

## DERECHO Y PODER POLITICO \*

Ningún otro fenómeno puede reclamar para sí, el ser objeto de tal plétora de conocimiento e ignorancia como el derecho. Aún aquellos que están en más íntimo contacto con él —jueces, profesores, fiscales, defensores y agentes encargados de hacer cumplir la ley— son, a menudo, hábiles en una o más de sus muchas facetas, sin tener una comprensión general del inmenso campo del orden legal. El objetivo primordial de este trabajo es introducir al lector a un estudio sistemático del orden legal.

Este trabajo es una contribución a la tendencia iniciada por la Escuela Realista Norteamericana, que insiste que debemos estudiar el **derecho en acción**, tanto como el **derecho en los libros**. El vacío en el conocimiento general del Derecho, que caracterizó el pensamiento jurídico por muchos años, fue en gran medida el resultado del fracaso en tomar seriamente el postulado de los realistas. Hoy día, de manera significativa, éstos parecen haber triunfado, al menos nominalmente; los juristas norteamericanos han aceptado ya la proposición de que debemos estudiar sistemáticamente el derecho en acción, antes de poder entender a cabalidad el derecho en toda su complejidad.

Sin embargo, aparte de algunos esfuerzos aislados concertados para implementar el postulado realista, el modo prevaleciente de investigación de los juristas y científicos sociales, permanece apartado de la práctica diaria del derecho. Cuando ésta ha sido tomada en cuenta, ha habido una tendencia a apreciar los logros de un estudio particular, en completo aislamiento de otros, y en general, se ha fallado en

\* Este artículo ha sido compuesto con trozos seleccionados del libro *Law, Order and Power* que los autores acaban de publicar. La traducción corrió a cargo de Luis Chirinos. La selección de los textos y la revisión de la traducción es de Luis Pásara.

ver las implicaciones generales de los estudios particulares. Es sólo cuando los estudios son apreciados globalmente que todas estas implicancias se vuelven aparentes. Nuestra intención es, precisamente, mostrarlas.

Haremos esto al buscar explicaciones del perfil y carácter del derecho en acción dentro de una teoría social contemporánea. Tratando de descubrir el sentido del derecho en acción hemos visto necesario el oscilar desde las perspectivas teóricas generales, a las teorías de "alcance medio". Es nuestra esperanza haber tenido éxito en presentar una perspectiva y un set de proposiciones de "alcance medio" que en conjunto constituyen una teoría del derecho en acción.

La mayoría de los cursos en las escuelas de derecho y virtualmente cada curso secundario que tiene que ver con él, continúan asumiendo que las prescripciones de la Constitución norteamericana, el common law y las leyes son descripciones del mundo real. ¿Cuántos cursos en las escuelas de derecho utilizan cuidadosos estudios empíricos de la dinámica social de los controles legales? ¿Cuántos cursos de derecho enseñados en los departamentos de ciencia política, descansan en grado significativo en estudios empíricos del derecho en acción? y en la secundaria, la perspectiva "tipo Pollyanna" es aún peor: el "debe ser" definido por el derecho es ciegamente enseñado como que "es". Resultado de todo esto es que la enseñanza del derecho es usualmente la perpetuación de un mito.

El mito central acerca del orden legal en Norteamérica es que las estructuras normativas del derecho escrito representan la operación vigente de este orden. Este es un mito basado en la creencia que, fuera de los legisladores, las autoridades carecen de discrecionalidad para crear derecho; apli-

cándolo, tan sólo estarían llevando a cabo la ejecución de sus dictados: "El nuestro es un gobierno de normas, no de hombres".

Corolario de este mito es la noción, menos articulada, y sin embargo, prevaleciente que, aparte de la existencia de agudos conflictos entre los grupos de intereses de la sociedad, el Estado en sí mismo, representado por las cortes y la policía, así como de otros elementos, provee una estructura valorativamente neutral, donde tal pugna puede llevarse a cabo. La legislatura, por supuesto, no es en sí misma neutral, pero la estructura eleccionaria está hecha con ese fin. Esta es concebida, por tanto, como un ágora donde los grupos representantes de las configuraciones de poder de una sociedad pueden resolver pacíficamente sus conflictos. La policía es vista como ejecutora de las leyes aprobadas por la legislatura, las cortes decidiendo cuál de las partes en litigio está diciendo la verdad, para luego, imparcial y equitativamente, aplicar la ley, ejecutando la sanción prevista.

El mito de la vigencia real de la ley es desmentido todos los días. Todos sabemos que, hoy día, los negros y los pobres no son tratados justa o equitativamente por la policía. Todos sabemos que los jueces tienen discreción y que de hecho definen una política a seguir (tal como lo hizo la Corte Suprema en los casos de desegregación en las escuelas). Sabemos que las leyes electorales han sido dadas en el pasado, en favor de los agricultores, que los procesos electorales están en favor de los ricos, que el candidato presidencial promedio no es pobre, que un quinto de los Senadores norteamericanos son millonarios. Y, sin embargo, el mito persiste. Estas aberraciones son consideradas como meras desviaciones temporales. La estructura, a pesar de todo, "en su totalidad", es imparcial y neutral. Se considera que son reglas predeterminadas las que ordenan las decisiones del Gobierno y no la discreción cargada de valores de la policía, jueces y burócratas.

Es nuestro postulado que, lejos de ser principalmente una estructura valorativamente neutral, dentro de la cual los conflictos pueden ser pacíficamente solucionados, el poder del Estado, es en sí, la presa principal, en ese perpetuo conflicto que es la sociedad. El orden jurídico —las reglas que las diversas instituciones productoras de leyes, en la burocracia que es el Estado, dan para el go-

bierno de las autoridades y los ciudadanos, las cortes, oficiales o no, formales o informales, que determinan si las reglas han sido violadas y las agencias burocráticas encargadas de vigilar el cumplimiento de las leyes— es en realidad un sistema autónomo para mantener el poder y el privilegio. En una sociedad rígidamente dividida entre quienes tienen y quienes no tienen, blancos y negros, pobres y ricos, poderosos y débiles, con una inmensa cantidad de grupos de intereses especiales, el mito no es sólo falso por las imperfecciones del sistema normativo: es **inevitable** que así suceda.

Nos proponemos examinar nuestra proposición, siguiendo la metodología anticipada hace largo tiempo por Oliver Wendell Holmes, quien en 1881 postuló toda una filosofía del Derecho en la proposición en que afirmaba que la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia. El modo como las reglas operan realmente para influenciar la conducta, sólo puede ser entendido considerando el ambiente social total de las personas cuya conducta, se supone, debe conformarse a las reglas, y de este modo alcanzar las metas implícitas en ellas.

Esta no es, de modo alguno, una proposición nueva. Ha sido formulada hace generaciones. Si nuestro único propósito fuera tan sólo añadir un trabajo más a la inmensa bibliografía sobre el proceso judicial o el sistema penal, no hubiera valido la pena escribirlo.

Es nuestra esperanza añadir algo a la creciente literatura que ve el Derecho como un tipo especial de ciencia, conductista por un lado, implementadora de conductas por otro. Uno no puede considerar el universo de normas sin tomar en cuenta si la actividad que ellas prescriben es aquello que **debe ser**. No se puede considerar aquello **que es** a la luz de las normas, sin considerar cómo esto puede ser alineado con lo **que debe ser**. A propósito del Derecho debemos contestarnos la pregunta que se formulaba Robert E. Lynd: "Conocimiento ¿para qué?".

Al aventurarse en esta empresa, uno debe tomar incontables decisiones respecto de los métodos y perspectivas. Las ciencias sociales no son lo suficientemente universales para que uno adopte la "perspectiva de las ciencias sociales", con la seguridad de que siquiera una parte razonable del equipo esté de acuerdo en que tal perspectiva es

la correcta. La perspectiva que hemos adoptado tiene un punto de vista ecléctico y flexible de la metodología. Dado que los resultados de un estudio particular pueden ser cuestionados, no hemos eliminado o incluido investigaciones simplemente porque representan una determinada metodología de investigación. Hemos apelado ampliamente a ideas, perspectivas, proposiciones e información que nos ayuden a entender el “derecho en acción”.

### **El Derecho como set de Procesos**

Las reglas de derecho son un orden particular de normas. Como todas las normas, ellas definen cómo las personas o las colectividades deben actuar. Algunas, como las leyes contra el homicidio, están dirigidas a todas las personas. Otras, como los reglamentos de tránsito, están dirigidas solamente a una categoría especial de personas (los conductores de automóviles). Otras son dirigidas a quienes ocupan posiciones específicas (como las leyes que definen el rol del Presidente). Hay otras aún, dirigidas a ciertas colectividades. Pero todas ellas son normas, de acuerdo con la definición que hemos dado.

La característica más obvia de las reglas, que los legos consideran “derecho” —leyes, jurisprudencia, reglas administrativas— es que ellas son normas. En un Estado centralizado, ellas son creadas por agencias estatales, tales como las legislaturas, las cortes, las agencias administrativas y las autoridades. Una de las tareas legales en cualquier sociedad es la de crear reglas de derecho; y parte del estudio del derecho, es estudiar cómo son creadas estas normas y determinar su contenido.

Pero el estudio de la creación de normas y la determinación de su contenido no agotan lo que se necesita para comprender realmente un sistema normativo. Se debe asimismo comprender, cómo son ejecutadas las normas: sus sanciones conexas. En un Estado centralizado la mayoría de las reglas de derecho (pero, como veremos, no necesariamente todas) son ejecutadas por sanciones impuestas por la autoridad estatal. Si uno viola una ley penal, la sanción es usualmente impuesta a iniciativa de una autoridad estatal (la policía o el ministerio fiscal), y el castigo es infligido directamente por otra autoridad estatal (el alcaide). Si uno viola otra clase de leyes —por ejemplo, la que prohíbe el manejo negligente de automóviles— puede ser pasible de una acción de daños por la parte agraviada,

que puede apelar al poder estatal para llevar a cabo un juicio.

En tercer lugar las disputas (litis), surgen comprendiendo una cierta variedad de asuntos en conexión con el sistema normativo. Puede surgir una disputa con referencia al contenido de las normas; puede haberla para discutir si una persona ha violado una norma. Debe haber, por tanto, un mecanismo de solución de las disputas para resolver estos conflictos en la sociedad.

Todas estas “tareas legales” constituyen un set de procesos: los procesos de creación de normas, de definición autoritativa del contenido de las mismas y aquellos envueltos en la solución de las disputas (litis) al sancionar la transgresión de las normas. La piedra de toque, por la cual los autores de este libro, distinguimos el orden normativo en un Estado centralizado y los procesos asociados que comprendemos bajo el nombre de “derecho”, de otras normas y procesos, es que en aquel el Estado interviene, ya como creador de normas, como adjudicador de derechos en un conflicto o como agente sancionador.

En esta perspectiva, el Derecho en un Estado centralizado no es meramente un cuerpo de reglas. Es más bien, un proceso dinámico que envuelve cada uno de los aspectos de la acción del Estado, pues ésta comprenderá, en algún momento, la creación de una norma, la interpretación de su contenido, la certificación de que ha sido violada o un proceso sancionador. Es un set de procesos, entonces, aquello que constituye el “derecho”.

### **LA FUNCION DE INGENIERIA SOCIAL DEL DERECHO**

El sistema normativo es el nexo entre la conciencia y la acción social. El control consciente sobre el sistema normativo provee de una herramienta, por medio de la cual la inteligencia humana y la conciencia pueden controlar los procesos sociales para alcanzar una buena sociedad.

El desarrollo de organizaciones explícitamente dedicados a la creación y sanción de normas crea un potencial para el control racional sobre el proceso social. Las normas estructuran a la sociedad. Por medio de la manipulación consciente del sistema normativo, en el cual el Estado tiene un instrumento —el derecho—, la sociedad hoy posee el po-

der para cambiarse a sí misma, por medio de un esfuerzo racional y consciente. Roscoe Pound llamó a este control mediante el derecho, el proceso de "ingeniería social".

La sociedad no es, sin embargo, infinitamente plástica. La ingeniería social, como cualquier tipo de ingeniería, debe prestar cuidadosa atención a las barreras impuestas por el material con que se está tratando. En un espacio y un tiempo dados, limitan las posibilidades la dificultad relativa de llevar a cabo un cambio de hábitos fuertemente enraizados, los limitados recursos disponibles para ser utilizados en determinados programas, la impermeabilidad de ciertas instituciones, el sistema ideológico prevaleciente, la resistencia de intereses opuestos al cambio social planificado o dirigido, y una multitud de otros factores. Concebimos como una de las tareas más importantes de la sociología del derecho, el examen de estas barreras, de modo tal que se muestre a los gobernantes, la escala real de posibilidades con que se enfrentan. Una investigación empírica de la situación es el primer paso indispensable hacia la ingeniería social planificada.

Lo que se necesita es una guía para tal investigación, un modelo heurístico que muestre al investigador dónde buscar la información relevante.

### **El Sistema Legal**

Así como el término "derecho" no puede ser definido si no predicativamente, el término "sistema legal", no tiene un contenido objetivamente determinable. Como todo sub-sistema de la sociedad total, cumple una gran cantidad de funciones, ya manifiestas, ya latentes; resolver disputas, crear normas oficiales, educar a la colectividad en ciertas tablas de valores, proveer de trabajo a una clase profesional, etc. Al estudiar un sistema tan complejo y abarcar tal variedad de funciones, todas conectadas con el sistema normativo sostenido por el poder del Estado, mucho depende de la ingenuidad y la perspicacia del observador.

¿Cuál de estas funciones es la "esencial" del sistema legal? Es tan difícil responder esta pregunta como determinar la esencia del Derecho. Nos vemos forzados, por tanto, a definir predicativamente también el sistema legal.

Nuestra definición parte del hecho observable que la colectividad formula ciertas demandas sobre

la organización burocrática que constituye el Estado. Demanda que las disputas sean resueltas, que ciertos servicios sean prestados, que los recursos sean distribuidos y que cierto tipo de decisiones sean tomadas. Estas demandas llevan ya a la creación de normas, o a un cambio en la aplicación de las reglas existentes.

Cada norma legal o no legal está dirigida a la conducta del ocupante de un rol ("role occupant"). En la mayoría de normas, la sanción tiene lugar mediante la interacción directa entre la persona agraviada por la violación de la norma en cuestión y el ocupante de un rol. Si mis hijos no me obedecen, mi rol paternal me autoriza directamente a castigarlos. Si mi secretaria me disgusta puedo reprenderla o (en ausencia de un sindicato) despedirla.

Hay un pequeño número de normas, formales en su carácter, por la cual distintas instituciones son confiadas con el proceso de sanción. El derecho es un claro ejemplo de ello. Hay también otras normas cuasi-legales a las cuales corresponde cuerpos sancionadores separados, no estatales.

Prácticamente cada norma jurídica dirigida a un ocupante de un rol es, a la vez, dirigida hacia un cuerpo de sanción, tal como lo hiciera notar Hans Kelsen. La regla que manda al ciudadano "No matar" ordena simultáneamente a un juez a aplicar una sanción, si el fiscal logra probar que alguien ha cometido un homicidio. De modo similar, la demanda a una institución creadora de normas (legislativa), para que cree una nueva regla de conducta para los ciudadanos, simultáneamente demanda una nueva norma para las agencias de sanción, si es violada la norma dirigida al ciudadano.

Podemos, por tanto, muy tentativa y abstractamente diagramar el flujo de demandas hacia el sistema legal y su conversión por las instituciones legislativas y jurisdiccionales en normas, dirigidas tanto a los ocupantes de roles, como a las agencias jurisdiccionales y la actividad sancionadora (ver figura 1).

Todo sistema normativo induce o coerciona una conducta. El sistema normativo que hemos definido como "derecho" usa el poder del Estado para estos fines. Nuestro modelo, por tanto, sugiere que las demandas son efectuadas por varios segmentos de la población para que el poder del Estado sea ejercitado por medio de la ley, para inducir o coercitar

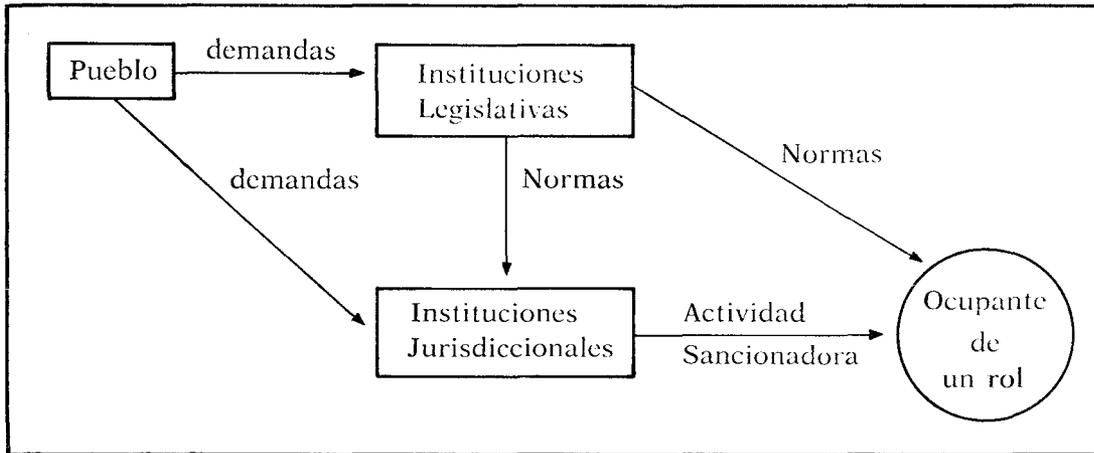


Fig. 1

cierta conducta deseada para cierto grupo de ocupantes de un rol. En la naturaleza de las cosas, demandas de esta clase son formuladas en interés de aquellos que efectúan las demandas. Apelan al ejercicio del poder del Estado para inducir o coercitar la conducta deseada porque los ocupantes del rol no necesariamente desean actuar de ese modo. El sistema legal así definido, es un sistema por el cual, una parte de la población usa el poder del Estado para coercitar a otro segmento. Es un sistema para el ejercicio del poder del Estado.

Este modelo es, sin embargo, enteramente normativo en su carácter. Sigue la huella del flujo de demandas: demandas formuladas al Estado por segmentos de la población, demandas formuladas por las instituciones legislativas sobre los ocupantes de un rol y sobre las instituciones jurisdiccionales. La única actividad a que se refiere es a la actividad sancionadora. Nada nos dice acerca de cómo, de hecho, actúan las instituciones jurisdiccionales, o cómo responden los ocupantes del rol a las distintas presiones que actúan sobre ellos, ni nos sugiere el flujo de la operación de retroalimentación ("feedback").

El uso del derecho como un instrumento de ingeniería social requiere que el legislador ("policy maker") pueda predecir que la regla que está proponiendo, tendrá por efecto la conducta deseada. Si vamos a entender cómo afecta el sistema legal la

conducta del ocupante de un rol, que es la cuestión última para el ingeniero social, debemos ir más lejos. Debemos examinar, no sólo el sistema de expectativa del rol —el derecho en los libros— sino el desempeño real del rol, que es el Derecho en acción.

#### Expectativas del Rol y desempeño del Rol

El modo cómo actúa el ocupante de un rol es la resultante de todas las fuerzas, personales y sociales actuantes sobre él. Tal afirmación es una proyección que puede ser traída a colación a propósito de cualquier rol en la sociedad, definido por el Derecho o por otro sistema o institución. Sin embargo, donde el rol está definido por el Derecho, la actividad de las autoridades constituye una fuerza social significativamente operativa sobre el ocupante del rol. Las autoridades crean las reglas a las que el ocupante del rol —se espera— debe conformarse en su conducta y ocupan posiciones desde donde determinan si una sanción es aplicable y cuando lo es, fijarla y coercionarla.

Se puede diagramar el problema presentado, tal como es presentado en la Figura 2. Los factores críticos en la determinación de la conducta del ocupante de un rol parecen ser la norma a la que, se espera, se conforme, las fuerzas sociales y personales operantes sobre él y la actividad de las agencias sancionadoras. Pero los legisladores y las agencias sancionadoras no operan en el vacío.

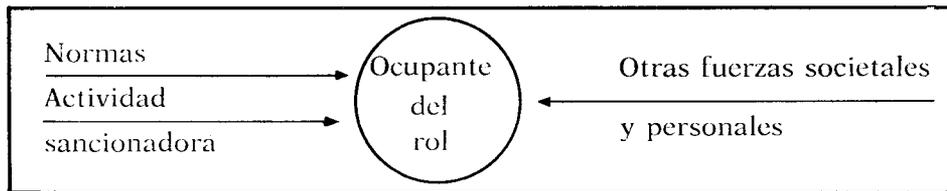


Fig. 2

Elas también están sujetas a normas definitorias de sus posiciones y a las fuerzas e influencias personales y sociales. Con el fin de comprender cabalmente las presiones que recaen sobre el ocupan-

te de un rol, uno debe examinar las posiciones de los legisladores y de las agencias sancionadoras. Más completamente, el sistema puede ser diagramado en la Figura 3.

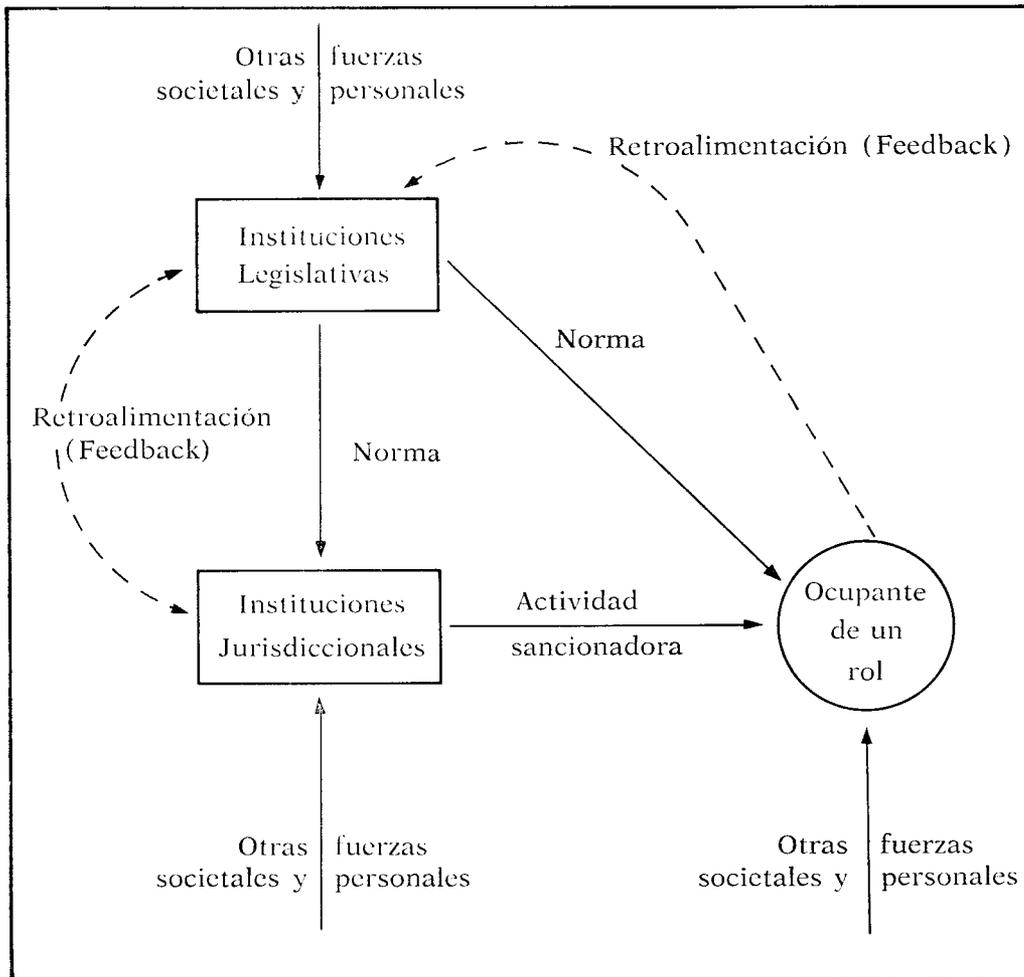


Fig. 3

El uso del Derecho como un instrumento de ingeniería social implica el uso de reglas articuladas por los legisladores en orden a afectar el desempeño de roles por los ciudadanos y por las autoridades. El ocupante del rol, sin embargo, actúa dentro de un "campo" de fuerzas, al igual como una partícula opera dentro de un campo en la física nuclear, excepto por cierto, que el campo de un ser humano incluye la conciencia. Para entender la real escala de posibilidades disponible al legislador, es decir, la escala en la cual es viable la ingeniería social por medio del Derecho, la primera tarea es examinar las reglas existentes definitorias de un rol **particular** y, asimismo el correspondiente desempeño del rol. El esfuerzo debe tender a determinar si el ocupante del rol está alcanzado las metas fijadas para su posición. Si no lo está, entonces las fuerzas que están obstruyendo la conducta deseada deben ser analizadas, de modo de poder determinar las razones del fracaso y las diversas posibilidades que se abren a los legisladores para remediar esta situación. Sólo entonces, se está en condiciones de determinar la política a seguir y qué programa puede ser diseñado para implementarla. Esto es lo que los realistas norteamericanos incluían en su llamado para estudiar el derecho en acción, opuesto al estudio tradicional del derecho en los libros.

Los factores comunes que afectan cada esfuerzo para utilizar el derecho como herramienta de ingeniería social son la actividad de los legisladores y de las autoridades judiciales. La conducta de estas autoridades viene a constituir la piedra de toque de cualquier intento de un efectivo cambio social en la sociedad, mediante la utilización del derecho. Para cada una de estas autoridades hay metas fijadas a cada posición y normas que definen cómo deben actuar. La tarea preliminar, pero esencial para la sociología del derecho, es la investigación de la conducta de las autoridades. Salvo que los jueces de apelación, las legislaturas y la administración creen Derecho sabiamente; salvo que los policías, alguaciles y un sinnúmero de oficiales menores coerciten el Derecho en consonancia con sus metas, cada esfuerzo de ingeniería social fracasará. Es por esta razón que en este trabajo hemos concentrado nuestra atención en las posiciones de los legisladores y de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

## LA CREACION DE REGLAS Y LA ELECCION DE VALORES

Nuestro modelo sugiere que la formulación de nuevas reglas de derecho por los legisladores responde a demandas formuladas por algún sector de la población. Estas demandas invariablemente en su forma, son de modo tal que la nueva regla requiere de otro sector de la población que se conduzca de un modo nuevo y diferente. Una demanda de los negros para conseguir la intervención federal para garantizar su derecho a voto, es una demanda para que los registradores blancos cesen la aplicación discriminatoria de los derechos electorales. La demanda de un diario exigiendo una ley más dura para castigar a los estudiantes que protestan es una demanda para que los estudiantes moderen sus protestas. La demanda de un grupo comercial para que los impuestos les sean rebajados, es una demanda para que los recaudadores de impuestos les permitan retener más de sus ganancias, de las que de otro modo estarían permitidos, y que otros carguen proporcionalmente con la carga impositiva total.

Las demandas formuladas a los legisladores son demandas para que otra gente actúe de modo distinto, y resultan del hecho de que cada regla de derecho es normativa. Es una afirmación del "debe ser". Describe las expectativas oficiales respecto de la conducta de la gente (e incidentalmente la conducta esperada de los agentes sancionadores del Estado-cortes, administración, policía, alguaciles y muchos otros, cuando un transgresor de la norma es traído ante ellos).

Cada ley, por tanto, expresa un valor. Apareja las ideas de alguien sobre cómo "debe ser" el caso. Aún una ley ordenándonos a manejar por la derecha de la pista expresa la elección del valor del orden sobre el caos, de la derecha sobre la izquierda, reteniendo la costumbre histórica frente a la innovación.

Una sociedad está compuesta de individuos que ocupan posiciones definidas por la estructura normativa. Cada demanda por un cambio en las reglas del derecho, por tanto, es una demanda para que la sociedad cambie hasta ese punto. Cada demanda por un cambio en el derecho refleja el tipo de sociedad vislumbrada por aquellos que lo piden; esto es, refleja sus valores y sus metas.

El problema radica en determinar de quiénes son los valores y de quiénes deben ser los valores a ser encarnados en el derecho y de quiénes debe ser la concepción de la sociedad que determine la estructura legal del Estado.

En el más alto grado de generalización, a esta interrogación se ofrecen dos respuestas por los juristas y los científicos sociales. Un grupo sugiere que el Estado es una estructura valorativamente neutral, donde el conflicto tiene lugar. El otro sugiere que el Estado es, en sí mismo, parte integral de la infinita pugna social entre intereses y clases opuestos, que comprende la sociedad. La primera asume que, en el fondo, hay un consenso de valores en la sociedad que se refleja en la creación y aplicación de la ley, así como, en el mecanismo sancionador por parte del Estado. La otra propone que el control del Estado y su imponente maquinaria de compulsión es, en sí mismo, el premio por el cual luchan intereses antagónicos.

### **Dos modelos de Sociedad**

Dos teorías muy generales sobre la sociedad pretenden dar una respuesta acerca de si la sociedad está basada en un consenso de valores o en un antagonismo de valores. Esta cuestión es crucial en nuestra discusión. Si la sociedad representa un consenso de valores, desaparece todo el problema planteado. El Estado, por supuesto, debe representar este consenso de valores. El único problema jurídico sería entonces, asegurar que los ocupantes de rol individuales no sustituyan los valores de la comunidad con sus propias motivaciones desviadas. Si por otro lado, la sociedad no descansa sobre un consenso de valores sobre cada tema, entonces el problema que hemos planteado está agudamente mostrado.

Se arguye de un lado que, aún cuando la sociedad se debate en conflicto, el Estado es, en sí mismo, valorativamente neutral. No importa cuán antagónicos puedan ser entre sí los varios grupos y estratos sociales; en este punto deben concordar: es preferible el arreglo pacífico del conflicto, a la violencia y la guerra abierta. En esta perspectiva el Estado representa a toda la población, pero sólo hasta un grado determinado. Cada ley o actividad del Estado está cargada de valores, pero la maquinaria por la cual el Estado llega a esta decisión de crear y coercionar cualquier ley particular,

es en sí misma, neutral, permitiendo de este modo, que el conflicto se desarrolle y resuelva pacíficamente.

En el lado opuesto, los teóricos del conflicto argumentan que aún tal limitada concepción de la neutralidad del Estado es falsa. El poder del Estado es el arma más importante en la incesante pugna que tiene lugar bajo la más o menos suave y pacífica fachada que enmascara la realidad social. Quienquiera que posea el control del Estado lo usa en favor de sus propios intereses. Dado que sus intereses requieren la exclusión de sus antagonistas en la toma de decisiones, aún los procesos por los cuales la pugna por el Estado se lleva a cabo, están distorsionados y amañados en favor de uno u otro grupo contendor.

La primera interrogante que tiene que ser resuelta debe ser, por tanto, si la sociedad se basa de hecho en un consenso de valores o en un antagonismo de valores. En muchas discusiones del problema, la respuesta ya es asumida. Roscoe Pound, por ejemplo, cuyos escritos contribuyeron enormemente al avance del concepto de ingeniería social, sostenía que en una sociedad democrática, los valores del Derecho, deberían responder a los valores de aquellos a quienes se aplicaba. Urgía, por tanto, que las demandas formuladas a un sistema legal fueran catalogadas, los valores intrínsecos sintetizados, y entonces, usados para determinar el orden serial en el que deberían ser atendidos. Es un sistema basado en la presunción de que en cada sociedad hay un consenso básico de valores reflejado en la totalidad de las demandas sociales.

Tal llamado ha sido también formulado por Talcott Parsons y toda la escuela sociológica, de la que él es prominente exponente. Parsons basa su modelo en cuatro afirmaciones principales.

1. Toda sociedad es una configuración de elementos relativamente persistentes.
2. Toda sociedad es una configuración de elementos bien integrados.
3. Todo elemento de la sociedad contribuye a su funcionamiento.
4. Toda sociedad descansa sobre un consenso de sus miembros.

Dado tal consenso, el único problema para el legislador es determinar cuáles son los valores de la sociedad, tal como lo sugiere Pound.

En oposición a este modelo Ralf Dahrendorf y otros han presentado un modelo conflictual que toma una posición diametralmente opuesta en cada punto:

1. Toda sociedad está en todo momento sujeta al cambio; el cambio social es ubicuo.
2. Toda sociedad experimenta en todo momento el conflicto social; el conflicto social es ubicuo.
3. Todos los elementos de una sociedad contribuyen a su cambio.
4. Toda sociedad descansa en la sujeción de algunos de sus miembros por otros.

Dahrendorf afirma que es empíricamente imposible escoger entre estos dos esquemas. "Estabilidad y cambio, integración y conflicto, función y disfunción, consenso y sujeción son, al parecer, dos aspectos igualmente válidos en todo tipo de sociedad imaginable". Como en las teorías duales sobre la luz, cada modelo puede ser útil para explicar aspectos específicos del proceso social.

Aplicado al estudio del orden jurídico, la proposición de Dahrendorf de que es imposible escoger entre ambos modelos no produce el mismo efecto persuasivo. Evidentemente los estudios empíricos del Derecho mencionados aquí, dejan claro que el modelo del consenso de valores es incapaz, no sólo de dar cuenta del perfil y del carácter del sistema legal, sino que también fracasa en plantear las interrogaciones fundamentales y sociológicamente relevantes acerca del Derecho. Por contraste, el modelo conflictual, si bien con algunos altibajos, e insuficiente en dar una respuesta completa a los problemas que nos plantea el Derecho, es mucho más útil como un modelo heurístico para analizar los sistemas legales.

#### **MODELOS QUE NIEGAN LA ELECCION DE VALORES POR EL LEGISLADOR**

De este lado han sido propuestas una colección de teorías, tanto jurídicas como sociológicas, que abarcan el razonamiento más elemental hasta las más refinadas filosofías del derecho. Dado que el razonamiento está centrado en el arreglo de disputas y basado en la negación del rol creador de derecho de parte de los jueces, estas teorías han asumido que las cortes (y a veces toda la estructura estatal) se encuentran por encima y fuera de la so-

cialidad, quedando como una estructura neutral en la cual el conflicto social tiene lugar. Dado que está ideado para ser neutral, se asume que hay, a lo menos un consenso mínimo sobre la existencia del Estado como árbitro del conflicto. Discutiremos brevemente algunas teorías jusnaturalistas, el esquema planteado por Von Savigny; la famosa teoría del "movimiento de status a contrato" de Sir Henry Maine; y algunas otras teorías modernas, especialmente las de Paul Bohannon, Jerome Skolnick y Lon Fuller.

#### **Derecho Natural**

Por dos milenios y más, la humanidad ha buscado un patrón absoluto de justicia para confrontarlo con el derecho existente. Obviamente, tal búsqueda podía llegar a resultados opuestos y contradictorios. Por un lado, el patrón absoluto resultante puede convertirse en un credo revolucionario, con el cual atacar la estructura existente, tal como sucedió en la Revolución Norteamericana. Más frecuentemente, sin embargo, puede convertirse en sólido sostén del derecho existente. Si el derecho existente representa lo que piensa que es absolutamente justo, entonces debe participar de la divinidad.

Los patrones absolutos de justicia han variado. En sus formas primeras, el criterio de justicia se pensó derivado de la divinidad mediante textos autoritativos tales como la Biblia (o como hasta hoy en la ley musulmana, el Corán), mediante la intuición directa de la voluntad o guiada por la "recta razón". En sus más recientes formas, el patrón tiende a derivarse de la concepción de lo que es necesario para el hombre para poder vivir en sociedad. Dado que esos criterios no son susceptibles de un examen empírico, tienden a hallar su fuente de origen en la intuición de la "buena vida", sostenida por un filósofo o escritor.

La concepción jusnaturalista jugó un enorme papel en la formación del **common law**. Era inevitable que todos los problemas sometidos a los jueces no pudieran ser resueltos apelando a la costumbre. Muchas leyes desde el principio tuvieron poca relación con las costumbres, cualquiera que haya sido la tradición nominal. Las leyes sobre la herencia (1540), por ejemplo, permitieron al hombre, por vez primera, la distribución de sus propiedades luego de su muerte, en desafío con los modos consuetudinarios de distribución de la propiedad. Qué tipos de promesas debían ser obligatorias (y por tanto, coercibles) y cuántas

les no, es una materia que en la naturaleza de las cosas puede ser determinada solamente con referencia a la costumbre (¿Por qué la promesa de donar un bien ordinariamente no es coercible por el derecho, y una promesa de pagar por bienes comprados y recibidos es coercible? ¿Por qué una promesa formal para donar es coercible y no lo es una no hecha con esa formalidad?). Los jueces frecuentemente contestaron estas interrogaciones refiriéndolas al derecho natural. Este, dijo Sir Edward Coke, gran juez del siglo XVII, reside en el pecho de los jueces.

El concepto de derecho natural de cualquier molde presupone que la elección de valores encarnados en el derecho deriva de una fuente igualmente autoritativa para toda la humanidad. Asume, por tanto, que tal set de valores autoritativos es apropiado para determinar lo que el derecho debe ser —i.e. el orden serial en que las demandas deben ser otorgadas. Tienen el efecto de negar que pueda haber un significativo antagonismo de valores entre los distintos grupos de intereses.

Las corrientes del derecho natural conservador que identifican al derecho “que es”, con el derecho “que debe ser”, tienden necesariamente a ser un sostén para la estructura estatal existente. Si el Derecho es generalmente ordenado por la Divinidad o justificado por un patrón autoritativo, entonces es lícito pensar que las leyes que crearon al Estado existente están asimismo justificadas. El Estado se torna inspiración divina o al menos, justificado por referencia a un patrón autoritativo.

### **Von Savigny**

La Escuela Histórica de la cual Friedrich Karl Von Savigny (1779-1869) fue líder, sostuvo una tenaz oposición a las teorías basadas en el Derecho Natural, pero a la larga arribaron a la misma conclusión.

El concepto de Von Savigny que el Derecho es una función del “Volkgeist”, tal como el lenguaje, concuerda muy bien con el mito en que se basa el “Common Law” inglés. Las costumbres surgen del pueblo; los jueces simplemente las aplican. La fuerza guía es la conciencia colectiva del pueblo, una fuerza mística y unitaria que, como el set colectivo de orientaciones de intereses de Parsons, se supone que liga a toda la colectividad. Como todas las escuelas de pensamiento basadas en las concepciones del Derecho Natural, la Escuela Histórica

deviene en una concepción del Estado como voluntad del pueblo en su totalidad.

### **Maine**

Sir Henry Maine (1822-1888), un jurista e historiador del Derecho inglés dentro de la tradición victoriana, buscó un gran esquema de evolución en la historia del Derecho. Primeramente, postuló dos tipos de sistemas legales: “estático” y “dinámico”. En el primero, el desarrollo del Derecho se congela en algún momento de la historia. En el último, se encuentra en constante movimiento y cambio. Luego postuló su famosa proposición: “El movimiento de las sociedades dinámicas ha sido un movimiento de status a contrato”.

¿Qué quiso decir Maine con esta proposición? En el derecho de las sociedades primitivas, ya sea en el de las simples sociedades consuetudinarias, y generalmente en el de las sociedades basadas en la solidaridad mecánica, el derecho estaba en relación con el status. En el derecho primitivo, la pertenencia a un grupo corporativo —familia, tribu o villa— determinaba los derechos sobre la tierra, la elección de pareja para el matrimonio, las obligaciones en favor de otros. En el Derecho feudal, asimismo, el status del individuo determinaba todo. Por otro lado, en la sociedad del siglo XIX, de la cual Maine formaba parte —el mundo del intercambio de mercancías y división del trabajo, el mundo de la solidaridad orgánica— la movilidad social era, al menos el ideal si no la regla. La movilidad social tenía su sustrato legal en el contrato. Este proveía un mecanismo por el cual los individuos podían crear sus propias normas mediante el acuerdo de voluntades. Sus derechos eran determinados por contrato, no por status. La afirmación de Maine, que el movimiento de las sociedades dinámicas ha sido “hasta entonces” de status a contrato representa una cabal explicación de lo que había ocurrido “hasta entonces”.

Mientras Maine tuvo el cuidado de limitar su afirmación a lo que había ocurrido “hasta entonces”, sus contemporáneos no lo tuvieron. El profesor Wolfgang Friedmann escribe:

“La teoría de Maine... fue dirigida a una sociedad que había sido testigo de la Guerra Civil Norteamericana. La guerra terminó con el triunfo del norte industrial, comercial y progresista sobre el sur agrícola, feudal y con una mentalidad de status. Esto significó, en términos del desarrollo legal, la victoria del “libre contrato” indispensable

ble a una sociedad industrializada y capitalista que ansiaba —al mismo tiempo— movilidad de trabajo y de capitales. Significó el eclipse de las concepciones de Status que ataban al trabajador a un feudo por un incambiable status de esclavitud”.

Maine, algo más claramente que sus contemporáneos, percibió lo que en realidad estaba teniendo lugar. Pero él creyó que las sociedades podían tener “movimiento” como un todo. Implícita a esta proposición es la noción que hay un sentido general de la comunidad, i. e. un consenso de valores, idea a la que fácilmente se sucumbe sino se percibe el rol esencialmente innovador de las cortes. Si los jueces honradamente creían seguir leyes y costumbres preexistentes, luego, es inevitable que uno crea que la sociedad, actuando a través de ese consenso de valores, generará primeramente la costumbre y, luego las cortes la aplicarán a los casos concretos y específicos.

### **Bohannon**

Paul Bohannon ha ido más lejos que sus contemporáneos en urgir que el Derecho consiste sólo en reglas derivadas de la costumbre reinstitucionalizada como Derecho. Escribe:

“Una simple distinción puede establecerse entre la ley y la costumbre. Las costumbres son normas o reglas... acerca de los modos en que el pueblo debe comportarse si las instituciones sociales van a cumplir con sus tareas y la sociedad va a durar. Todas las instituciones (incluyendo las legales) desarrollan costumbres. Algunas costumbres, en algunas sociedades son reinstitucionalizadas a otro nivel: son reformuladas para los más precisos propósitos de las instituciones legales. Cuando esto sucede, por tanto, el Derecho puede ser considerado como una costumbre que ha sido reformulada para hacerlo más dócil a las actividades de las instituciones legales...”.

Esta es una tesis que asume que a cada sociedad corresponde una, y sólo una “cultura legal”. Por “cultura legal”, Bohannon entiende “... aquella que es suscrita (sepan o no de ella, actúen o no de acuerdo a ella, estén o no de acuerdo con ella) por toda la colectividad social. La institucionalización secundaria forma una unidad cultural más o menos consistente”. En el típico sistema municipal, dice Bohannon hay una sola “cultura legal”. En una situación colonial, sin embargo, donde el poder metropolitano impone el derecho municipal en gran parte de la colonia depen-

diente, pero permite la supervivencia de ciertas formas de derecho consuetudinario, se encuentran dos (o más) culturas legales.

Bohannon concibe el Derecho, por tanto, como lo hicieron los jueces del “common law”. La costumbre surge primero; luego las instituciones legales la adoptan, y en cierto grado, la transforman en el proceso de adopción. Ya que las instituciones legales y la institucionalización secundaria forman una “unidad cultural más o menos consistente”, el sistema total reposa sobre el consenso dentro de la sociedad. Nuevamente, la concepción de Bohannon, implica que el derecho y el sistema legal, y el Estado, que es su más importante elemento son valorativamente neutrales, una expresión de valores comunes a todos nosotros.

### **Fuller y sus seguidores**

Fuller ha iniciado toda nueva escuela de pensamiento jurídico y sociológico en su libro seminal “La Moralidad del Derecho”. Revisaremos brevemente la tesis central del libro en lo que sea útil para nuestra discusión, y luego la posición de su principal exponente sociológico Jerome H. Skolnick.

Fuller tiene problemas para describir lo que llama “la moralidad interna del Derecho”. Conceptúa al derecho como la “empresa (deliberada) de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas”. Luego propone descubrir las condiciones necesarias y suficientes de un gobierno de reglas. Señala ocho modos en los que un sistema legal dado, puede fracasar en conseguir la legalidad:

“La primera y más obvia de ellas consiste en el fracaso en formular reglas, de modo que cada asunto tenga que ser decidido en base a un procedimiento ad-hoc. Las otras vías son: (2) El fracaso en publicar la norma, o al menos en hacer posible el conseguir, a las partes afectadas, las reglas cuya observancia se espera; (3) El abuso de legislación retroactiva que no sólo guía la acción, sino que socava la integridad de las reglas prospectivas, dado que las amenaza con un cambio retroactivo; (4) El fracaso en hacer entendibles las reglas; (5) La promulgación de reglas contradictorias o (6) reglas que requieren una conducta más allá de las posibilidades de las partes afectadas; (7) La introducción de cambios frecuentes en las reglas, de modo que el sujeto no pueda orientar su conducta por ellas; y, finalmente (8) La incongruencia de las reglas, tal como son anunciadas y tal como son aplicadas”.

Jerome Skolnick parte de este esquema para formular algunas afirmaciones preliminares, acerca de la relación entre el Derecho y la organización social. "Primeramente no todas las reglas son jurídicas (lawful \*) aunque hayan sido creadas por un gobierno 'legítimo' . . . una regla de Derecho. . . no sólo sugiere controles sobre el uso arbitrario de la autoridad, sino que implica también la formación de instituciones que premien y estimulen la habilidad humana de usar la razón para elevarse sobre los deseos subjetivos". Explícitamente, Skolnick utiliza el criterio de Fuller para determinar si una regla de un gobierno "legítimo" es o no una regla jurídica ("lawful").

Al igual que los jusnaturalistas, Fuller y Skolick invocan un patrón autoritativo para determinar si lo que es entendido como "derecho", es realmente "derecho". Se trata de un patrón que asume, que por el solo uso de la razón, el hombre puede determinar lo que es necesario en un sistema legal para concordar con las demandas de todos nosotros. Tal sistema legal se basa en el esquema de Fuller, en en la asunción que la demanda central del hombre es la certeza y la predictibilidad y asume que, por tanto, estos son los valores más altos a ser realizados por un sistema legal. Insiste que la moralidad interna del Derecho es neutral, en cuanto a sus aspiraciones sustantivas, aunque niega la posibilidad de concebir un sistema a la vez fiel a los imperativos de la legalidad e indiferente a la justicia y al bienestar humano.

La filosofía jurídica de Fuller, como la de los jusnaturalistas, asume una moralidad común. Su octavo criterio de legalidad presupone que la preocupación central del Derecho debe ser su predictibilidad. Sin duda el hombre desea la predictibilidad; pero uno pensaría que para los pobres, la predicción sobre la siguiente comida sería más significativa que la predicción formal acerca de si el aparato coercitivo del Estado actuará sobre él en cierto modo. La declaración de Nueva Delhi, en su definición de regla de Derecho, dijo:

"La regla de derecho es un concepto dinámico. . . que debe ser empleado no sólo para salvaguar-

\* Se entiende por "lawful" la legalidad no sólo en referencia con las formalidades externas, sino precisamente en adecuación con el concepto de "moralidad interna". (N. del T.)

dar e incrementar los derechos políticos y civiles de los individuos en una sociedad libre, sino también establecer las condiciones económicas, sociales, educacionales y culturales, bajo las cuales se puedan realizar sus legítimas aspiraciones y su dignidad".

Asumir que el valor primario a ser realizado por el derecho, la base de su "moralidad interna", es la predictibilidad de la conducta de los órganos del Estado, equivale a asumir un conjunto común de valores para toda la humanidad.

Aún más, es probable que los ocho criterios de legalidad no sean indiferentes al contenido sustantivo del Derecho. Por ejemplo, cuando un gobierno decide expropiar los bienes de una empresa privada, el criterio de Fuller demandaría que este acto se ralice en concordancia con las expectativas de los propietarios. Sin duda, tales expectativas, se alcanzarían si el gobierno pagara el justiprecio de los bienes expropiados. Sin embargo, hay mucha gente en el mundo que cree que la propiedad privada sobre los medios de producción es en sí misma inmoral y que la única moralidad es la de "expropiar a los expropiadores". Al insistir en los criterios de predictibilidad como valor central, Fuller ha realizado una elección entre tablas de valores. Tal elección, en su argumento, sin embargo, se oscurece al apelar a un patrón autoritativo de legalidad.

## Sumario

Todas estas concepciones jurídicas y sociológicas respecto de la naturaleza del Derecho tienen dos factores en común. Por un lado, todas ellas apelan a un patrón autoritativo por el cual evalúan al Derecho. En algunos casos (Von Savigny, Bohannon, Maine) apelan a la noción de que el Derecho debe seguir la costumbre. Los actos de gobierno deben andar detrás de los usos (folkways). Otras, como las teorías tradicionales del Derecho Natural o su vestidura moderna, en los escritos de Fuller y Skolnick, encuentran el patrón autoritativo en aprehensiones intuitivas de lo verdadero. Ellas reflejan invariablemente los valores subjetivos del autor. Al identificar estos valores con la verdad eterna, ya deducida de la aprehensión inmediata de la deidad, o de la naturaleza del hombre viviendo en sociedad o en la moralidad interna de un gobierno de reglas, todas ellas terminan por asumir que un mismo conjunto de valores es apropiado y necesario para la sociedad.

Por el mismo motivo la inferencia necesaria que surge de todos estos modelos es que el orden jurídico y el Estado son neutrales, esquemas sin valores, dentro del cual el conflicto puede ser resuelto. Si éste puede ser resuelto apelando a un mismo patrón autoritativo, el árbitro no necesita realizar una elección de valores. La suya es una tarea mecánica, por cuanto, consultando el patrón descrito como autoritativo puede determinar el valor específico apropiado, a ser encarnado en su decisión. No necesita elegir entre reglas en conflictos; por lo demás, el patrón autoritativo le prohíbe hacer eso.

### MODELOS QUE AFIRMAN LA ELECCION DE VALORES POR EL LEGISLADOR

La literatura sobre modelos conflictuales en el derecho y en la sociedad es mucho más escasa que aquella que asume que el Estado ejercita su poder de acuerdo al interés imparcial de la colectividad entera. La causa de esta relativa pobreza parece ser fácil de descubrir. Las teorías jurídicas han sido siempre algo más que una búsqueda desinteresada de la verdad. Son un arma de legitimización en primer orden. La clase de los juristas, como un todo, no ha sido ostensiblemente pródiga en revolucionarios.

Es evidente que el mismo hecho de que la literatura que define modelos de conflicto esté tan esparcida, debería aconsejarnos andar con cuidado. Modelos jurídicos que niegan la elección de valores por el Estado han sido propuestos en todo tiempo y todos ellos han tratado de justificar al Estado **existente**.

Las doctrinas del Derecho Natural justificaban el feudalismo en tanto que ordenado por la Divinidad y, por tanto, en favor de los intereses generales. Hobbes justificó la monarquía de los Estuardos, Von Savigny al Estado Alemán, Austin al Estado Victoriano. Pocas personas, mirando al pasado, osarían afirmar que alguno de estos estados eran valorativamente neutrales. Las teorías que reclaman para el estado democrático liberal del siglo XX de hoy, ser el único valorativamente neutral requieren de un cuidadoso análisis, a menos, que ellas sean también meras ideologías para legitimar el derecho y el Estado existentes. ¿Qué legitimidad, después de todo, puede proteger mejor al Estado que aquella basada en la común creencia que éste representa equitativamente los intereses de todos —blancos y negros, ricos y pobres, conscriptos y

civiles—, al proveerlo de una estructura neutral, que nos proteja de cualquier autoritarismo y anarquía parecidas?

El primer escalón en el desarrollo de un modelo conflictual del derecho y de la sociedad, fue la separación de la noción de moralidad de la del derecho. Esto fue realizado por los positivistas.

### Los Positivistas

El desarrollo del Estado Moderno fue acompañado de numerosas teorías que racionalizaron este proceso. Al principio, como en los trabajos de Hugo Grocio (1583-1645), esta racionalización fue concebida en el lenguaje y como metáfora del derecho natural. Grocio percibió al derecho natural como basado en la naturaleza humana y su necesidad instintiva de vivir en sociedad. Hobbes (1598-1679) se tiró abajo esta teoría y se convirtió en el primer positivista. Allí donde Grocio habrá, enfatizado que el hombre tenía un instinto dirigido a vivir en sociedad, Hobbes sostenía que el hombre en estado natural vivió en un estado de guerra con sus semejantes y que la vida era "solitaria, pobre, sucia, brutal y corta". Hobbes vivió durante el período de la Guerra Civil Inglesa y las tensiones, angustias y dislocaciones de este período influyeron en su concepción del hombre. El creía por tanto, que para su auto-preservación, el hombre debía escapar de la miseria de la anarquía. La solución radicaba en asegurar el orden mediante la imposición de un poder superior, el soberano.

El único medio efectivo de asegurar el orden y desterrar la anarquía del estado natural, creía Hobbes, era la imposición de una supervoluntad que podría exigir la obediencia de todos. Así, él postuló al soberano como única fuente del derecho, quien estaba por encima del Derecho y era el único con el poder de cambiarlo.

La intención de Hobbes fue justificar el absolutismo, que creía necesario para el logro de la paz y el buen orden de la sociedad. Su teoría estaba de perfecto acuerdo con la imposición de un gobierno aristocrático en la Inglaterra de 1688 y sirvió como justificación ideológica de ella. Pero su teoría era más que una mera justificación de la soberanía. En tanto hubiera una fuerte estructura estatal que efectivamente emitiera leyes para el cumplimiento por parte de los ciudadanos, la tesis de Hobbes era empíricamente verificable.

Efectivamente, las normas promulgadas especialmente emanan de las legislaturas, de la burocracia, de jueces, reyes y soberanos —en suma, de la soberanía, cualesquiera sea la forma en que se halle constituida. La teoría de Hobbes dirige nuestra atención a la estructura estatal como fuente del Derecho, y finalmente a aquellas personas particulares que juegan roles significativos en esa estructura.

La teoría de Hobbes tiene dos caras. Por un lado, tal como hemos visto, enfatiza el hecho del cual el derecho deriva su autoridad en una sociedad políticamente organizada. Por el otro, es básicamente una teoría del Derecho Natural que justifica el absolutismo, sobre la base de que la naturaleza humana primitiva es salvaje y belicosa. La primera cara de esta teoría ha prevalecido y ha sido aceptada como una adecuada visión de las fuentes del Derecho; la otra ha desaparecido de las teorías jurídicas modernas.

Jeremy Bentham (1748-1832) tomó el primer elemento de la teoría de Hobbes y lo trastocó. El era un burgués por excelencia, representante de las nuevas clases industriales y comerciales, que ya habían tomado bajo su control la economía inglesa y estaban tocando las puertas aún cerradas que obstaculizaban su acceso al poder. Bentham creía que el gran motor de la prosperidad era la iniciativa individual y la libertad de acción. Pero se enfrentaba a una sociedad en la cual las desigualdades antiguas y los remanentes del feudalismo, reforzaban la opresión de la aristocracia en el gobierno británico mediante municipios poderosos, la corrupción institucionalizada y una reducida base electoral. Al mismo tiempo, la creciente militancia de las masas trabajadoras representaban una amenaza a esa libertad de acción de los empresarios y a su habilidad de maximizar los beneficios.

Bentham diseñó una teoría psicológica para explicar lo que el Derecho debería ser y atacó la noción de Hobbes del Estado como Leviatán, para refutar su afirmación de que éste debería cambiar el Derecho. Su teoría psicológica se conoce como el utilitarismo.

“La Naturaleza ha puesto al hombre bajo el imperio del placer y del dolor. Les debemos nuestras ideas, referimos a ellos todos nuestros juicios y toda la determinación de nuestra vida. Aquél que pretenda separarse de esa sujeción no sabe lo que dice. Su único objeto es buscar el placer y evitar el dolor”.

De hecho, la teoría psicológica de Bentham es, en sí misma, muy parecida al jusnaturalismo de Hobbes,

aunque su noción de naturaleza humana difiera radicalmente de la de éste. Marx luego diría de Bentham:

“Para saber lo que es útil para un perro, uno debe estudiar su naturaleza. Esta en sí misma no puede deducirse del principio de utilidad. Aplicando esto al hombre, aquél que critique todos los actos, movimientos y relaciones humanas, por ese principio de utilidad, debe primero estudiar la naturaleza humana en general, y luego tal naturaleza, como es modificada en cada época histórica. Bentham pasa esto casi por alto. Con la más seca inocencia, toma al zapatero moderno, concretamente el inglés, como el hombre normal. Lo que es útil para este curioso hombre normal y para su mundo, es absolutamente útil. Esta medida la aplica luego al pasado, al presente y al futuro”.

Bentham entonces eleva esta teoría psicológica a una teoría de la legislación. El Estado y el Derecho deben proveer de subsistencia, para conseguir la abundancia, para alentar la igualdad y mantener la seguridad, pues sólo en esta estructura podrá el individuo ejercitar su iniciativa (*laissez faire*) individual y, de este modo, alcanzar las metas de su tendencia natural hacia el placer y alejarse del dolor.

Tal como lo hacen muchos hoy día, Bentham percibió en el Estado, el único instrumento que pudiera llevar a cabo, de inmediato, las reformas que propugnaba. Dado que proponía una legislación consciente, enfatizó la necesidad de un cambio en las normas jurídicas mediante la legislación más que mediante la creación jurisprudencial, intersticial y frecuentemente descoordinada. La fuente del derecho para Bentham no era, por tanto, de inspiración divina, sino la acción estatal mediante instituciones específicas: la legislatura y los jueces. Una teoría de la soberanía, que para Hobbes había sido la base para santificar el gobierno aristocrático, era ahora invocada para sancionar la legislación, cuyo propósito fue en última instancia destruir el control aristocrático de la sociedad. Una teoría de la soberanía, que para Hobbes había sido la base para santificar el gobierno aristocrático, era ahora invocada para sancionar la legislación, cuyo propósito fue en última instancia destruir el control aristocrático de la sociedad.

John Austin (1790-1859) tomó el concepto de soberanía expuesto por Bentham y nuevamente volteó la teoría primitiva. Definió al derecho como la regla puesta para que guíe a un ser inteligente por otro ser in-

teligente que tiene poder sobre él. De este modo, el derecho es concebido no como un asunto de moralidad, sino como un asunto de poder. Las reglas de derecho son normas de conducta humana, puestas por el soberano y sancionadas por él mismo. La tarea central del hombre de leyes será el determinar qué leyes han sido puestas por el superior político y no especular sobre lo que el derecho debe ser. Así, divorciando la teoría de la soberanía de Bentham de su teoría sobre la justicia, Austin convirtió lo que en Bentham tenía algo de revolucionario, en una teoría que dirigía la atención de los jueces a mantener el status quo. La actividad de los jueces y no la de los legisladores, se convirtió en el foco de atención. La acometida de Austin fue, por tanto, tendiente a separar al derecho de la 'corrupción' de los reformadores sociales y revolucionarios radicales, por igual.

La teoría de Austin se mantiene hoy en día, probablemente como la principal teoría jurídica del 'common law' fuera de los Estados Unidos. Aún en este país, sin embargo, la noción de que el derecho encuentra su fuente en el Estado y constituye la expresión central del poder del Estado, se mantiene como el tema principal de los escritos de los juristas modernos. Y lo es, porque indudablemente puede verificarse empíricamente que hay normas de conducta que son sancionadas por el ejercicio del poder del Estado y que el interés principal de los abogados y jueces es ese sistema normativo particular.

El crudo modelo legal de Austin ha sido refinado por la escuela positivista moderna, de la que Hans Kelsen y H. L. A. Hart son expositores prominentes. Sin embargo, ellos han retenido esa característica positivista esencial. El derecho es concebido teniendo esa cualidad de "derecho", no porque se ajuste a un patrón abstracto relacionado con los valores que expresa, sino debido a su carácter de manifestación de un órgano de cierto tipo, es decir, un órgano del Estado.

### **El movimiento realista**

Allí donde el Derecho Natural y las Escuelas Históricas dirigían la atención de los legisladores a un patrón autoritativo, el modelo austiniense niega que el juez pueda crear derecho —su única labor es descubrir la voluntad del legislador. Lo que el Derecho debería ser es una cuestión a la que los austinienses no le prestaron significativa atención. El resultado de esta corriente en el siglo XIX fue que la decisión judicial, en casos que trataban sobre asuntos le-

gales, tendía a ser un proceso sumamente conceptual de determinación de la exégesis y armonización de los textos de casos precedentes y leyes, y que en esta práctica la función legislativa (policy-making) de las cortes quedaba explícitamente negada. De este modo, todo el problema de la elección fue escondido debajo de la cama.

Oliver Wendell Holmes, entonces un abogado practicante en Boston, conmocionó al elegante mundo del austinianismo en la primera de una serie de conferencias que pronunció en Harvard en 1881, publicadas bajo el nombre de "El Common Law". Cardozo diría después que Holmes había sintetizado toda una filosofía del método legal en un fragmento de las frases iniciales de "El Common Law":

"La vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia. Las necesidades sentidas en una época, la moral imperante, las teorías políticas, las instituciones públicas admitidas o inconscientes, aún los prejuicios que los jueces comparten con sus contemporáneos tienen que hacer mucho más que el silogismo en la determinación de las reglas por las que el hombre debe gobernarse".

Decir que el Derecho ha sido influenciado por las necesidades sentidas de la época determinada, equivale a afirmar la posibilidad de elección. Afirmar la posibilidad de elección en la regla de Derecho, requiere que tal criterio pueda ser determinado. Negando la elección, los austinienses elegían de hecho. Porque negaron estar realizando elecciones, el único valor que sus elecciones conscientemente magnificaban fue frecuentemente, el de la elegancia y consistencia del Derecho. La filosofía de Holmes haría ver al legislador, no los antecedentes de la norma o sus interconexiones con el resto del sistema normativo, sino sus consecuencias en el orden social. Holmes nuevamente marcó el derrotero:

"Creo que los jueces mismos han fracasado en reconocer su labor de pesar las consideraciones de ventaja social. La labor es inevitable y el resultado de la frecuentemente proclamada aversión judicial a tratar con dichas consideraciones consiste en el fondo, simplemente, en dejar inarticulado y frecuentemente inconsciente el verdadero fondo y fundamento de la decisión judicial".

El estudio del problema de la elección en el Derecho, en términos de sus consecuencias sociales debe principiar con el estudio de cómo las normas pasadas

o presentes han afectado de hecho el modo de conducta de la gente. Karl Llewellyn dice:

“El fermento está más allá del Derecho. La esfera del interés se amplía; el hombre se empieza a interesar nuevamente en la vida que fluye alrededor de lo legal. Antes de ser reglas, eran hechos; en el Principio no era una Palabra sino un Hacer. Detrás de las decisiones están los jueces; éstos son hombres; como tales tienen trasfondos (backgrounds) humanos. Más allá de las normas están los efectos; más allá de las decisiones está la gente a quienes las normas y las decisiones afectan directa o indirectamente... Más allá de las normas se encuentran los efectos —¿Pero realmente lo están? ¿Son las normas meros papeles? Y sin son efectos ¿qué efectos? Rumores, conjeturas sin sostén o afirmación no verificada— ¿Puede confiarse en esto lo que el Derecho *está haciendo?*”

Aunque en la medida en que uno puede ver, los realistas legales estuvieron muy influenciados por la sociología moderna y su razonamiento, siguieron cauces algo diferentes al de los sociologistas; empezaron a considerar la diferencia entre norma y acción, entre las expectativas del rol y el desempeño del rol, o tal como Llewellyn, repetidamente lo llamó, el “derecho en acción” y el “derecho en los libros”.

La deuda hacia los positivistas era, sin embargo, explícita. Llewellyn, en el mismo artículo citado insistía entre el “divorcio temporario entre el Es y el Debe Ser para propósitos de estudio”. Uno no puede estudiar cabal y honestamente las expectativas del rol y el desempeño del rol, si en cualquier estado de la investigación, uno permite que su vista se nuble por la noción de lo que debe ser el caso. Sólo después que esta posición ha sido cuidadosamente apreciada puede uno avanzar y preguntar cuál debe ser el caso. El reconocimiento de la diferencia potencial entre el derecho en los libros y el derecho en acción implica necesariamente el reconocimiento que la norma puede ser cambiada con el fin de producir el tipo de actividad deseada. Hablar de la posibilidad de cambiar la norma es abrir ampliamente las posibilidades de elección. Esto es en cuanto a la función del Derecho, primariamente como instrumento de control social.

Pound, percibiendo esta función del Derecho, habló de éste como una forma de ingeniería social. El derecho, decía, es una herramienta que se ajusta a las de-

mandas del hombre en sociedad. Enfatizó la importancia de la investigación empírica, tal como lo hizo Llewellyn y los realistas (entre los cuales Pound negó tener un lugar, aunque a veces resulte difícil saber porque lo hacía). Reclamó que los valores encarnados en las normas jurídicas se ajustaran al cambio conjuntamente con las mareas del sentimiento público.

### El concepto del conflicto

Los positivistas divorciaron el “derecho tal como es” de un patrón autoritativo que tienda a prescribir lo que el derecho debe ser. Los realistas divorcian el “derecho tal como es” en los libros, de la expectativa sobre el ocupante del rol, hacia el cual la norma se dirige. En tanto que el ocupante del rol falle en alcanzar las metas fijadas para su posición o cumpla con la norma encarnada en la regla de Derecho surgen dos preguntas: ¿Qué clase de actividad deseamos del ocupante del rol? y ¿qué clase de regla producirá tal actividad?

La pregunta “¿Qué clase de actividad deseamos del ocupante del rol?” es engañosa. En la práctica no es la actividad que **nosotros** deseamos del ocupante del rol, sino la actividad que los legisladores del Estado desean de él. Su decisión sólo será la decisión de todos: a) en tanto haya efectivamente un set de valores común para todos nosotros; y b) en tanto que los legisladores no rechacen este consenso de valores por razones personales o idiosincráticas.

Como hemos visto, Pound creía aparentemente que había un solo set de valores que él llamó “postulados jurales” en la sociedad. Creía que el rol del legislador (policy-maker) demandaba que se analicen los pedidos y demandas formuladas al orden jurídico por la población; que se destilen de ellos los sets de valores que conllevaban prácticamente todas las demandas; y que luego se juzgue entre las demandas en conflicto en los términos de los postulados jurales. El juicio entre las demandas en conflicto era antes que nada un asunto de asignarles los números seriales para determinar el orden en que se debían otorgar. Los postulados jurales, se asumió, le dirían al legislador (policy-maker), cuál debería ser el orden serial.

¿Qué sucedería, sin embargo, si los pedidos y demandas formuladas al sistema legal no son subsumidas prontamente con un mismo set de postulados jurales? Supongamos que los valores de la sociedad no

son unitarios sino plurales. ¿Los valores de quién serán, entonces, los usados para determinar el orden serrial en que los pedidos y demandas serán satisfechas?

Un estudiante de Pound, Julius Stone, vio que el problema era real, al menos, en el mundo subdesarrollado, donde los conflictos entre los postulados jurales de varios órdenes dentro de las sociedades plurales post-coloniales era demasiado obvio para evadirlo. Sugirió que, en tales casos, el sistema jurídico de Pound no era el más apropiado.

Sin embargo, hay quienes argumentan que en toda sociedad y no sólo en aquellas del mundo subdesarrollado, hay conflictos de valores tan hondos y de proyección tan lejana, como los de África e India, aunque quizás, se encuentren mejor ocultos bajo un disfraz de vestidos, lenguajes y modas comunes. Si no existe consenso de valores, ¿cómo van los legisladores a determinar los postulados jurales que deben regir su producción de normas?

### **Valores y Estado**

Como hemos visto se dan dos respuestas contradictorias en la teoría política contemporánea. Una de ellas sostiene que la estructura política es en sí, neutral valorativamente, aún cuando la sociedad no lo sea. La otra, que el Estado, en sí mismo, es un arma de las clases dominantes o grupos de intereses en la sociedad.

Es un lugar común en la teoría política norteamericana de hoy, la creencia que mientras la sociedad está compuesta, sin duda alguna, por grupos de intereses con metas y valores contrapuestos, en provecho de todos se da el mantenimiento de una estructura política que permita que estos conflictos se solucionen mediante la negociación pacífica, reservando siempre el derecho de los grupos minoritarios de cambiar la ley mediante la persuasión pacífica y el disenso. De acuerdo con esto, el Estado es una amplia estructura neutral en la que la pugna, el debate y la negociación puede llevarse a cabo; Robert A. Dahl y Charles E. Lindblom llaman a estas actividades "procesos de poliarquía". Se sostiene que mientras, sin duda alguna, las leyes sustantivas específicas reflejan los intereses de grupos particulares, la estructura constitucional no refleja valores y representa los intereses del gobierno.

El problema con este punto de vista es que el Estado simplemente no puede ver valorativamente neu-

tral. En primer lugar, las actividades gubernamentales no se limitan tan sólo a la aplicación de reglas fijadas a los hechos, sino consisten en gran parte en el ejercicio de la discreción, en la creación (o no creación) de reglas (instituciones). Tales reglas son normativas; describen la conducta de las personas tal como debe ser. Cada afirmación normativa, como hemos podido ver, está cargada de valores.

En segundo lugar, los procesos por los cuales se realiza la negociación controlan el resultado en un grado sustancial. Idealmente, el congreso puede ser el lugar donde la negociación y el intercambio político puede tener lugar. El éxito de las diversas partes en esas negociaciones depende, sin embargo, en gran parte, de las reglas del juego dentro del Congreso. Si las reglas de "seniority", por ejemplo, ponen a los legisladores del conservador sur en los puestos de poder, la estructura legislativa no podría ser "neutral". La Constitución en sí misma, tampoco puede carecer de valores. Si prescribe, como efectivamente lo hace, un gobierno basado en "checks and balances", ese preciso mandato se convierte en un arma en manos de aquellos que se oponen a una creciente intervención del gobierno en la economía.

En tercer lugar, la misma naturaleza de la estructura gubernamental requiere que hayan ciertos costos en los procesos legales. No importa cuán neutral sea una Corte; toma tiempo y dinero el accionar sus mecanismos. No importa cuán justas puedan ser las elecciones, resulta muy caro ser candidato. Aquellos que se encuentran en mejor posición para invocar los procesos gubernamentales, estarán, por ese hecho, en inevitable ventaja. Dado que será de su interés el mantener esa ventaja, la relativa onerosidad de los procesos gubernamentales está en sí misma, cargada de valores.

Finalmente cada sistema de gobierno es de jure o de facto inclusivo para algunas personas y exclusivo para otras, en cuanto a participación política. Provisiones que determinan las calidades necesarias para la elección favorecen necesariamente a algunos y desfavorecen a otros. Cada provisión sobre ciudadanía puede ser restrictiva en mayor o menor grado. En el sur de los Estados Unidos, en sus grandes ciudades, el sistema por muchas generaciones ha excluido a los negros de cualquier participación efectiva en los procesos políticos —situación que recién hoy día está empezando lentamente a cambiar, como resultado primor-

dial de la presión desde fuera del sistema local. Cualesquiera sea la relativa neutralidad de la estructura del Estado con respecto a aquellos incluidos en el sistema, la estructura no es neutral con respecto a aquellos excluidos.

Si la sociedad no reposa sobre un consenso de valores, sino que está desgarrada por conflictos de valores entre los distintos grupos de intereses de una comunidad, y si el Estado no es una estructura carente de valores destinada a moderar y contener la pugna, entonces ¿qué modelo del Estado y del Derecho nos queda? El que concibe la sociedad constantemente en conflicto, con el Estado y su amplia maquinaria, creadora de mitos y símbolos para generar apoyo, aún de aquellos cuyos intereses se encuentran más marginados por su actividad y caracterizado, en último análisis, por su monopolio de los medios de violencia y coerción, que es en sí mismo, el arma principal y el más importante premio de esta lucha.

En esta visión, el Estado puede gobernar por coerción, "poder", sólo si tiene los recursos para ello. Usualmente no los tiene. Por lo tanto, debe gobernar con un mínimo de aceptación, si no hay apoyo activo de los gobernados. Tal aceptación sólo puede ser expresada si los gobernados creen que el Estado actúa con el fin de alcanzar sus sets de valores. En lenguaje de Weber, el Estado debe ser considerado legítimo por los gobernados.

Los procesos del Estado, sus costos, sus sistemas de inclusión y exclusión, sus éxitos en la legitimación de los gobernantes —son todos factores frecuentemente cruciales en la determinación del grupo de interés particular que controla al Estado. El Estado, no es por tanto desde este punto de vista, neutral valorativamente; es siempre un arma en manos de quien lo controla.

Esta visión fue poderosamente estimulada por los trabajos de Karl Marx. En la teoría marxista (tal como es expuesta principalmente por Engels y Lenin) el Estado consiste en las instituciones de coerción: la policía, el ejército, las prisiones. Estas son las principales armas en manos de las clases dominantes. El derecho, que descansa finalmente sobre el monopolio estatal de la violencia o instrumentos de coerción, representa por tanto la voluntad de las clases dominantes; en términos más modernos diremos que encarna los valores de la clase dominante. Esta perspectiva considera la sociedad en términos de un agu-

do conflicto entre clases antagónicas cada una con su propio set de valores y el Estado como un arma en manos de la clase que lo controla.

## A MODO DE CONCLUSION

De las investigaciones antropológicas en las sociedades primitivas y las implicaciones filosóficas del Derecho, hemos heredado un conjunto de creencias acerca de los sistemas legales, que pueden ser descritos como mitos. Estas creencias han tomado la perspectiva del "derecho natural" en jusfilosofía (teoría jurídica), de "consenso de valores" en las ciencias sociales y de "interés público" en la cultura. La visión popular es que (1) el derecho representa los valores de la sociedad; (2) si no representa los valores de todos, al menos expresa el mejor denominador común de la sociedad y opera a través de una estructura gubernamental valorativamente neutral, que es, en última instancia controlada por la elección (voluntad) del pueblo; y (3) en último término, el Derecho sirve los mejores intereses de la sociedad.

Es fácil mantener un mito como éste, dado que las operaciones diarias del sistema legal, tal como realmente se llevan a cabo, no son observadas. Cuando todos estos eventos que constituyen el derecho en acción son examinados y puestos en conjunto para representar el sistema legal como una institución dinámica viviente, el carácter mítico de estas creencias deviene aparente. Sugerir que el Derecho representa el consenso de valores en una sociedad pluralista, estratificada, equivale a asumir que el único consenso que en realidad importa, es el de aquellos cuyos puntos de vista e intereses están representados por los legisladores. Es, como hemos demostrado, a todas luces absurdo, argumentar que el Derecho pueda alguna vez representar los puntos de vista de todos, en las sociedades estratificadas, dado que los patrones de vida de los distintos estratos difieren tan marcadamente que los sistemas de valores, correspondientemente deben diferir. Sistemas de valores en conflicto o en competencia por su propia naturaleza no pueden coexistir en un sistema de normas que se esfuerza para mantener alguna apariencia de consistencia lógica.

Es, sin embargo, lógicamente posible para el gobierno y el sistema legal, como su principal intérprete de normas, actuar como una fuerza neutral generando soluciones razonadas al conflicto. Pero la lógica no determina el perfil de los sistemas legales más de

lo que determina el perfil de la historia. La realidad de la desigualdad del poder y del control de recursos, el proceso selectivo por el cual las personas son promovidas de aprendices a la toma de decisiones, el criterio por el cual el éxito es juzgado por quienes tienen el poder de tomar decisiones, todos estos factores convergen para influenciar a los hombres que ocupan posiciones decisorias en el sistema legal y juntos determinan el rendimiento del sistema. Ellos hacen inevitable que el sistema legal no opere como un campo neutral de valores en que los conflictos son resueltos de acuerdo a los principios de justicia y equidad. Ellos crean las condiciones bajo las cuales los conflictos serán resueltos en favor de quienes controlan los recursos del sistema. Si la justicia o la equidad son ejercitados, deberá considerarse como mera coincidencia.

El examen del derecho en acción también licencia la cómoda idea de que el derecho representa al "interés público". Uno puede por supuesto, definir este concepto como la mantención del sistema existente de poder y privilegio. En tal caso, sería una tautología que el derecho representa tal interés. El derecho representa, como hemos probado, los intereses de quienes detentan el poder. Pero si los intereses de la sociedad son concebidos más ampliamente (como lo son usualmente, implícita, si no explícitamente por aquellos que argumentan que el derecho sirve al interés público) entonces, ellos no son servidos por el Derecho en la práctica. Los intereses de los desposeídos en una sociedad estratificada no son servidos por un sistema en el cual la vivienda, el cuidado médico y la protección legal adecuadas son funciones precisamente del hecho de ser desposeído.

En los Estados Unidos se argumenta frecuentemente que tener "libertad" es vivir en un sistema que le permite a un grupo obtener ventajas a expensas de otro. Mantener el sistema legal existente requiere de una elección. En este argumento, tal elección se realiza entre mantener un sistema legal que sirve de soporte al sistema económico existente con su estructura de poder y desarrollar un sistema legal igualitario acompañado por la pérdida de la "libertad personal". Pero la vieja pregunta vuelve a molestarnos: libertad ¿para quién?

¿Es libre el negro que viene a ser la fuente de casos para los trabajadores del servicio de bienestar social, los hospitales mentales y las prisiones? ¿Son

libres los habitantes de los tugurios, arrestados cada noche por embriaguez, vagancia o por ser simplemente sospechosos? La libertad protegida por el orden jurídico es la de aquellos que pueden pagarla.

El derecho sirve **SUS** intereses, pero ellos no son "la sociedad"; son tan sólo una parte de ella. Pueden, en algunas sociedades complejas, ser incluso mayoría (aunque esto es muy raro), pero el mito que el Derecho sirve los intereses de "la sociedad" distorsiona los hechos.

Hemos mostrado con ejemplos y con estudios que las sociedades complejas y estratificadas son inevitablemente pluralistas. Como tal, el Derecho siempre representará los intereses de un grupo contra los intereses de otros. Hemos argumentado que aún en aquellos delitos (offenses) sobre los cuales hay un consenso superficial (homicidio, violación, robo), no son tan unánimemente vistos como erróneos o delictivos, si se raspa la superficie de esta caricatura abstracta.

Además de refutar el mito que el derecho se fundamenta en el consenso de valores, el estudio empírico del derecho en acción, nos plantea muy claramente el hecho que el Estado es difícilmente una arena valorativamente neutral (value-neutral) en la cual estos conflictos se desarrollan y solucionan "para el bien de todos". Más bien, estos estudios han demostrado que el fondo de los intereses en conflicto es tal que el derecho viene a representar a los grupos de poder en pugna.

La teoría que hemos propuesto como una alternativa al modelo del consenso de valores, está fuertemente influenciada por el modelo conflictual de la sociedad. Pensamos que la evidencia presentada es la mejor defensa posible para adoptar esta perspectiva. La noción básica derivada de este modelo es que la sociedad está compuesta de grupos en conflicto y que el derecho representa una herramienta institucionalizada de aquellos en el poder, cuya función es la de proveerlos de una moral superior, así como de un poder coercitivo en el conflicto. Como hemos visto, sin embargo, esta proposición general no es suficiente para darnos una explicación global del orden legal. Hemos adicionado a esta premisa cierta cantidad de proposiciones complementarias acerca de la naturaleza del conflicto en sociedades estratificadas y la relación del Derecho con este conflicto. Asimismo hemos añadido a esta perspectiva el elemento críticamente importante del carácter burocrático del sistema legal, un ele-

mento que en sí y de sí garantiza que el orden legal tomará un perfil y un carácter en la desavenencia (variance) con lo que pudiera ser si el derecho reflejara el "interés público".

El hombre occidental dondequiera, todavía se baña en el brillo de la "Ilustración". Cree en un mundo racional, una sociedad controlada y controlable por seres humanos bien intencionados, tomando opciones racionales para el mejoramiento de la condición humana. Tensiones, disfunciones, violencia, pobreza, guerra pueden ser resueltos mediante un esfuerzo racional de hombres de buena voluntad ocupándose vanamente con la maquinaria social para arreglar el sistema.

Es una creencia desafiada por los titulares de los diarios. Guerra, desórdenes, tensiones raciales, pobreza, alienación —todo ello habla de problemas tan hondos y profundos como para despejar cualquier duda sobre las creencias heredadas de la ilustración. La bondad y perfectibilidad heredada del hombre está en plena discusión.

El mito está siendo desafiado por los hechos. Lo que **Debe ser** se confronta con lo que **Es**. La discrepancia entre lo ideal y la realidad del mundo moderno, socava el ideal.

La perspectiva realista en el derecho sugiere un modo de estudiar esta discrepancia, en su punto más neurálgico, el derecho y el Estado. El pedido de los realistas que confrontemos el derecho en los libros con el derecho en acción nos urge a salir de las bibliotecas, a apartarnos de las razonadas opiniones de los jueces de apelación para descubrir qué está sucediendo "allá afuera".

La evidencia empírica del derecho en acción desafía al familiar mapa normativo. Las legislaturas aprueban leyes que responden a las presiones de los grupos de intereses y las promesas particularistas de los legisladores, que son perfilados y confinados por los procesos dentro de los cuales operan. Los jueces de apelación deciden litigios sobre la base de premisas inarticuladas y fallan por tanto, en la racional toma de decisiones, principalmente debido a que las normas de la toma de decisiones son disfuncionales para la real agenda con la que se enfrentan hoy. La policía, los fiscales, los instructores en las cortes y los jueces de primera instancia, en un mayor grado que los jueces de apelación, están sujetos a presiones burocráticas que los llevan a ejercitar la discreción que poseen, bajo las normas que definen

sus respectivas posiciones, en formas a menudo ilegales, para conformarse con los imperativos de esas presiones.

Lejos de ser un tragamonedas que se alimenta de hechos y reglas, y produce decisiones de acuerdo a ellas, el proceso legal total, tanto como puede demostrarlo nuestro examen, está basado en el ejercicio de las discreción, a veces de acuerdo con la ley, otras contrario a ellas en tanto se entienden nominalmente, pero hecho inevitable a pesar de la disfunción entre las normas y las decisiones cuestionadas, y a veces en abierta discrepancia con el derecho.

La discreción y la conducta ilegal de algunos de los que aparecen en los reductos de poder, parecen ser controladas no por el interés público, la obediencia a las normas o la racionalidad, sino por los intereses personales, las presiones de los grupos de intereses y la irracionalidad.

¿Cómo explicar o comprender estas oscuras fuerzas que parecen tan impenetrables al control racional?

¿Cómo controlar aquello que parece irracional, sino por la coerción lisa y llana? ¿Cuándo aquellos que deben ser controlados tienen el monopolio de los medios de violencia?

La primera señal de comprensión que sugerimos, es entender que pueden haber regularidades observables en la conducta social sujeta al estudio y al análisis. El legado del hombre racional que hemos heredado de la Ilustración asume que el hombre **en masse** es sólo una suma de individuos que forman la muchedumbre y, que el individuo es racional y se le puede apelar para que retorne a un terreno más racional. La enseñanza central de las ciencias sociales de hoy es que este legado es falso. Los procesos sociales operan precisamente porque cada individuo tiende a actuar como un individuo. Multiplicada miles de veces, esta actividad individual, a pesar de ser racional como microfenómeno, se convierte frecuentemente en irracional como macrofenómeno. El hombre en sociedad puede y actúa, de hecho, racionalmente a veces. Puede controlar su medio ambiente. Pero sólo puede hacerlo reconociendo que el hombre en sociedad actúa en líneas determinadas por las fuerzas que estructuran su campo de acción y determinan sus actividades, de modo análogo a la estructuración del campo de acción que determina el movimiento de objetos inanimados.

Las ciencias sociales actuales han desarrollado un número de proposiciones de nivel medio que expresan nuestro conocimiento presente de estas fuerzas. Si vamos a tratar de controlar y domesticar las oscuras fuerzas de la irracionalidad que parecen desafiar el ideal de la Ilustración, y hasta que no tengamos más precisas afirmaciones acerca del modo como operan las fuerzas sociales, debemos aceptarlas. Las burocracias actúan de modo de maximizar los resultados y de minimizar las tensiones para las organizaciones y sus miembros. Los ricos y poderosos tienen mayor habilidad para hacerlo que ciertas organizaciones gubernamentales. Tal como debe fracasar un ingeniero que trata de diseñar un avión sin tomar en consideración las leyes de la física, así también fracasará un abogado que trata de diseñar una estructura legal sin tomar en cuenta las leyes de las ciencias sociales. La libertad es el reconocimiento de la necesidad; no somos libres si ignoramos las fuerzas operativas en el mundo real.

Estas fuerzas nos explican por qué las instituciones legales se comportan como lo hacen. En una sociedad desgarrada por el conflicto, los elementos conflictivos formulan demandas sobre los burócratas y autoridades que ocupan las diversas posiciones en la jerarquía estatal. Estas demandas en su totalidad consisten en que las varias autoridades actúen de forma que favorezcan a quienes formulan las demandas y necesariamente desfavorezcan a otros.

Las autoridades estructuradas en una sociedad burocrática responderán a las demandas de los ricos y poderosos, a menos que haya una ideología que los prohíba, sanciones para desalentarlo y control sobre el penetrante poder de discreción. La estructura estatal y su sistema normativo, el derecho, normalmente se convierten en un sistema que es efectivamente un instrumento de poder y privilegio.

Dada una sociedad con intereses conflictivos, ¿qué variables pueden ser cambiadas para cambiar el sistema y alcanzar el gobierno racional de la leyenda de la Ilustración? A corto plazo, quizá el mejoramiento dependa del control de la discreción. Existen pocas dudas de que la muy amplia discreción que hoy existe en todos los niveles del gobierno pueda ser reducida. El **Ombudsman** y los lineamientos políticos declarados, por ejemplo, ofrecen alguna esperanza que la discreción policial puede ser controlada hasta cierto punto. A largo plazo, la ideología de las autoridades puede ser cambiada para prepararlos a resis-

tir las fuerzas que los inducen a sustituir con las metas no oficiales y la conducta desviada, las metas oficiales y la conformidad a las normas puestas para su guía. La sustitución del modo realista de justificación de las decisiones judiciales por el estilo formal, por ejemplo, en los procesos de la decisión judicial ha tendido a reducir la influencia de sets de valores judiciales descarnados.

Puede dudarse, sin embargo, si una sociedad agudamente dividida en quienes tienen y quienes no tienen puede alguna vez alcanzar completamente el ideal de neutralidad de los procesos legales. En primer lugar, las reformas deben provenir de los agentes legisladores que ya están sujetos a los intereses de aquellos que son económica y políticamente poderosos. Uno puede en justicia cuestionar si estos hombres se reformarán alguna vez. En segundo lugar, como hemos visto, discreción de algún tipo es parte inevitable de cualquier sistema legislado y encargado de hacer cumplir las leyes; no importa cuán específicas sean las normas y las sanciones, siempre hay todavía algún lugar para elección. Dada una sociedad en conflicto, tal elección está inevitablemente desviada en algún grado por las configuraciones de poder en la sociedad. En tercer lugar, ya que es el tejido de la vida, que moldea nuestras conciencias, resulta difícil creer que una sociedad en conflicto pueda alguna vez desarrollar élites gobernantes no imbuidas en los valores de los muy ricos y poderosos cuyas presiones distorsionarán las metas oficiales de las instituciones legales.

La justicia en la práctica, no en teoría, depende de la legislación y de los órganos de aplicación de la ley. Cómo ejerciten éstas su discreción depende de quién las controle.

Esa es la cuestión política. A primera vista la justicia y la operación de los procesos legales es una cuestión política. En último análisis, el control sobre la maquinaria estatal determina el funcionamiento de las instituciones del proceso legal. El derecho y sus instituciones es la más importante fuerza modeladora de la estructura social. Su funcionamiento determina la naturaleza de la economía, la apertura de la sociedad, y la oportunidad para la movilidad, la distribución del privilegio y el poder, la misma calidad de la vida. Inevitablemente en una sociedad estratificada, donde el control sobre el proceso legal está en manos del grupo dominante, el funcionamiento de

las instituciones legales tenderá a modelar la sociedad de acuerdo a los intereses del grupo dominante.

La actual situación puede, sin embargo, ser enormemente mejorada aunque no puede serlo viendo al derecho como variante de una ciencia libresca. El derecho es una ciencia social, un tipo muy general de ciencia social, pero sin embargo una forma de ciencia social. Su foco de interés es la conducta, no las reglas. Ellas son meros medios de determinar la conducta. No pueden ser formuladas, ni las reformas planeadas, la discreción reducida, las sanciones me-

juradas, el reclutamiento y socialización de las autoridades cambiados, o alguno de los muchos cambios en el orden legal realizados, para asegurar que el gobierno representa a "todos nosotros" (tanto como sea posible en una sociedad pluralista), a menos que dejemos de mirar miopemente al derecho en los libros y repitiendo inconscientemente el santo y seña del consenso de valores que se enseña a los niños en la escuela. Debemos ver el derecho en acción, si vamos a empezar a hacer que los hechos sociales se conformen al mito de la democracia.