corto plazo, serían compensadas por grandes pérdidas respecto a otro valor o a largo plazo. La descripción de tendencias pasadas en cuanto a la decisión, no proporcionaría conocimientos confiables, si no se realizara en términos de una comparación a través de las fronteras geográficas y a través del tiempo dentro de un contexto de causas y consecuencias; sin el estudio del contexto más amplio de la comunidad y de la sociedad no puede saberse, si todas las experiencias relevantes del pasado han sido observadas. La realización eficiente de la tarea científica de identificar todas las variables significativas del ambiente y de la predisposición, requiere, debido a la interdependencia del proceso social y del proceso de la comunidad, un modelo del contexto más amplio de estos procesos. El pronóstico de futuras decisiones —irrespective del grado en que se convierte en realidad— depende obviamente de la anterior realización eficiente de las tareas descriptivas y científicas. Mientras más amplia sea la gama de alternativas que se consideraron dentro del manejo del proceso social y del de decisiones, más probable será la creatividad y el éxito al inventar y evaluar nuevas alternativas en las políticas.

Cada uno de los énfasis especificados para una comprensión y una selección apropiada del enfoque, puede detallarse brevemente.

1. *Un énfasis equilibrado entre las perspectivas y las operaciones*

Nuestra teoría recomendada, como lo hemos indicado, caracterizará al derecho en el sentido que incluya las perspectivas como las operaciones, sin subrayar exageradamente las reglas técnicas del derecho (que ambiguamente se consideran descriptivas de las perspectivas) o a las nuevas operaciones físicas (lo que puede observarse con las personas que toman las decisiones). El enfoque central deberá buscarse explícitamente para la *decisión*, los aspectos subjetivos concomitantes de la alternativa y las operaciones (las alternativas que realmente se toman y se aplican mediante amenazas de privaciones severas o promesas de una extrema indulgencia). La investigación se dirigirá, dentro de un énfasis equilibrado, hacia los esquemas de los aspectos subjetivos, de las operaciones, y la interrelación de estos esquemas que prevalecen en un flujo continuo de decisiones.

Mediante este énfasis puede penetrarse en el contenido manifiesto de las perspectivas expresadas en las reglas convencionales del derecho y pueden examinarse detalladamente las alternativas que realmente se tomaron a través de su invocación y aplicación. Además, las perspectivas todavía pueden estudiarse posiblemente de manera más realista, en vista de los diferentes factores que influyen decisivamente en las alternativas.

Se observará que en una comunidad pluralista,³⁷ como se manifiesta en casi todos los grupos organizados de seres humanos y hasta en la comunidad de toda la tierra, las reglas técnicas del derecho se crean generalmente en conjuntos de elementos completamente opuestos para expresar los intereses pluralistas, y que la calidad del orden público que logra una comunidad específica está determinado por el flujo conjunto de alternativas específicas por medio de las cuales se relacionan las reglas complementarias con casos específicos. La investigación congruente debe ir más allá de la preocupación por las reglas complementarias e identificar los factores que influyen en la relación detallada en ciertos casos y evaluar las consecuencias de las alternativas.

2. *La claridad del concepto de autoridad y de control*

Nuestra teoría recomendada caracterizará el derecho no únicamente como decisión, sino también como decisión de autoridad que combina elementos de autoridad y de control. Por autoridad entendemos la participación en la decisión, de acuerdo con las perspectivas de la comunidad, acerca de quién toma cuál decisión y de acuerdo con cuáles crite-

³⁷ Para ilustrar el aspecto complementario en principios jurídicos véase B. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science* (1928); Oliphant, *A Return to Stare Decisis*, 14 A.B.A.J. 71, 159 (1928); I. Arnold, *The Symbols of Government* (1935).

terios; la referencia es empírica a cierto grado en las perspectivas en las personas que constituyen una comunidad dada. Por control entendemos la participación eficiente en la toma de decisiones y su ejecución —que la alternativa que se toma se realiza en la práctica en un grado significativo. Cuando las decisiones son de autoridad y no de control, no son derecho sino ostentaciones; si las decisiones son de control pero no de autoridad, no son derecho sino poder *puro*.

Nuestra teoría recomendada investigará las perspectivas de la autoridad, estableciendo ciertas personas que toman las decisiones (quién está autorizado a tomar cuál decisión respecto a quién y mediante cuáles procedimientos) e indicando los criterios apropiados para la decisión en relación con el alcance, la gama y el dominio de los valores autorizados que serán afectados y en relación a la formulación y participación detallada de los valores que se consideran apropiados en un contexto específico. Esta teoría observará si estas concepciones se fincan en bases empíricas o transempíricas, si se consideran como parte del proceso social o si trascienden el proceso social, y si se presentan como demanda o no.

Si las perspectivas de autoridad son observadas en forma de concepciones postuladas (formuladas en términos de voluntad o de preferencia por los participantes que las conciben), se manifestará si se relacionan los valores del proceso social, determinados “deberes autónomos” de prescripción jurídica, lecciones de la historia, una consistencia en operaciones lógicas o sintéticas, normas éticas o cualquiera otra norma de rectitud no definida.

Nuestra teoría recomendada considerará el control como una función de muchas variables relacionadas entre sí y proyectará una investigación empírica acerca de los factores que realmente influyen en la decisión. Se ocupará de las nociones tradicionales de “obligación” y “vinculatorio” en el “*binding*” solamente en el grado en que estas nociones reflejen de manera realista los aspectos subjetivos de los participantes en un foro. Investigará sistemáticamente el papel que juegan los grupos no-oficiales, incluyendo los partidos políticos, grupos de presión y asociaciones privadas.

En esta concepción no es necesario postular una sola razón de coincidencia entre la autoridad y el control como elementos necesarios del “derecho”. Cuando se descubren diferentes razones, éstas pueden ser comparadas una con otra para propósitos políticos y teóricos. La tarea crítica no consiste en construir una razón preferida sino en determinar diferentes patrones de relación entre la autoridad y el control que han ocurrido, que probablemente ocurrirán, que pueden ser provocados, y se recomiendan en un contexto específico. Mediante este énfasis, la autoridad y el control pueden ser sometidos a una investigación sistemática y disciplinada empleando todas las técnicas de la ciencia moderna.

3. *Comprensión en la concepción de procesos de decisión*

Nuestra teoría recomendada ampliará, más detalladamente, su enfoque, más allá de las decisiones de autoridad ocasionales o aisladas para abarcar todo el *proceso* continuo de decisiones de autoridad y de control mediante las que la comunidad forma y comparte sus valores.³⁸ En cada comunidad, este proceso de decisiones de autoridad y de control, como parte integral de un proceso más comprehensivo de poder efectivo, puede observarse en forma de dos diferentes tipos de decisiones: primero, las decisiones que establecen y mantienen el proceso más comprehensivo de las decisiones de autoridad y, segundo, la continuidad de decisiones específicas que emergen del proceso que se estableció para regular todos los demás procesos de valor de la comunidad. El primer tipo de decisiones puede llamarse apropiadamente 'constitutivas' y el segundo de 'orden público'.³⁹ Para formular una descripción comprehensiva y económica de un proceso de decisión, es necesario usar un conjunto sistemático de términos (no importan las palabras exactas si las equivalencias pueden ser aclaradas) para referirse a los participantes en el proceso, sus perspectivas (demandas, identificaciones, expectativas), la situación de la intersección, los valores base a disposición de los participantes, las estrategias empleadas para el manejo de los valores base, y los resultados inmediatos así como los efectos logrados a largo plazo.

En los términos apropiados el "proceso constitutivo" de una comunidad puede describirse como las decisiones que identifican y caracterizan las diferentes personas que toman las decisiones de autoridad, que especifican y aclaran las políticas básicas de la comunidad, que establecen las adecuadas estructuras de autoridad, que colocan bases de poder para sancionar, que autorizan los procedimientos para tomar diferentes clases de decisiones y que garantizan la realización continua de todos los diferentes tipos de funciones de decisión (información, promoción, prescripción, etc.) que son necesarias para formular y administrar la política general de la comunidad.

En términos complementarios, las decisiones de 'orden público' de una comunidad pueden describirse como las que emergen en un flujo continuo, del proceso constitutivo que forman y mantienen las características protegidas de los diferentes procesos de valor de la comunidad.

³⁸ La noción del derecho como proceso de decisiones se encuentra en H. M. Hart & A. Sacks, *The legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (edición tentativa, 1958). Lo que agregáramos es una concepción más comprehensiva de los procesos de las decisiones de autoridad y la relación sistemática de estos procesos en su contexto de los procesos sociales y de la comunidad.

³⁹ Para ser completamente homogéneo deberíamos decir "otros órdenes públicos", puesto que las características protegidas del proceso de poder, así como de otros procesos de valor, pueden considerarse en forma conveniente como un componente del orden público más comprehensivo de una comunidad. Es este sentido más comprehensivo del "orden público" que contrastamos con el "orden cívico".

Son las decisiones que determinan cómo se distribuyen y desarrollan los recursos, y cómo se produce y distribuye la riqueza; cómo se promueven, protegen o privan los derechos humanos; cómo se estimula o frena el esclarecimiento; cómo se promueve o descuida la salud pública; cómo se madura la rectitud y la responsabilidad cívica; y así puede recorrerse toda la gama de los valores postulados.

Es obvio que en cada comunidad existe una relación estrecha entre el proceso constitutivo y el orden público. La economía y la eficacia que la comunidad puede lograr en el proceso constitutivo afecta profundamente la libertad, la seguridad y la abundancia de su orden público, mientras que la calidad del orden público que puede lograr una comunidad, influye en la viabilidad del proceso constitutivo que mantiene. Al distinguir entre estos dos tipos diferentes de decisiones y al tratar de cubrir ambos de manera sistemática, la investigación puede evitar una fijación destructiva en la simple aplicación de reglas supuestamente dadas y en controversias vacías acerca de la diferencia entre decisiones "políticas" y "jurídicas", y puede ampliar su atención a todas las características relevantes de los procesos que contribuyen a establecer y a aplicar el derecho y a sus consecuencias para el orden público predilecto.

Las diferentes fases de la decisión de autoridad que nosotros preferimos llamar 'funciones de autoridad' se describen convencionalmente en términos de 'legislativa', 'ejecutiva', 'judicial' y 'administrativa'; sin embargo, estos términos se refieren más bien a las estructuras de la autoridad que a sus funciones. Una investigación que trata de describir las funciones de autoridad con mayor precisión y comprensión podría distinguir entre los siguientes aspectos (o sus equivalentes):

Información:	obtener información acerca del pasado, tasar el futuro, planear.
Promoción:	apremiar las propuestas.
Prescripción:	proyectar políticas autorizadas.
Invocación:	confrontar situaciones concretas con caracterizaciones provisionales en términos de una prescripción para circunstancias concretas.
Aplicación:	caracterización final y ejecución de una prescripción en una situación dada.
Finalización:	terminar una prescripción o un arreglo dentro del marco de una prescripción.
Evaluación	comparar entre las metas y la realización.

Una delineación cuidadosa del flujo de decisiones en el proceso social puede permitir que el observador científico y el participante, en la toma de decisiones, distingan entre dos universos del orden social de acción

recíproca, el orden público y el orden cívico. El orden público en su totalidad —como el analista puede hacerlo explícito— incluye las características relativamente estables del proceso de poder (patrones constitutivos) y las características protegidas y estimuladas de todos los procesos que instituyen valor que no incluyan el poder. Dado que el orden público se caracteriza por compromisos seriamente sancionados (en la expectación y la realización), el orden cívico forma el universo de las sanciones más leves. Sin tomar en cuenta la terminología que se emplea, deben articularse las distinciones equivalentes en una teoría que está formulada de tal manera que satisface los problemas pertinentes de un sistema comprensivo de la jurisprudencia.

4. *La relación sobre el derecho y el proceso social*

Una teoría sobre el derecho que por lo menos se aproxima a la relevancia, relacionará la decisión de autoridad no solamente en forma explícita sino también sistemática con el proceso social más amplio que forma el marco de la decisión. Los cambios en la distribución de los valores en un proceso social resultan cuando los valores se conciben como relaciones demandadas entre los seres humanos, y estos valores estimulan a los pretensores para solicitar los procedimientos de decisión e invocan la prescripción y la aplicación de una política de autoridad. Cada fase de los procesos de decisión de autoridad es afectada tanto por la distribución de los valores en el pasado como por las perspectivas (postulados, identificaciones y expectativas) de los participantes acerca de la futura distribución. Los resultados de los procesos de decisión de autoridad no solamente afectan directamente la futura distribución de los valores entre los pretensores y otras personas, sino también su impacto total determina y asegura, a la larga, el orden público de la comunidad.

Para una descripción comprensiva y precisa del contexto del proceso social de decisión, cualquier categorización de valores y prácticas institucionales a la que pueda atribuirse los índices operacionales detallados en términos de relaciones específicas y empíricas entre seres humanos, sirven los propósitos de una investigación orientada hacia la política. La conceptualización más general que recomendamos se efectúa en términos de ocho categorías de instituciones-valor bien conocidas, por las ciencias sociales contemporáneas:

Poder:	gobierno, derecho, política.
Riqueza:	producción, distribución, consumo.
Respeto:	clase social y casta.
Bienestar:	salud, seguridad, comodidas.
Afecto:	familia, círculos de amistades, lealtad.

- Habilidad: artística, vocacional, entrenamiento profesional y actividad.
- Rectitud: iglesias y otras instituciones o personas que formulan y aplican el estándar de una conducta responsable.
- Esclarecimiento: medios masivos, investigación.

Cuando estas categorías de instituciones-valor o categorías equivalentes se emplean en un análisis de fase, adecuadamente detallado para describir los eventos en un proceso social y que precipitan las pretensiones hacia decisiones de autoridad, las pretensiones hechas por los participantes acerca de tales eventos precipitados y políticas relevantes al recurrir a las decisiones y sus prescripciones y aplicaciones de la política, pueden realizarse comparaciones efectivas a través del tiempo dentro de comunidades individuales y a través de las fronteras de las comunidades para estudiar los factores que afectan la decisión y para investigar las consecuencias de orden público de la decisión.

5. La relación del derecho con su contexto más amplio de comunidad

Una teoría completamente contextual y configurativa sobre el derecho reconocerá que en la actualidad la humanidad interactúa en escala global y terrestre-espacial. En el sentido de la interdeterminación en cuanto a todos los valores, toda la humanidad constituye actualmente una sola comunidad, aún cuando muy primitiva. Un componente de esta vasta comunidad es el proceso de poder *efectivo*, en el sentido en que realmente se toman y refuerzan las decisiones, mediante severas privaciones y amplias indulgencias que se incluyen en la investigación y sus efectos. De manera semejante, puede observarse dentro de este proceso de poder efectivo, un proceso integral y transnacional de decisión de autoridad en el sentido de un flujo continuo de decisiones tomadas a partir de las perspectivas de autoridad —es decir, tomadas por las personas de quienes se espera que las tomen de acuerdo con las expectativas de la comunidad acerca de cómo deben ser tomadas, dentro de una estructura establecida y mediante procedimientos autorizados. Este proceso transnacional de decisiones de autoridad así como sus procesos sociales transnacionales, se mantiene a diferentes niveles de comunidad y se desenvuelve dentro de muchos patrones diferentes e interrelacionados de perspectivas y de operaciones, ya que a la vez afecta y se encuentra afectado por los procesos de valor de todas las comunidades que constituyen la comunidad terrestre espacial. Por lo tanto, un orden público global, debe afectar el orden público interno de la multitud de sus comunidades constituyentes, así como el orden público interno de cada una de sus comunidades constituyentes, afecta a su vez, el orden público global.

Sin dejarse desanimar por los monistas que proponen una universalidad que todavía no existe, o dualistas que insisten en una separación imposible del derecho nacional y el derecho transnacional, o los neorrealistas quienes sugieren que el derecho internacional es una forma de moralizar de manera fraudulenta, de escasas consecuencias, los proponentes de una teoría relevante sobre el derecho, buscarán una relación empírica precisa del impacto recíproco o de la interacción, en la distribución de decisiones inclusivas y exclusivas y en las consecuencias para los valores, que influye en los procesos interrelacionados de las autoridades nacional y transnacional. La investigación no se dirigirá hacia las jerarquías de reglas normativas y ambiguas, sino hacia las interdeterminaciones de las comunidades y los procesos de valor de diferentes grados de alcance geográfico, incluyendo las comunidades regionales que surgen contemporáneamente. Las decisiones inclusivas y exclusivas no se concebirán como una dicotomía absoluta sino como la expresión de un continuo en grados de participación compartida en la toma de decisiones con referencia no solamente al número de participantes sino también a los diferentes grados de participación durante todas las fases detalladas, incluyendo el esclarecimiento de los intereses comunes, accesos a los foros, control sobre los valores de base, manejo de las estrategias, y la determinación de los resultados. Todos los foros importantes —ya sean externos o internos de una comunidad específica que se observa—, se incluirán en la investigación. Se pondrá atención especial en la evaluación, en términos de sus consecuencias para los valores predilectos, las controversias de sistemas rivales del orden público, de la orientación de valores incompatibles y se aspira a un sistema completo de escala global o terrestre-espacial.⁴⁰

C. *La realización de las tareas intelectuales*

Las tareas intelectuales para las que deben tomarse las medidas necesarias para su ejecución y para lograr una jurisprudencia relevante, ya han sido indicadas y también se ha mencionado que van más allá de los ejercicios tradicionales de la lógica deductiva y aún más allá de las actividades que estipulan una concepción más restrictiva de la 'ciencia' y se extienden a todo un complejo de actividades interrelacionadas que son indispensables para una investigación eficiente y para una selección racional de la decisión. Las tareas que recomendamos son la aclaración de las metas, la descripción de las tendencias de las decisiones pasadas, el análisis de las condiciones que afectan la decisión, la proyección de

⁴⁰ Estas recomendaciones se encuentran descritas detalladamente en la obra de McDougal, Lasswell y Reisman, *Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence*, 8 Va. J. Int'l L. 188 (1968).

tendencias futuras en las decisiones, y la invención y evaluación de alternativas de la política. Opinamos que la lista es comprehensiva, ya que abarca todas las tareas necesarias, y que es económica ya que excluye o da menor énfasis a las tareas no necesarias o disipadas, tales como ejercicios deductivos con premisas sintácticas o transemprícas o mal definidas. De manera parecida, la tarea está formulada de modo que evitan la confusión y la ineficacia inherentes de la ambigüedad normativa de los conceptos jurídicos convencionales que implican servir al mismo tiempo sin distinción a todas las tareas relevantes.

Al enfatizar la ejecución pensada, sistemática y diferenciada de cada tarea del amplio conjunto de tareas intelectuales, no sugerimos que estas diferentes tareas se realicen de manera económica en un orden predeterminado o en forma aislada. Más bien recomendamos que todas las tareas se empleen configurativamente en relación con el contexto de los problemas específicos. El empleo racional de cada tarea específica requiere la colocación disciplinada de los problemas específicos dentro de su contexto más amplio y la prueba sistemática de las formulaciones y resultados logrados al realizar cada tarea y su yuxtaposición a las formulaciones y resultados logrados mediante otras tareas en relación a cada característica significativa del contexto. La realización de cada tarea debe, por lo tanto, relacionarse a los mismos eventos y debe avanzar al mismo tiempo, pero el investigador debe distinguir el propósito de la observación y las capacidades específicas que usó.

Todavía debemos indicar lo que está involucrado en cada una de las tareas recomendadas:

1. *La aclaración de las políticas de la comunidad*

La aclaración relevante de manera explícita y deliberada buscará la especificación detallada de las metas postuladas sin tomar en cuenta el nivel de abstracción de su formulación inicial, en términos que se refieren empíricamente a los eventos predilectos del proceso social. Cada selección de alternativas recomendadas se relacionará al grado en que la economía lo permita, con el contexto más amplio de la comunidad y con todos los intereses importantes de la comunidad que puedan ser afectados. La dimensión del tiempo de la aclaración se hará explícitamente mediante una distinción de los objetivos inmediatos, a corto plazo, a mediano plazo y a largo plazo. La aclaración más segura se basará en todas las realizaciones simultáneas y sistemáticas de todas las demás tareas intelectuales relevantes y aplicará los conocimientos adquiridos acerca de las tendencias pasadas de las decisiones, factores de acondicionamiento del pasado, futuras posibilidades, y posibles soluciones en forma de alternativas.

2. *La descripción de las tendencias pasadas de las decisiones*

La descripción más relevante de las tendencias de las decisiones pasadas no se efectuará de manera anecdótica en pequeñas porciones aisladas de doctrina y práctica, sino que se realizará en forma sistemática en términos de grados de aproximación a políticas aclaradas para el proceso constitutivo y el orden público. Para una comparación más eficiente de decisiones y sus consecuencias en el transcurso del tiempo y a través de los límites de una comunidad, se cartegorizarán de manera 'factica' en términos del proceso de instituciones de valor, incluyendo todas las diferentes fases detalladas de estos procesos, los eventos que precipitan el recurso a la decisión de autoridad, las pretensiones detalladas de los participantes en la decisión, los factores que parecen condicionar la decisión y las consecuencias inmediatas y a largo plazo de la decisión para el participante y los demás. En forma de suplemento de los resúmenes convencionales de reglas y conceptos complementarios, se elaborarán mapas comprensivos en términos de valores institucionalizados para el proceso constitutivo y otras características protegidas del orden público; además, se observará el flujo de decisiones en relación a pretensiones específicas y detalladas. Se elaborarán procedimientos para relacionar tipos específicos de pretensiones con su contexto total y para evaluar las respuestas de las personas que toman la decisión frente a estas pretensiones en términos de su conformidad a las políticas aclaradas.

3. *El análisis de factores que influyen en la decisión*

Cuando la tarea científica se realiza de manera relevante respecto a la política, se efectuará la investigación respecto de la interacción de los múltiples factores que afectan en la decisión, no se dará una importancia preponderante a un solo factor o una sola categoría de factores, tales como los que están relacionados con la riqueza o las 'tradiciones aprendidas' o las perspectivas de la rectitud. Se formularán teorías comprensivas acerca de los factores que afectan las decisiones y se comprobarán mediante las medidas apropiadas de la ciencia contemporánea. La formulación estará inspirada en el 'postulado de la maximización', que todas las respuestas estén dentro de los límites de las capacidades; una función de la expectación del valor neto y se enfatizará tanto las variables de la predisposición como las del ambiente. Se examinará explícitamente el significado de factores que derivan de la cultura, de la clase del interés, de la personalidad y de experiencias anteriores en situaciones críticas. Se buscará la exactitud en los modelos teóricos sin sobreemfatizar la importancia de medidas y experimentos matemáticos. Se usarán muchos diferentes puntos de vista y se emplearán procedimientos extensivos e intensivos para reunir los datos y efectuar su procedimiento.

4. *La proyección de futuras tendencias*

En una jurisprudencia con relevancia política, las expectativas respecto al futuro se definirán de la forma más consciente, explícita, comprensiva y realista posible. Los proyectos de desarrollo que incorporen diferentes alternativas anticipadas del futuro, se formularán deliberadamente y se comprobarán a la luz de la información disponible. Las extrapolaciones simples, lineales o cronológicas serán sometidas a la disciplina del conocimiento acerca de los factores de acondicionamiento y de cambios pasados, en la composición de las tendencias.

5. *La invención y la evaluación de alternativas de política*

En una jurisprudencia relevante a la política, se estimulará la creatividad mediante los postulados de invenciones deliberadas y la evaluación de nuevas alternativas de la política, de las estructuras institucionales y de los procedimientos. Se examinará cada fase del proceso de decisión, sea el proceso constitutivo o aquél en relación al orden público, y cada faceta del contexto condicionador, para descubrir las oportunidades de innovación que puedan influir en las decisiones para lograr una mayor conformidad con las metas aclaradas. La evaluación de las alternativas específicas se efectuará en términos de ganancia y pérdidas respecto a todas las metas aclaradas y se basará en una disciplina deducida del conocimiento que se adquirió acerca de las tendencias, los factores condicionadores y las futuras probabilidades. Todas las demás tareas intelectuales se sintetizarán y se emplearán en la búsqueda de soluciones integrativas que se caracterizan por ganancias máximas y pérdidas mínimas. Se emplearán procedimientos especiales para estimular la creatividad, incluyendo expansiones y contracciones del centro de atención, el cambio entre periodos de máxima concentración y periodos de intención, asociación libre, y experimentos con combinaciones aleatorias.

D. *El postulado explícito de metas básicas del orden público*

Una jurisprudencia relevante reconocerá que las selecciones de política son componentes inerradicables de cada proceso de decisión de autoridad y que hoy en día existen sistemas rivales al orden público que aspiran completar, a nivel estatal, es decir, dentro de los estados y a nivel mundial. Cada persona que se ocupa seriamente de la investigación acerca del derecho debe preguntarse siempre: ¿cuáles son las metas políticas básicas que él recomienda como ciudadano responsable de la comunidad mundial y como ciudadano de diferentes comunidades menores que la componen, a otros ciudadanos responsables, como los postulados primarios del orden público que penetran y trascienden todas las comunidades específicas?

Subrayamos el postulado y la aclaración de las metas del orden público en contradistinción a su deducción. Las deducciones infinitamente regresivas de premisas de inferencias transempíricas o altamente ambiguas; no contribuyen mucho a la especificación detallada de valores, en el sentido de relaciones postuladas entre los seres humanos que se requieren para una decisión racional. Los pueblos que emplean estilos de deducción, han mostrado, desde hace mucho, que ellos pueden cooperar en la promoción de los valores de la dignidad humana, sin tomar en cuenta sus creencias o religiones que emplean para la justificación. La expresión de preferencias entre diferentes deducciones sólo divide posibles colaboradores y no contribuye a la creatividad.

El conjunto comprensivo de valores metas que recomendamos —debido a muchas herencias— para la aclaración y la realización son, como ya lo hemos mencionado anteriormente, aquellos que actualmente se caracterizan como los valores básicos de la dignidad humana o de una sociedad libre. Son los valores que heredamos de todos los movimientos democráticos de la humanidad y que se expresan consistentemente en los postulados comunes y en las expectativas de los pueblos en todas las partes. Estos valores se formulan en muchos diferentes niveles de abstracción y en muchas modalidades culturales e institucionales como en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios propuestos sobre los derechos humanos, acuerdos y programas regionales, constituciones nacionales, programas políticos de los partidos, y otras declaraciones oficiales y no oficiales. Pero, el impulso básico de todas las formulaciones se dirige hacia la mayor producción y la distribución más amplia posible de todos los valores importantes y la tarea adecuada para los observadores estudiosos y las personas que toman una decisión de autoridad, quienes aceptan y tratan de implementar los postulados comunes que surgen, es la de efectuar todas las diferentes tareas intelectuales que mencionamos arriba, para lograr una mejor relación de predilecciones generales para compartir el poder, el respeto, el esclarecimiento, etc., hasta llegar a todas las selecciones específicas que deben hacerse en diferentes contextos específicos en la prescripción y la aplicación del derecho.

Los valores básicos postulados para un orden público predilecto, naturalmente no deben ser representativos de los valores exclusivos de una parroquia de algún segmento específico de la comunidad más grande de la humanidad, sino estos valores tienen que admitir una gran diversidad en las prácticas institucionales mediante las que son buscadas y garantizadas. En diferentes comunidades y culturas específicas de prácticas institucionales muy diferentes, pueden contribuir de la misma manera a las metas superimpuestas, es decir, a una mayor producción de valores y a su mejor repartición. Cuando se aceptan las metas superimpuestas, pueden estimularse la creatividad y los experimentos al honrar a una am-

Se observará que el postulado de valores básicos de meta que recomendamos, se distinguen de un simple ejercicio en una creencia. No esperamos adquirir nuevos conocimientos únicamente a través de los postulados. Solamente mediante la realización sistemática y disciplinada plia gama de equivalentes funcionales en las prácticas institucionales que se usan para buscar valores. de diferentes habilidades intelectuales relevantes pueden adquirirse nuevos conocimientos.

Traducción del original en inglés
de Gertrud MAJČEN, revisada por
Álvaro RODRÍGUEZ TIRADO.