



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Cáceres Nieto, Enrique  
Institucionalismo jurídico y constructivismo social  
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXIV, núm. 100, enero - abril, 2001, pp. 9-45  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# INSTITUCIONALISMO JURÍDICO Y CONSTRUCTIVISMO SOCIAL

Enrique CÁCERES NIETO\*

**RESUMEN:** La tesis central de este trabajo es que el derecho, entendido como sistema de proposiciones primordialmente prescriptivas, constituye (al igual que la ética) una variable necesaria, pero no suficiente para modelar la realidad social. Concibiendo al derecho como un fenómeno comunicativo, es posible entender que vive no en las leyes, sino en los procesos psicosociales que tienen lugar en la sociedad civil y en las instituciones públicas. Además del derecho, el modelado de la realidad social requiere de un trabajo interdisciplinario que abarca entre otras posibles disciplinas a la ingeniería de procesos, la psicología institucional, la estadística, técnicas de calidad total, estadística y análisis económico del derecho, entre otras.

**ABSTRACT:** *The central argument of this essay states that the law, understood as a system of propositions that are essentially prescriptive, is (just like moral norms) a necessary but not sufficient variable to shape social reality. It is by considering the law as a communicative phenomenon that it is possible to understand that it “lives” not in statute laws themselves, but in psycho-social processes that take place in civil society and in public institutions. Besides the law, the shaping of social reality requires an interdisciplinary work that includes, amongst other disciplines, engineering of processes, institutional psychology, statistics, techniques of “total quality”, and economic analysis of the law.*

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

A José MELLADO, con afecto

SUMARIO: I. *Cuestiones preliminares*. II. *Postulados teóricos*. III. *Derecho, organismos públicos (institución) y construcción de la realidad social*. IV. *Las instituciones públicas como subsistema social*. V. *El subsistema de las instituciones públicas y el subsistema de la sociedad civil como elementos integrantes del sistema estatal*. VI. *La construcción de la realidad social mediante la correcta definición de las acciones de las instituciones públicas (explorando el cambio)*. VII. *Técnica, tecnología e interacción social: las herramientas del constructivismo jurídico institucional*. VIII. *Conclusiones*.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### 1. *Ética, derecho y cambio social*

Una de las aspiraciones más viejas del hombre es la modificación del comportamiento social para obtener “un mundo mejor”. Muchos han sido los medios probados a lo largo de la historia para alcanzar tan anhelado fin y muchas las manipulaciones y atrocidades cometidas con su amparo.

Entre las formas pacíficas para obtener el cambio social, la ética y el derecho ocupan, sin lugar a dudas, un lugar preponderante.

Respecto de la primera, y a pesar de sus notorias diferencias, las diversas escuelas de ética normativa tienen en común constituir discursos que postulan un conjunto de reglas o patrones de conducta formuladas o formulables de manera abstracta mediante enunciados prescriptivos de textura semántica abierta. En otras palabras, son tan generales que sirven para justificar conductas contradictorias. Por citar un caso concreto, tomemos la expresión ‘justicia’ y sus definiciones clásicas: “dar a cada quien lo suyo”, o “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Imaginemos un país en donde la discriminación racial se consagra oficialmente y su derecho contiene una disposición que establece: “a todos los negros mayores

de 18 años que hayan faltado a sus labores, se les sancionará con cinco golpes de látigo”. Supongamos que en una ocasión un negro de 25 años falta a una de sus duras jornadas en el campo; siendo congruentes con las referidas definiciones, tendríamos que admitir que ha sido injusto que el evasor no haya recibido los latigazos que le correspondían, pues ello significa que no se le dio lo suyo o no se le trató igual respecto a sus iguales. Sin embargo, la misma conducta puede ser calificada de justa si el punto de vista considerado estriba en que no es “lo suyo” de ningún hombre ser castigado físicamente por haber faltado a su trabajo.

Contrariamente a lo que pudiera suponerse, el discurso ético no queda en el ámbito de la academia, pues suele trascender al mundo de la acción cuando se intercala en contextos políticos o ideológicos que aprovechan la carga emotiva de sus expresiones para convertirlo en un vehículo sumamente poderoso para la manipulación social y justificación de acciones políticas. Desde supuestos maniqueistas, el discurso ético puede convertirse en un arma arrojadiza entre contendientes por el poder, cada uno de los cuales se autoproclama “el bueno”. Como puede verse, las prescripciones del discurso ético poco pueden hacer por sí mismas como instrumentos para modelar la realidad social.

En contraste con el ético, el discurso jurídico define de manera mucho más específica y completa las pautas de conducta tendentes a modelar el comportamiento social. No obstante, por sí solo, tampoco puede alcanzar sus objetivos. Uno de los principales vicios en que suele incurrir el pensamiento jurídico consiste en tomar al discurso del derecho positivo por la realidad misma. Como juristas, tenemos el reflejo natural de suponer que si algún aspecto de la realidad social no funciona adecuadamente, se puede resolver modificando la legislación vigente o creando una nueva; así, si los índices de criminalidad han aumentado, un jurista intentará disminuirlos incrementando las penas previstas en el código correspondiente. Si no suponemos manipulaciones perversas del derecho con fines demagógicos, tenemos que admitir nuestra incapacidad para aprender que las meras modificaciones discursivas en los textos de derecho positivo son insuficientes para generar o modificar

la realidad social, en tanto no se cambien aspectos diversos a los estrictamente normativos como pueden ser la funcionalidad de las instituciones, la capacitación de los cuerpos policiacos, la modificación de los factores socioeconómicos que inducen a delinquir, etcétera. Esto nos lleva a concluir que el mero discurso jurídico, al igual que el ético, puede constituir una variable necesaria en los procesos de producción de la realidad social, pero no suficiente.

Lo que expondré en este ensayo tiene relación con los discursos ético y jurídico, especialmente con el papel que juegan junto con muchos otros fenómenos en la construcción de la realidad social.

Mi tesis principal es que tanto el discurso ético, como el jurídico sólo pueden incidir en la realidad social en tanto sean constitutivos de esquemas conceptuales<sup>1</sup> o representacionales del mundo, con base en los cuales se realicen determinados tipos de conducta comunicativa dentro de una matriz más amplia. Me interesa subrayar que el mundo en el que el derecho cobra vida no es el de los fríos y estáticos códigos, libros de doctrina o jurisprudencia, sino el de los procesos comunicativos que se realizan a partir de ellos y que cobran poder de configuración en la interacción entre instituciones públicas y sociedad civil.

La versión de constructivismo que me interesa presentar no se limita a sostener que la realidad social es un producto derivado de la interacción de los miembros de una colectividad, sino además, que en alguna medida puede ser modelada a través de una cierta ingeniería institucional derivada de una coordinación interdisciplinaria entre diferentes dominios de conocimiento.

En buena medida, este trabajo constituye un primer intento de teorizar sobre la experiencia del autor en investigaciones realizadas

<sup>1</sup> El término 'esquema conceptual' es empleado en este trabajo en el sentido de *Weltanschauung* o visión particular del mundo. A ella se refiere Checkland en los siguientes términos: "Ya sea que nos demos cuenta o no de ello, nosotros observamos a los datos en bruto vía un marco mental, o visión del mundo. Si nosotros observamos una votación, vemos a la gente votar; no vemos 'equis que se hace en hojas de papel' sino 'seres humanos tomando parte en el proceso democrático'. Nosotros atribuimos un *significado* a la actividad observada cuando relacionamos a ésta con una imagen más grande que nuestra mente proporciona. La actividad observada sólo tiene significado para nosotros, de hecho, en términos de una imagen particular del mundo o *Weltanschauung*, que en general damos por hecha". Cfr. Checkland, Peter, *Pensamiento de sistemas, práctica de sistemas*, México, Noriega Editores, 1993, p. 244.

en el interior de instituciones públicas, tales como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Secretaría de Turismo y la Procuraduría General de la República. Los detalles metodológicos los expondré en un trabajo futuro de carácter menos abstracto que el presente.

## 2. *Ciencia, tecnología y humanismo*

Se ha convertido en un lugar común entre quienes se autoproclaman como humanistas acusar a la ciencia y a la tecnología de contribuir a la “deshumanización del hombre”. Aunque en ningún momento supongo mala intención de quienes suscriben esta tesis, si me parece que emiten una afirmación simplista si partimos del supuesto de que tanto las expresiones ‘ciencia’ como ‘tecnología’ denotan conjuntos de métodos y conocimientos objetivos sistematizados, de los que no puede predicarse responsabilidad alguna, pues ‘responsabilidad’ se utiliza para calificar el estatuto derivado de las conductas realizadas o que realizarán ciertos sujetos. De esto se sigue que, en todo caso, el problema radica en quienes hacen uso de esos conocimientos y no en los conocimientos y métodos en sí. No podemos olvidar que si bien es cierto que los avances de la física han permitido construir bombas atómicas, también han hecho posible la medicina nuclear.

Dejar clara mi postura al respecto es importante, pues en este trabajo asumo que el derecho de los textos sólo puede cumplir una función en el modelado de la realidad social si forma parte de los insumos cognitivos que son procesados por los miembros de una comunidad y se incorporan en las representaciones desde las cuales comprenden el mundo y se conducen en él mediante acciones e interacciones comunicativas.<sup>2</sup> Con base en lo anterior, asumo que las instituciones públicas constituyen ámbitos privilegiados desde los que el derecho despliega su principal función constructivista mediante las acciones e interacciones comunicativas

<sup>2</sup> El presente trabajo constituye una continuación de la línea de investigación adoptada en un trabajo precedente; véase Cáceres Nieto, Enrique, “Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa”, *Crítica Jurídica*, México, UNAM, 1995.

de los servidores públicos. Asimismo, sostengo que el adecuado modelado del funcionamiento de las instituciones es un presupuesto imprescindible para que ellas puedan incidir adecuadamente en el modelado de la realidad social. Al igual que acontece con la realidad social en general, el discurso jurídico es insuficiente: se requiere de una “ingeniería institucional” con carácter interdisciplinario que determine el funcionamiento de las *instituciones*, basada, precisamente en conocimientos técnicos y en la tecnología. En este trabajo me referiré a la forma en que la teoría analítica jurídica, la ingeniería de procesos aplicada al diseño de procesos jurídicos, la informática jurídica y la psicología institucional pueden contribuir a configurar dicha ingeniería.

## II. POSTULADOS TEÓRICOS

### 1. *Realidad social*

Haciendo uso de mi derecho a la estipulación lingüística entenderé por ‘realidad social’ al sistema de creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas compartidos por los miembros de una comunidad dada.

A partir de esta definición y de un simple repaso de las realidades sociales históricas se pone de relieve que mientras ha habido una permanencia de los procesos psicosociales que intervienen en la generación de la realidad (creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas organizadas sistémicamente y compartidas socialmente) no ha sucedido lo mismo con los contenidos.<sup>3</sup> Dicho de otra manera, la variabilidad histórica de la realidad social radica únicamente en la información procesada en cada periodo. Conforme con esto puede decirse que tanto en la realidad de los mexicanos como en la de los nazis encontramos de modo común un sistema de creencias, pensamientos, represen-

<sup>3</sup> Esta postura presupone considerar al cerebro como un procesador de información y en ese sentido se ubica dentro de las corrientes que explican el funcionamiento de la mente humana por analogía con las computadoras. Al respecto, véase Jáuregui, José Antonio, *El ordenador cerebral*, Barcelona, Labor, 1990.

taciones, sentimientos, actitudes y conductas compartidos, aunque los contenidos correspondientes a cada realidad y los comportamientos sociales desencadenados a partir de las mismas sean diferentes. Mientras en un caso, el dios Huitzilopochtli manifiesta su voluntad señalando como vencedor de la guerra a quien logre quemar el templo de su enemigo, en el otro se propinan crueles sufrimientos a los miembros de una raza “inferior”.

## 2. *Sobre la formación de la realidad social*<sup>4</sup>

Considero que un modelo plausible sobre la forma en que la realidad social es construida, puede expresarse de la siguiente manera. Decimos que una realidad social ha tenido lugar para un grupo social cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

- a) Existe un grupo “G” de individuos históricamente determinado.
- b) Los miembros de “G” han llegado a un mundo cultural prefabricado “M” que constituye la matriz que da sentido a los procesos de interacción comunicativa “C” que entre ellos tiene lugar.
- c) Los miembros de “G” tienen en común un sistema cognitivo “S” integrado por diversos subsistemas representacionales tales como el visual, auditivo, olfativo-gustativo y kinestésico.
- d) Al ocurrir “C” entre los miembros de “G”, significan y estructuran su experiencia de modo semejante por el funcionamiento de “S” y el hecho de compartir “M”.

De los elementos enunciados considero oportuno definir con mayor precisión el concepto de comunicación.

<sup>4</sup> Para quien desee profundizar en la concepción de la realidad social como un producto social, se recomienda Berger, Peter y Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zulieta, Buenos Aires, Amorrortu, 1968. Asimismo, véase Searle, John, *The construction of social reality*, England, Penguin, 1995.



### 3. *Realidad social y comunicación*<sup>5</sup>

Aquí entenderé la palabra ‘comunicación’ en un sentido más amplio que el habitual, *i. e.* no denotaré solamente a la digital,<sup>6</sup> verbal o lingüística, sino también a la analógica que es la que acontece a nivel no consciente y de la que pueden citarse como ejemplos: la paralingüística, la kinestésica y la proxémica. Considero que esta precisión es importante porque permite comprender que buena parte de nuestra realidad se genera de manera imperceptible en la conciencia mediante la activación de “S” en contextos complejos en los que la comunicación tiene lugar mediante la intervención de diferentes “canales” que actúan en paralelo. Por ejemplo, el que una chica mexicana haya incluido dentro de su realidad haber tenido la tradicional fiesta de quince años implica un sistema simbólico complejo que incluye desde el tipo de indumentaria que usó, el salón en que se realizó la fiesta, el baile del vals, el hecho de haber tenido un padrino que hiciera su presentación, etcétera; algo similar a lo que ocurre con los ritos iniciáticos que en otros entornos culturales hacen que un muchacho deje de contar en la realidad de la tribu como un simple adolescente para convertirse en un nuevo guerrero.

De la comunicación digital hay que considerar las modalidades escrita y oral como fenómenos comunicativos que cumplen funciones semejantes en los procesos de creación de la realidad, pero con alcances muy diferentes.

En el presente trabajo entenderé que un discurso cumple una función constitutiva cuando tiene un efecto configurante en los esquemas representacionales del receptor. Estrictamente hablando,

<sup>5</sup> *Idem.* También Cáceres, *op. cit.*, nota 2, pp 34-36. Asimismo, véase Ricci Bitti, Pio y Zani, Bruna, *La comunicación como proceso social*, trad. de Manuel Arbolí, México, Conaculta-Grijalbo, 1983.

<sup>6</sup> Para la definición de las expresiones ‘comunicación analógica’ y ‘comunicación digital’ *cfr.* Bandler, Richard y Grinder, John, *La estructura de la magia*, 8a. ed., Chile, Editorial Cuatro Vientos, 1996, t. I, p. 213. En el glosario de dicha obra se define: “Digital: adjetivo que describe cualquier proceso que es directo en la naturaleza. La forma más conocida de comunicación digital es el lenguaje”; “Analógico: adjetivo que describe cualquier proceso que es continuo en la naturaleza. Las dos formas más conocidas de comunicación analógica son la expresión corporal y el tono de voz”.

la función constitutiva tiene lugar en todo proceso comunicativo y se manifiesta a través de diferentes subfunciones.

### A. *Subfunción metafísica*<sup>7</sup>

Diré que en un proceso de comunicación tiene lugar una subfunción metafísica cuando por virtud del mismo se configura una representación lógicamente posible (con sentido) pero que no puede ser convalidada como verdadera por confrontación con el mundo empírico; por ejemplo el discurso expuesto en la *Summa Teológica* de Tomás de Aquino (modalidad escrita), un mito o una leyenda (modalidad oral).

### B. *Subfunción performativa*<sup>8</sup>

Una variante relevante del efecto constitutivo tiene lugar cuando por medio del lenguaje se generan alteraciones en las concepciones existentes sobre algún aspecto del mundo a nivel de la pragmática. A esta le denominaremos subfunción performativa y tiene lugar, por ejemplo, cuando en una ceremonia nupcial el juez emite las palabras “os declaro marido y mujer” o cuando estampa su firma en un documento que contiene la declaración de culpabilidad de un individuo. En ambos casos, al realizarse una acción ya sea verbal o escrita, se genera un cambio en la realidad externa. En el primer supuesto, al decir “os declaro marido y mujer” efectivamente se declara marido y mujer y con ello se convierte en cónyuges a quienes justo antes de esa proferencia eran simplemente

<sup>7</sup> Véase Wisdom, John, “Filosofía, metafísica y psicoanálisis”, en Muguerza, Javier (comp.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 420-454. El sentido asignado a ‘metafísica’ en este trabajo es el mismo atribuido por Rudolf Carnap: “todo enunciado que pretende presentar un conocimiento sobre algo situado por encima o más allá de toda experiencia”. Cfr. Carnap, Rudolf, “Filosofía y sintaxis lógica”, en Muguerza, Javier, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 297.

<sup>8</sup> El concepto de performatividad lingüística se lo debemos a Austin. Véase Austin, John, *Palabras y acciones ¿cómo hacer cosas con las palabras?*, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Buenos Aires, Amorrortu, 1971. Del mismo autor y sobre el mismo tema véase en Urmson y Warnock (comp.), *Emisiones realizativas, ensayos filosóficos*, trad. de Alfonso García Suárez, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.

te novios; en el segundo, al estamparse la firma se está declarando culpable a alguien con independencia de lo que en la realidad empírica haya acontecido, *i. e.* sólo en atención a la información disponible tanto en los argumentos esgrimidos como en las evidencias presentadas. En síntesis, por virtud de esta función, al decir algo en el contexto adecuado y por el sujeto adecuado opera un cambio en el mundo, de la misma manera que sucede cuando al decir “te juro que...” efectivamente estoy jurando y no describiendo que juro o diciendo que debo jurar.

### C. *Subfunción descriptiva*<sup>9</sup>

Una tercera subfunción es la descriptiva y tiene lugar cuando el efecto configurante del discurso produce una concepción de algún aspecto del mundo que es verificable empíricamente; por ejemplo, cuando alguien emite un enunciado observacional del tipo “la niña se cayó” o como es el caso de los enunciados científicos que, aunque muchas veces no puedan ser constatados de manera directa, son verificables indirectamente por convalidación lógica dentro del sistema de enunciados anteriormente verificados al que pertenecen.

### D. *Subfunción prescriptiva*

Como cuarta subfunción se encuentra la prescriptiva que tiene lugar cuando el discurso, lejos de decir cómo es algún aspecto del mundo, dice cómo hay que comportarse en él; por ejemplo, cuando una madre ordena a su hijo “lávate las manos antes de comer” o cuando en un artículo del código civil se establece “el comprador debe entregar la cosa en el tiempo y términos pactados en el contrato”.

Una exposición más completa de las modalidades de comunicación con alcances diferidos debería incorporar los modernos soportes informáticos, incluso a los generados a través de las tecno-

<sup>9</sup> Sobre la verificación indirecta véase Carnap, *op. cit.*, nota 7, p. 295.

logías “multimedia”, o de realidad virtual; sin embargo, ello requeriría una larga digresión que nos distraería del núcleo central que nos ocupa. Quede aquí simplemente apuntado que la enumeración realizada en este trabajo no es exhaustiva.

Hasta aquí hemos distinguido la comunicación analógica de la digital por razones estrictamente didácticas, ya que en los procesos comunicativos reales una y otra se integran en un sistema armónico que genera en el receptor una nueva configuración de su realidad y determina la forma en que éste puede alterar la de otros a través del intercambio comunicativo.

#### 4. *Comunicación e institucionalismo*<sup>10</sup>

Uno de los rasgos característicos de toda cultura es la repetición de un mismo tipo de conducta ante circunstancias semejantes. Dicho en otras palabras, no todos los comportamientos sociales son un acto de creación, sino que se repiten dogmáticamente obedeciendo a pautas estandarizadas y transmitidas de generación en generación y que forman parte del mundo prefabricado al que llegamos al nacer. Dichas conductas suelen ser denotadas usando la expresión ‘institución’; sin embargo, como esta palabra tiene otros significados, cuando la utilice en este primer sentido emplearé la fórmula “institución” o “conductas institucionalizadas”, cuando la utilice en otro sentido emplearé *institución* o *instituciones*.

Desde luego, las conductas institucionalizadas son aprendidas durante los procesos de comunicación acontecidos en el medio social al que cada sujeto pertenece. Pueden encontrarse ejemplos de éstas en prácticamente toda la historia, como se hace patente en los ritos propiciatorios que aseguraban el éxito en la caza para el hombre de las cavernas.

<sup>10</sup> El concepto de “institucionalismo” es tomado de Searle, quien distingue entre hechos brutos y hechos institucionales. Véase Searle, John, *Actos de habla*, trad. de Luis M. Valdés, Madrid, Cátedra, 1980. Véase sobre el mismo tema: Searle, John, *¿What is a speech act?*, en Black, M. (ed.), *Philosophy in America*, London, Allen and Unwin, 1964; así como Searle, John, *Una taxonomía de los actos ilocucionarios*, trad. de Luis M. Valdés, Madrid, Teorema, vol. VI, 1976.

En las sociedades modernas la conciencia sobre el aprendizaje no verbal de las instituciones sociales se ha visto eclipsado por la que se tiene sobre el empleo del lenguaje como medio para generarlas, objetivarlas y transmitirlas. De esta manera el lenguaje ha pasado a constituir el medio por excelencia para la obtención del consenso, el pacto y el compromiso.

##### 5. *Comunicación, institucionalismo y derecho*

En los países de tradición jurídica romano-germánica y por influencia del célebre profesor Hans Kelsen, el derecho es concebido como un sistema de normas con características especiales. Muchos e innegables son los méritos de este modelo y el “paradigma” por el impuesto, sin embargo, su éxito ha traído como consecuencia el monopolio de la atención teórica de tal manera que se han desatendido aspectos importantes del impacto del derecho sobre la realidad social. Con esto no sugiero el abandono del paradigma, pero si considero que puede ser de gran utilidad ampliar sus alcances explicativos de tal suerte que pueda darse cuenta de la operatividad de esas normas en la realidad social entendida como la hemos venido definiendo en este escrito.

A continuación me ocuparé de este problema sin que por ello deba entenderse que me alejo de la concepción normativista, misma que presupongo y, en todo caso, complemento.

Si, tal como se dijo anteriormente, la comunicación constituye el elemento generador de la realidad social y dentro de ella el lenguaje ocupa un lugar relevante, y si podemos considerar al derecho como un fenómeno eminentemente lingüístico y comunicativo, cuyo impacto en la sociedad es evidente, entonces es posible decir que participa de modo fundamental en la configuración y mantenimiento de la realidad social. Una concepción de este tipo puede ser sumamente reveladora ya que las posturas que conciben al derecho como un mero mecanismo para la regulación de la conducta pasan por alto las representaciones del mundo en que se sustentan esas conductas y que son generadas desde el discurso jurídico en todos sus niveles. Dicho en otras palabras, es necesario

proporcionar una explicación acerca de la forma en que ese discurso participa en la elaboración de las creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas con que es tejida la realidad social.

La primera cuestión que se impone abordar es la caracterización del derecho como un fenómeno lingüístico.

#### *6. Caracterización semántica del discurso jurídico del derecho positivo*

Uno de los problemas que más tinta ha generado a lo largo de siglos sin que se haya llegado a un consenso es el de la definición de ‘derecho’. No es mi interés entrar a esa jungla discursiva repleta de retórica y argumentación inconmensurables; sin embargo, esa misma falta de precisión me obliga a estipular un criterio de identificación para el derecho en este escrito.<sup>11</sup>

Si observamos las prácticas sociales en que tienen lugar hechos jurídicos, encontramos la constante alusión a determinados cuerpos discursivos denotados por expresiones tales como ‘ley’, ‘código’, ‘reglamento’, etcétera. Esto significa que en el mundo empírico el derecho es identificado con un discurso que se diferencia de otros por las instituciones sociales que lo generan (el parlamento, la judicatura o el ejecutivo en ejercicio de su facultad reglamentaria). Estas prácticas se ponen de manifiesto en expresiones del tipo “con base en el artículo ‘x’ de la ley ‘y’, suplico a usted señor juez, atentamente se sirva...”; “de conformidad con los artículos ‘x’ del código ‘c’ se declare al señor ‘s’ responsable del delito ‘d’ y se le imponga la sanción de...”; “entendiendo la expresión ‘s’ en el sentido atribuido por la Suprema Corte de Justicia quien, en la jurisprudencia ‘j’ establece que...”.

<sup>11</sup> Sobre el problema de la definición de ‘derecho’, véase Hart, H. L. A., *Definición y teoría en la ciencia jurídica en derecho y moral*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.

Un análisis detenido de estos cuerpos discursivos nos permite hacer la siguiente caracterización funcional:

- a) Constituye un discurso digital que cumple una función constitutiva toda vez que altera la representación del mundo hecha por el lector que entra en contacto con él. Un excelente ejemplo lo tenemos en los casos en que, mediante la introducción de reformas a legislación existente, o creación de nueva legislación o jurisprudencia, surge una nueva figura jurídica hasta ese momento inexistente; por ejemplo: un nuevo impuesto o delito. En estos supuestos, el mundo conceptual de los juristas ha sido poblado por una nueva entidad que, a partir de ese momento, cuenta como una realidad más.

Las consecuencias prácticas de estas nuevas realidades se hacen patentes cuando en la vida social constituyen esquemas de comprensión y lectura de acontecimientos sociales, es decir, cuando se convierten en representaciones que es necesario conocer para entender el funcionamiento del mundo. De esta manera, el hecho bruto consistente en privar de la vida a otro desaparece en el mundo jurídico para dar paso a “homicidios simples”, “homicidios calificados”, “infanticidios”, “parricidios”, “magnicidios”, etcétera, cuya conceptualización y consecuencias son distintas a pesar de referirse en todos los casos al mismo hecho social: privar de la vida a un miembro de la especie humana. Dicho en otras palabras, el derecho “recorta” porciones de la realidad bruta, para ensamblar con ellas otra realidad con mayor número de matices.

- b) También a nivel del discurso escrito tiene lugar una dimensión prescriptiva desde el momento en que la función directa de muchos enunciados jurídicos normativos es la de determinar las conductas que habrán de ser efectuadas por ciertos sujetos en ciertas condiciones. Tan presente es esta función que por mucho tiempo ha sido la única focalizada en las explicaciones sobre el derecho.

Los enunciados en que se pone de manifiesto esta función prescriptiva son aquellos en los que se imponen obligaciones

o prohibiciones y en los que se concede derechos, permisiones o condiciones para producir o modificar estados de cosas jurídicos.

Es precisamente esta función la que subyace a las concepciones normativas del “paradigma” predominante.

c) La relación entre el discurso del derecho positivo y la función performativa se puede contemplar desde dos puntos de vista:

- Una dimensión semántica por la cual se satisface una función performativa directa con relación al mismo discurso mediante metaenunciados que se refieren a otros enunciados del mismo sistema y que tienen como resultado la alteración del mismo. Tal es el caso de las normas derogatorias o abrogatorias que al decir: “quedan derogados los artículos ‘x’, ‘y’... de la presente ley”, derogan o abrogan dichos artículos.

Desde este nivel semántico, el discurso del derecho positivo tiene una relación con la función performativa, sin generar alteraciones directas en el mundo, al establecer constitutivamente las condiciones necesarias para que en el campo de la pragmática pueda tener lugar la performatividad.<sup>12</sup> Así, de la misma manera que el bautizo de un barco como “El Quetzalcoatl” requiere del cumplimiento de ciertas reglas tales como que quien diga las palabras “te bautizo con el nombre Quetzalcoatl” sea precisamente el padrino, y que acto seguido cumpla con el rito de romper la botella sobre la proa, etcétera, para que un notario pueda protocolizar un contrato de compraventa por virtud del cual alguien cambie su estatuto jurídico al de propietario, es necesaria la satisfacción de reglas similares a las del ejemplo anterior; por ejemplo, que las partes contratantes sean jurídicamente capaces o lo hagan a través de representante legal, que quien funge como notario efecti-

<sup>12</sup> Sobre la performatividad en el derecho véase Legault, Georges, *La structure performative du langage juridique*, Montreal, Les Presses de l'Université de Montreal, 1977. También véase Amselek, Paul et al., *Téorie des actes de langage, éthique et droit*, París, Presses Universitaires de France, 1986.



vamente haya sido investido como tal de conformidad con el derecho positivo, que se firme por determinado número de testigos, etcétera, todas las cuales se encuentran consagradas en el código civil.

- Desde una dimensión pragmática y previa existencia de las condiciones de “afortunabilidad”<sup>13</sup> performativa referidos en el párrafo precedente, el discurso jurídico modifica directamente la realidad social mediante las preferencias realizativas emitidas por un operador competente, como sucede cuando el juez de lo civil emite la oración: “os declaro marido y mujer”.

### 7. *El discurso de la dogmática jurídica*<sup>14</sup>

Además de los discursos legislativo y jurisprudencial, denotados por la expresión ‘discurso jurídico positivo’ existe otro tipo discursivo que es condición para la comprensión técnica del derecho, que se encuentra contenido en los estudios doctrinarios, queda denotado con ‘discurso de la dogmática jurídica’ y satisface la siguiente caracterización:

- a) Cumplen una función constitutiva ya que es configurante de los esquemas conceptuales necesarios para la comprensión del derecho positivo. En este discurso ocupa un papel predominante la creación de entidades ideales y abstractas que forman parte de aquello que para los juristas constituye la realidad constante que ha dado identidad al pensamiento jurídico independientemente del tiempo, las diferencias culturales, el espacio y los cambios legislativos. Por ejemplo, la

<sup>13</sup> Así como las proposiciones descriptivas pueden ser calificadas como verdaderas o falsas y las prescriptivas como válidas o inválidas, las performativas pueden ser afortunadas o desafortunadas. Una preferencia performativa es afortunada cuando las condiciones contextuales determinantes de su ilocutionariedad son satisfechas, y son desafortunadas en caso contrario. En esta segunda hipótesis no se produce un cambio en el mundo. Un ejemplo de preferencia desafortunada sería “los declaro marido y mujer” emitida por un juez impositor o ante una pareja en la que uno de los supuestos contrayentes ya estuviera casado.

<sup>14</sup> Véase a Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1984, pp. 41-54.

teoría general de los contratos, la teoría general de las obligaciones o la teoría general del delito. El impacto y fuerza de estas representaciones como reales se pone de manifiesto si se le pregunta a cualquier abogado o jurista si existen las obligaciones o los derechos; la respuesta será afirmativa, a pesar de que nuestro interlocutor no pueda señalar nada en el mundo como “La obligación” o “El derecho”.

En este punto se plantea el problema de diferenciar estas representaciones de las propias del pensamiento metafísico. El problema no es fácil de abordar y no podemos distraernos demasiado en tratarlo con profundidad, valga como explicación superficial el considerarlos términos teóricos semejantes a los que tienen lugar en todas las ciencias. De la misma manera que nadie ha visto caminar a una obligación, tampoco ha visto jamás un electrón, ni al “ego” referido en el psicoanálisis freudiano. Todos ellas son expresiones denotativas de entidades ideales que se asumen “como si existieran”, pero que, haciéndolo de esa manera nos permiten describir, predecir y manejar aspectos distintos del mundo empírico.

Antes de concluir este punto no quisiera dejar pasar inadvertida una importante diferencia entre los términos teóricos de otras ciencias y los del derecho, pues mientras los primeros surgen de la observación del mundo natural, mismo que funciona con independencia de la teoría, en el caso del derecho los términos teóricos son una creación que explica fenómenos empíricos no de índole natural, *i. e.* no necesarios, sino de naturaleza cultural y por tanto contingentes, sucediendo la peculiar situación de que, por un fenómeno de recursividad, la construcción teórica pasa a formar parte de los mecanismos culturales que determinan el funcionamiento del objeto de estudio mismo.

- b) El discurso de la dogmática jurídica también cumple una función descriptiva al contener metaenunciados aseverativos cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo y pueden ser verificados por contrastación directa con él; por ejemplo, un enunciado que sostenga que “el sujeto de derecho ‘s’, de conformidad

con lo establecido por los artículos ‘x’ y ‘y’ del código ‘C’, está obligado a realizar la conducta ‘a’” será verdadero a condición de que efectivamente los artículos ‘x’ y ‘y’ de ‘C’ establezcan que los sujetos de la clase ‘s’ estén obligados a realizar ‘a’. De conformidad con esta caracterización, podría parecer que los enunciados descriptivos de la dogmática jurídica son meros enunciados observacionales que se limitan a repetir, expresado en forma aseverativa, lo que el derecho positivo establece de manera prescriptiva; sin embargo, este tipo de enunciados pueden llegar a presentar importantes complicaciones dado que frecuentemente una norma jurídica es el resultado de una reconstrucción realizada sobre diversas porciones de discurso jurídico positivo y que incluso pueden estar dispersas en diferentes cuerpos normativos. Esto significa que las condiciones de verdad de los enunciados descriptivos del discurso dogmático no se reducen a una simple contratación por “mapeo” como sucedería en el caso de un enunciado del tipo ‘la nieve es blanca’ e incluyen la adecuada aplicación de las reglas de reconstrucción normativa propias de la profesión.

- c) El discurso de la dogmática jurídica también satisface una función prescriptiva desde el momento en que muchos de sus enunciados proponen soluciones abstractas para problemas también abstractos, dichos enunciados pueden servir de guía para la solución de aquellos problemas específicos correspondientes a los expuestos de modo general. Una diferencia relevante entre la función prescriptiva del discurso de la dogmática y el del derecho positivo radica en que los enunciados prescriptivos del segundo carecen de obligatoriedad y sólo cuentan como opiniones de autoridad que pueden ser invocadas con fines persuasivos al fundamentar pretensiones jurídicas, pero nada más. Sin embargo, su papel no puede ser despreciado dado que frecuentemente y por virtud de su propio grado de abstracción, constituyen guías para solucionar conflictos no previstos claramente por el derecho positivo.

### 8. *Caracterización pragmática del discurso jurídico*

Si en el apartado anterior he realizado una caracterización del derecho como un fenómeno discursivo desde el punto de vista semántico, *i. e.* considerando al lenguaje sin ponerlo en contacto con los hablantes, en éste me ocuparé de proponer una complementación del mismo desde un enfoque pragmático, *i. e.* considerando las relaciones entre lenguaje y su uso en la práctica social. Para esos fines, he considerado oportuno establecer una analogía entre la caracterización semántica del derecho con la partitura de una pieza de jazz o el libreto de una obra de teatro y a la dimensión pragmática con sus múltiples ejecuciones posibles. De la misma manera que una partitura o una obra de teatro constituyen un cierto discurso que genera ciertas entidades ideales que pueblan un mundo posible y pueden ser interpretados de formas diferentes en función de las habilidades de los intérpretes y, en el particular caso del jazz, de su capacidad de improvisación, en el caso del derecho un mismo sistema normativo, interpretable a partir de los esquemas abstractos de la dogmática jurídica podría ser ejecutado de diferente forma en función de la cultura e idiosincrasia de la sociedad para la que esté vigente. Conforme con esta afirmación, la forma en que “las mismas notas” del discurso jurídico mexicano semánticamente considerado son interpretadas en nuestro país, es completamente distinta a como lo sería si el lugar de ejecución fueran Alemania o Suecia. Esto significa que la construcción social de la realidad a partir del derecho puede ser representada como una compleja urdimbre de conductas institucionalizadas que son tejidas a partir de la forma en que el derecho es ejecutado por los miembros de una cultura, conjuntamente con otras conductas institucionalizadas que no encontrarían representación en el mapa conceptual de los actos calificables como jurídicos. Es en esta dimensión donde se interdefinen, modifican y refuerzan los procesos de interacción comunicativa por virtud de los cuales la realidad social es conformada subrepticamente mediante la coparticipación de mecanismos de comunicación tanto analógica como digital.

En cuanto a la caracterización pragmática de las distintas funciones del discurso jurídico se ponen de manifiesto los siguientes aspectos:

- a) La función constitutiva del discurso jurídico en su dimensión pragmática se pone de relieve en la configuración del estado de cosas del mundo que es obtenido a partir de la forma en que las normas jurídicas son aplicadas en la realidad. Desde luego la realidad social no es la misma en una sociedad en la cual las detenciones son realizadas con apego a las garantías individuales que en otra donde el estatuto de miembro de la policía es un *fiat* para poder extorsionar a la población por temor a ser víctimas de una detención arbitraria, fabricación de delito, tortura, etcétera.
- b) En el mundo real, el discurso jurídico nos permite hacer descripciones adecuadas que dan certeza acerca del tipo de conductas que deben ser observadas y lo que podemos esperar de nuestra interacción social. De esta manera, por ejemplo, a partir de nuestros esquemas jurídicos no puede ser invadido un predio debido a que ya es propiedad del señor 'x', o alguien que cometió un delito ya no puede ser encarcelado al "haber prescrito la acción penal".
- c) La función prescriptiva del derecho es la que más fácilmente asociamos a los fenómenos jurídicos. Podemos ejemplificarla con las instrucciones proporcionadas por un funcionario que indica los requisitos que debemos satisfacer para iniciar un trámite administrativo tendente a obtener un cambio en nuestro estatuto jurídico (la obtención de una licencia de conducir), o las indicaciones realizadas por un agente de tránsito.
- d) La función performativa del discurso tiene lugar fundamentalmente en este nivel donde ocurren los cambios de estatutos jurídicos. De manera contraria a la que tiene lugar en el caso de los cambios performativos de los ritos, en el derecho la vía del cambio es fundamentalmente a través de la modalidad escrita. Como ejemplos de esta función se pueden referir: el enunciado por el cual un juez declara que "el señor

‘x’ es culpable de...”, la cláusula de un contrato donde se declara que “el señor ‘x’ pasa a ser propietario del bien ‘y’...”, la firma del juez en un acta de divorcio por virtud de la cual los hasta hace poco esposos pasan a ser divorciados, etcétera.

### III. DERECHO, ORGANISMOS PÚBLICOS (*INSTITUCIÓN*) Y CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL

Como se ha dicho anteriormente, la expresión ‘institución’ está afectada de ambigüedad. Con un significado distinto al empleado hasta este momento y cuyo significante será *institución* denota a aquellos organismos creados por virtud de la propiedad constitutiva del discurso jurídico que cumplen determinadas funciones sociales y pueden ser concebidos como microsistemas sociales; por ejemplo: la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Secretaría de Gobernación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera. Todos ellos han sido creados a partir de una disposición legal (normalmente un decreto) que además de estipular el acto de creación (mediante enunciados performativos del tipo “Se crea...”), determina su estructura orgánica, el tipo de sujetos jurídicos que lo integran y las acciones para las que son competentes cada uno.

Al igual que sucede con una sociedad en general, en estas entidades, por virtud de los procesos comunicativos, se va formando un estilo específico de ejecución de las conductas para las que han sido facultados sus sujetos, mismas que se estandarizan y dan lugar a una microrealidad social con repercusiones en el exterior.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Véase a Watzlawick, Beavin y Jackson, *Teoría de la comunicación humana*, Barcelona, Herder, 1986.

#### IV. LAS *INSTITUCIONES* PÚBLICAS COMO SUBSISTEMA SOCIAL

Desde un punto de vista sistémico<sup>16</sup> cada *institución* constituye un subsistema que funciona como un engrane de un sistema más amplio en el que tienen lugar intercambios comunicativos en toda la gama de funciones discursivas. Desde descriptivas, como sucede cuando la unidad administrativa de alguna institución (Dirección de Servicios Periciales), rinde un dictamen sobre cierto aspecto relacionado con un delito ante un órgano jurisdiccional; de naturaleza prescriptiva admonitiva como cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos emite una recomendación dirigida a cierta autoridad; o performativa, cuando un tribunal de alzada confirma una sentencia dictada por un tribunal inferior.

Como es fácil ver, una parte importante de la interacción de las *instituciones* públicas se verifica con respecto a otras *instituciones*, lo cual hace plausible concebir el funcionamiento de los órganos de gobierno como un sistema de sistemas, cuyos elementos son, precisamente, las *instituciones*.

#### V. EL SUBSISTEMA DE LAS *INSTITUCIONES* PÚBLICAS Y EL SUBSISTEMA DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SISTEMA ESTATAL

Las *instituciones* públicas tienen el mayor impacto en la construcción social de la realidad cuando interactúan con la sociedad civil, destinatario último de todas sus acciones. Esto significa que en una sociedad moderna la realidad es el producto de la interacción comunicativa de las *instituciones* entre sí y con la población.

Es de suma importancia tener presente que para el gobernado las *instituciones públicas* constituyen “cajas negras” de cuyo funcionamiento no sabe nada. El buen hombre de la calle no necesita conocer el derecho para solicitar un pasaporte: simplemente se

<sup>16</sup> Para profundizar sobre un enfoque sistémico de los esquemas de percepción determinantes de la realidad véase Checkland, Peter, *op. cit.*, nota 1, particularmente el capítulo VII que es donde se expone el concepto de *Weltanschauung*.

limita a producir un *input* (solicitud) de conformidad con las especificaciones del burócrata responsable y esperar a que el *output* deseado se produzca (obtención del documento) para que performativamente opere un cambio en su *status* jurídico. Para él es irrelevante el procesamiento de su información que ocurre al interior de la institución o las instituciones competentes, simplemente le interesan los resultados.

La manera en que se comportan los funcionarios con la sociedad civil desconocedora del derecho es sumamente relevante por el tipo de patrones de conducta que aquellos establecen mediante estímulos positivos o aversivos.<sup>17</sup> En la modificación de sus conductas pueden ser redefinidas partes importantes de la realidad social de tal suerte que queden ajustadas a un comportamiento deseable conforme con la racionalidad subyacente al discurso jurídico positivo. Por ejemplo, si en nuestro país los agentes de tránsito cambiaran su forma de interactuar de modo generalizado y comenzaran a sancionar por intento de cohecho a quienes les ofrecieran una gratificación a cambio de no aplicar la ley, el proceso denotado por la expresión “mordida” desaparecería de nuestra realidad social en unos años.

Las conductas correspondientes a la mala ejecución de la partitura jurídica no son casuales ni esporádicas, sino que se encuentran perfectamente institucionalizadas, y por tanto son tan susceptibles de formalización como las conductas prescritas por el derecho. Para ningún abogado litigante mexicano es sorprendente tener que dar dinero a los actuarios para “agilizar” las notificaciones; la interacción está completamente estandarizada de tal suerte que el abogado sabe perfectamente cuánto dinero esperaría recibir el funcionario por realizar la diligencia y a su vez éste sabe a que suma puede aspirar razonablemente. Ambas partes conocen también qué consecuencias proceden de no seguirse el patrón de conducta preestablecido.

17 Dentro de estos estímulos juegan un papel privilegiado los estímulos verbales. Al respecto, véase Skinner, B. F., *Conducta verbal*, trad. de Rubén Ardilla, México, Trillas, 1981. Desde luego la comunicación no es sólo verbal, sino también corporal, etcétera.



Desde luego pueden ser muchas las razones que sustenten la forma en que los servidores públicos se conducen, pero siempre tendrán como punto de partida una “teoría implícita”, presupuesto o creencia que al ser removidos, las conductas correspondientes pierden su razón de ser; por ejemplo, al ser promulgada en México la ley contra la tortura perdieron sentido las confesiones arrancadas por ese medio debido a que se remueve directamente el presupuesto por el que muchos policías torturaban a los presuntos responsables, a saber: que la confesional hacía prueba plena.

Un buen ejemplo de la forma en que tiene lugar la inadecuada ejecución de la “partitura jurídica” en nuestro país se encuentra en algunas violaciones a los derechos humanos; un simple vistazo a las “Gacetas” publicadas por la CNDH pone de manifiesto la manera en que algunas violaciones a derechos humanos se encuentran institucionalizadas; por ejemplo, se puede observar que ahí donde ha habido una detención arbitraria, casi siempre, como si se estuviera siguiendo un manual, se cometen también incomunicación, tortura, fabricación de delito y traslado penitenciario ilegal.<sup>18</sup>

Empleando la terminología de Habermas,<sup>19</sup> es posible decir que las *instituciones* públicas contribuyen a la construcción social de la realidad mediante su “acción comunicativa”.

## VI. LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL MEDIANTE LA CORRECTA DEFINICIÓN DE LAS ACCIONES DE LAS *INSTITUCIONES* PÚBLICAS (EXPLORANDO EL CAMBIO)

Si bien es cierto que el funcionamiento de un sistema determina el comportamiento de cada uno de sus elementos, también lo es que alterando el comportamiento de uno de ellos se puede alterar el del sistema total.

Traduciendo este principio al funcionamiento de un sistema social se obtiene la siguiente hipótesis: si es cierto que el funciona-

<sup>18</sup> Para una introducción metodológica de las interacciones sociales véase Santoyo, Carlos y López, Florente, *Análisis experimental del intercambio social*, México, Trillas, 1990.

<sup>19</sup> Véase Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Taurus, 1981.

miento de una sociedad es determinado por el tipo particular de interacción que tiene lugar entre el subsistema de las *instituciones* públicas y el de la sociedad civil, también lo es que alterando las acciones comunicativas de cualquiera de los subsistemas es posible obtener una modificación del sistema en general. Esto significa que es posible hacer que el funcionamiento social y su consecuente realidad dejen de ser un “simple acontecer” resultante de ejecuciones viciadas y caprichosas sobre la partitura del derecho, para dar paso a una orquestación armónica en la construcción de la realidad social a través de la adecuada definición comportamental de los funcionarios públicos quienes, alterando su conducta, pueden redefinir las reacciones comportamentales de la sociedad civil con lo que, a su vez, se obtiene una modificación de sus concepciones del mundo.

Con el propósito de evitar confusiones debo recordar que en ningún momento he sostenido que la realidad social sea únicamente un producto jurídico, pero sí que la manera en que el derecho sea ejecutado tiene una repercusión importante en su configuración.

Alguien podría preguntar la razón por la cual he centrado mi atención en el subsistema de *instituciones* públicas como factor de cambio, en lugar de hacerlo en la sociedad civil. La respuesta es muy simple: estas instituciones constituyen entornos perfectamente definidos por el derecho positivo, con un trasfondo de racionalidad en su acto de creación y determinadas finalidades sociales implícitas, que las convierte en entornos controlables para la definición comportamental y que, además, normalmente son objeto de control por parte de otras *instituciones*.

Por lo que respecta a la aplicación de estas ideas debe tenerse presente que en el actual estado de cosas, al menos en México, estas *instituciones* no constituyen un centro de reflexión en el sentido apuntado. Si en otra parte del trabajo hemos dicho que las entidades públicas son una “caja negra” para la sociedad civil, hay que agregar que en nuestro país son una “caja negra” para las otras *instituciones* y, lo que es peor, para ellas mismas.

## VII. TÉCNICA, TECNOLOGÍA E INTERACCIÓN SOCIAL: LAS HERRAMIENTAS DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO INSTITUCIONAL

Hasta aquí he propuesto un modelo descriptivo de la forma en que las *instituciones* públicas contribuyen a la construcción de la realidad social. Sin embargo, tal como sostuve al principio de este escrito, la versión constructivista que presento parte del supuesto de que es posible inducir deliberadamente cambios en los procesos de construcción de la realidad social a partir de una cierta “ingeniería” comportamental al interior de las *instituciones* públicas, para los cual se requiere del concurso interdisciplinario. En este apartado y los siguientes me ocuparé de exponer someramente algunas consideraciones al respecto.

Retomando la idea conforme a la cual las *instituciones* constituyen subsistemas dentro del sistema global de cuyo funcionamiento emerge la realidad social, es posible sostener que la realidad emergente al interior de dichos subsistemas está determinada por la confluencia de múltiples variables entre las que podemos referir: los recursos financieros asignados; los conceptos de erogación determinados en las partidas presupuestales autorizadas, la flexibilidad de los movimientos contables legalmente permitidos, los criterios subjetivos conforme a los cuales se utilizan los recursos y que se reflejan en los bienes materiales y servicios obtenidos y contratados por la *institución*; los recursos humanos con que cuenta así como su capacitación técnica y el adecuado perfil de personalidad para las funciones asignadas; la relación existente entre cargas de trabajo y capacidad de respuesta; la arquitectura orgánica y definiciones funcionales establecidas constitutivamente por el discurso del derecho positivo; los procesos internos establecidos por la ley, así como los producidos autoorganizativamente<sup>20</sup> a partir de ellos por virtud de la praxis cotidiana; los tipos de sujetos jurídicos y facultades establecidos en la ley como sus respectivas competen-

<sup>20</sup> Una interesante analogía entre procesos burocráticos y procesos mentales como sistemas autoorganizativos puede verse en Minsky, Marvin, *La société de l'esprit*, trad. de Jacqueline Henry, París, Inter Editions, 1985. En el mismo sentido, véase Gazzaniga, Michael, *Le cerveau social*, trad. de Jacques Polanis, París, Editions Odile Jacob, 1985.

cias; las definiciones operativas que habrán de constituir el marco conceptual a partir del cual se tomarán las decisiones de las que dependerá que se dispare una determinada secuencia procedimental, en lugar de otra, o que se obtengan cambios en los estados de cosas jurídicos de alguien por vía de la emisión de proferencias realizativas jurídicas; el tipo de interacciones extrasistemáticas que deban llevarse a cabo con las demás *instituciones*; la cultura institucional constituida por las diferentes redes sociales que con sus propios mapas conceptuales, intereses, estrategias y relaciones extrainstitucionales compiten entre sí por un mejor posicionamiento al interior de la *institución* o por ser un punto clave dentro de una estrategia de red social extrainstitucional; el contexto circunstancial determinante de la situación política global, etcétera.

Como puede apreciarse, muchas de estas variables, tales como la asignación presupuestal, la definición orgánica, etcétera, son previas o ajenas a las decisiones que pueden tener lugar al interior de la *institución*. Sin embargo hay otras cuya operatividad es determinada intrasistemáticamente, *i. e.* una vez que la *institución* ha sido creada como espacio de interacción social. A continuación me ocuparé de las variables intrasistemáticas que considero más importantes, y me referiré a los dominios de conocimiento desde los cuáles es factible abordarlas.

### 1. *Procedimientos internos, reingeniería de procesos y estadística para el control de calidad*

Como se indicó anteriormente, normalmente las *instituciones* de la administración pública (sobre todo en México) constituyen cajas negras para ellas mismas, *i. e.* funcionan sin que nadie tenga un conocimiento detallado de todos los aspectos de su dinámica interna.

El primer paso para incidir en los esquemas conductuales e interacciones de los servidores públicos a partir de los cuales la *institución* incidirá en los procesos de construcción de la realidad social, consiste en la generación de un modelo de funcionamiento real que constituya un referente objetivo a partir del cual refle-

xionar sobre la eficiencia interna de sus procedimientos, decidir los cambios a introducir y sobre todo monitorear los resultados de las estrategias implementadas.

Entre las técnicas que junto con el conocimiento jurídico son útiles para el desarrollo de una ingeniería jurídico-institucional, se encuentran la estadística y la moderna ingeniería de procesos.<sup>21</sup>

Dadas las características de este trabajo no puedo realizar una descripción metodológica detallada. Simplemente esbozaré algunas de las fases y aplicaciones que han probado su eficiencia en el modelado de *instituciones*:

- a) Elaboración de un diagrama de Ishikawa a partir de los problemas de funcionalidad identificados intuitivamente mediante juntas con los responsables de las diferentes áreas operativas.<sup>22</sup>
- b) Aplicación del óptimo de Pareto, para identificar el 20% de los problemas que, de ser resuelto satisfactoriamente, haría posible la solución del 80% restante.<sup>23</sup>
- c) Elaboración de protocolos de encuesta con base en las facultades concedidas por la ley a los responsables de las distintas unidades administrativas, con el objeto de identificar las actividades con que en la praxis cotidiana están “ejecutando” la “partitura” jurídica. Del mapeo de las acciones prescritas por la ley con las efectivamente realizadas, normalmente se revela que muchas de las actividades prácticas no están contempladas en la ley o muchas de ellas están completamente desencaminadas de los resultados que deberían obtenerse de su realización.
- d) A partir de la información obtenida de las encuestas y usando para ello representación en diagramas de flujo, efectuar el levantamiento de un modelo de funcionamiento real que per-

21 Para una buena introducción a la ingeniería de procesos véase Hammer, Michael y Champy, James, *Reingeniería*, trad. de Jorge Cárdenas Nannetti, México, Norma, 1994.

22 Un diagrama de Ishikawa, también conocido como esqueleto de pescado, es una representación gráfica de los elementos necesarios para resolver problemas y subproblemas.

23 Según Pareto, del 100% de factores que configuran un problema, siempre es posible aislar un 20%, de cuya solución se sigue la solución del 80% restante.

mita identificar cuellos de botella, procesos repetitivos, inútiles o innecesariamente secuenciales, cambios en los criterios de calificación jurídica de ciertos hechos a lo largo del proceso, etcétera.

- e) A partir del análisis del modelo de funcionamiento real, se procede a la elaboración de un modelo de funcionamiento ideal con ayuda de las técnicas de la reingeniería de procesos.
- f) A partir de los nuevos procesos se diseña un sistema de control de gestión de los mismos, susceptible de ser traducido a un sistema computacional que genere reportes tanto de las transacciones internas como de los *status* correspondientes a todos y cada uno de los asuntos en marcha. Los campos de dicho sistema constituyen al mismo tiempo indicadores a partir de los que pueden elaborarse modelos estadísticos para el control de calidad de esos procesos.<sup>24</sup>

Los resultados de los cálculos estadísticos pueden ser graficados en histogramas y/o campanas de Gauss para tener una representación gráfica del comportamiento de las gestiones, determinar parámetros estándares de comportamiento por cada tipo de proceso, y a partir de ellos identificar los casos concretos en que un asunto está presentando un comportamiento irregular para que inmediatamente se proceda a identificar causas y buscar soluciones susceptibles de generalización.

A través de un monitoreo sistemático de este tipo de controles es posible seguir la vida y funcionalidad de la institución con base en datos empíricos y no meras especulaciones intuitivas.

Una de las ventajas adicionales de contar con modelos de los procedimientos reales de una *institución* consiste en que permite hacerlos transparentes para la sociedad civil.

Para quien este mínimamente familiarizado con la práctica jurídica en nuestro país no resulta sorprendente el hecho de que muchos de los abusos que se cometen en contra de la sociedad civil provenga de aprovechar el desconocimiento de las fases pro-

<sup>24</sup> Véase Deming, Edward, *Calidad, productividad y competitividad*, trad. de Jesús Nicolau Medina, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1989.

cesales y autoridades involucradas para la obtención de una consecuencia normativa. Por citar algunos ejemplos de la forma en que la partitura jurídica es objeto de ejecución viciada puedo referir la inadecuada integración de las averiguaciones previas a cambio de dinero por parte de muchos agentes del Ministerio Público, las típicas “vueltas” que la burocracia suele propiciar y que se reducen mágicamente con la adecuada e institucionalizada gratificación, etcétera.

## 2. *Teoría jurídica analítica y definiciones operativas*

Uno de los problemas que de manera constante aparece en las *instituciones* estriba en la falta de estructuras conceptuales uniformes.

El problema se resuelve a través de la elaboración de definiciones operativas de las expresiones pertenecientes al lenguaje técnico jurídico a partir de las cuáles producir catálogos y organizar cursos de inducción.

El enfoque metodológico ideal para la elaboración de estos trabajos es el de la jurisprudencia analítica, antecedente del enfoque constructivista que presento, y que se caracteriza por concebir el derecho como un fenómeno eminentemente lingüístico y lógico.

Dado que el lenguaje técnico jurídico, al igual que el coloquial, está constituido por expresiones que integran estructuras semánticas, las expresiones objeto de las definiciones operativas pueden ser organizadas en representaciones arborescentes o rediculares de diferentes niveles. El más bajo corresponde a las expresiones del lenguaje coloquial en que el ciudadano expresa los hechos a partir de las cuáles el operador jurídico realiza una codificación en términos de lenguaje jurídico que corresponde a los niveles superiores de las estructuras semánticas. Una vez realizada esta transformación, se disparan en la mente del jurista procesos de razonamiento, tanto de naturaleza asociativa como lógica característicos de la profesión y de cuyas conclusiones dependerá que se disparen otros procesos u operen efectos performativos en el mundo. Tanto las estructuras semánticas como parte de los procesos de razonamiento

pueden ser objeto de automatización a través del desarrollo de sistemas administradores de *thesaurus* y de sistemas expertos elaborados sobre la base de la aplicación de la ingeniería del conocimiento al derecho.

La estandarización conceptual es relevante para garantizar un trato igual a asuntos de la misma clase y para el correcto modelado del funcionamiento de la *institución*, pues las expresiones definidas constituyen los campos de las bases de datos que, a su vez, traducidas en indicadores estadísticos harán posible realizar los cruzamientos de datos requeridos para efectuar reportes sociológicos.

Desde luego, un sistema bien diseñado permitirá que los datos sociológicos puedan ser cruzados con los reportes de eficiencia de la gestión.

### 3. *Psicopatología del poder e instituciones públicas*

Independientemente de las diferentes acepciones de la expresión “psicopatología”, creo que un elemento necesario para su comprensión radica en la existencia de parámetros de normalidad con respecto a los cuales son confrontadas y evaluadas las conductas. Dichos parámetros se encuentran en los comportamientos institucionalizados en una cultura determinada, de tal suerte que un mismo comportamiento puede ser considerado psicopatológico en un contexto cultural y no en otro.

La aparente nitidez con la que puede conceptuarse la psicopatología referida al individuo se torna confusa al llevarse al terreno del comportamiento social, pues en este supuesto se convierte en objeto de evaluación al parámetro mismo. El problema que se presenta se puede concretar en la pregunta: ¿conforme a qué criterios puedo determinar si es o no psicopatológico el comportamiento de toda una sociedad, particularmente si admito como un hecho al relativismo cultural?

Una respuesta fríamente descriptiva podría proponer como patrón de evaluación al conjunto de conductas institucionalizadas en



cada cultura, de tal suerte que sería calificada como “normal” toda aquella que se realiza habitualmente.

Esta concepción tiene el inconveniente de ser contraintuitiva ya que la generalización no trae aparejada la convalidación de las conductas sociales como no psicopatológicas. Conforme con esto, del hecho de que en una comunidad sean habituales el robo, las lesiones, el daño en propiedad ajena, etcétera, no se sigue que el comportamiento de esa sociedad sea normal. De igual manera, del hecho de que en México exista la práctica de dar dinero para que los procedimientos jurídicos puedan marchar con fluidez, no podemos seguir que dicho comportamiento sea “normal”, atendiendo a nuestras intuiciones acerca de lo que debe ser la impartición de justicia.

Un segundo criterio de evaluación de la conducta social psicopatológica podría pretender basarse en la ética normativa que, sobre una base racional, pretende proporcionar patrones para la evaluación de conductas independientemente de las contingencias del mundo empírico. Desafortunadamente, esta propuesta presenta el problema consistente en que todo intento de definición de la universalidad ética es refutado por el relativismo ético que se constata empíricamente. Además hay que agregar los problemas derivados de la textura semántica abierta de las prescripciones éticas referidas al inicio de este trabajo.

Una tercera opción consiste en considerar que el comportamiento de una sociedad es “normal” cuando se orienta por criterios racionales consensualmente aceptados, que de ser generalmente respetados en la comunidad llevarían al mejor estado de cosas posible, *i. e.* aquel en que se procura el mayor beneficio para el mayor número de personas y no se actúa en detrimento de los derechos fundamentales de ningún individuo.

Consecuentemente, una sociedad en la que las conductas se orienten por criterios que conduzcan a estados de cosas en los que muchos se benefician en detrimento de unos cuantos, o se afecten de modo sistemático los derechos fundamentales de los individuos o de clases de individuos, será considerado socialmente como psicopatológico.

Cabe aclarar que bajo ningún supuesto admito como propiedad definitoria necesaria de la expresión ‘derecho’ un determinado contenido ético; sin embargo, ello no es incompatible con aceptar que un determinado derecho pueda ser la fuente de comportamiento socialmente psicopatológico.

Asimismo, es posible que el comportamiento socialmente psicopatológico no derive tanto de la “partitura” de los textos jurídicos, sino de su ejecución en la práctica social. Tal es el caso de un derecho que de ser ejecutado con fidelidad podría llevar a estados de cosas socialmente deseados, pero carece de eficacia en las interacciones sociales que efectivamente tienen lugar.

Para describir este tipo de situaciones y de manera un tanto metafórica propongo adoptar la expresión ‘psicopatología jurídica’ cuya estipulación por definición designativa sería: todo comportamiento considerado una mala ejecución de la “partitura de un derecho positivo específico” (incluyendo la no acción) resultante de la deficiencia o carencia de variables cognitivas y/o motivacionales necesarias para que se produzcan conductas correspondientes a las definidas por el derecho, en un contexto determinado. Dicho en otros términos ‘psicopatología jurídica’ se refiere a aquellas conductas consideradas jurídicamente anormales por no corresponder a lo establecido normativamente (metafóricamente patológicas) y cuya realización es el resultado de condicionamientos psicológicos no adecuados.

Pienso firmemente que en este concepto se encuentra una de las claves esenciales para la comprensión de la forma en que el derecho incide en la generación de la realidad social y su eventual modelado por vía institucional.

Debe quedar claro que se considera psicopatológica la ejecución inadecuada de un derecho, independientemente de su contenido.

Si la evaluación de la ejecución fidedigna de un derecho constituye un parámetro de evaluación de su eficacia, la ética o, mejor dicho, diversas concepciones éticas pueden constituir el parámetro de evaluación de los contenidos del derecho mismo, sin que esto implique que una evaluación negativa afecte su validez.

Un ejemplo de las implicaciones de esta concepción se puede encontrar en el derecho nazi, cuya ejecución comportamental por los soldados alemanes pudo haber sido de un apego absoluto a los ordenamientos jurídicos vigentes y, por tanto, teniendo como único parámetro de referencia al derecho de los textos, no podrían haberse calificado como jurídicamente psicopatológicos en el mismo sentido que sucede con el comportamiento corrupto generalizado de los funcionarios de algunos sistemas jurídicos. En este ejemplo, la psicopatología provendría más bien de la racionalidad implícita en el contenido de ese derecho, derivada de determinadas concepciones morales consideradas correctas para una sociedad determinada y que sólo por contraste con otras concepciones éticas podía ser considerada como derivada de una perversa concepción del mundo.

De las consideraciones anteriores se desprende que existe una importante relación entre una cultura determinada y la psicopatología de los comportamientos jurídicos, lo cual lleva a plantearse problemas tan interesantes como la falta de ajuste entre los comportamientos exigidos por el derecho y las percepciones culturales de un grupo social determinado, como sucede en el caso del choque entre el derecho estatal y el consuetudinario de una comunidad indígena.

Otro problema que se desprende de las consideraciones anteriores estriba en un “análisis motivacional comparado” de las razones por las cuales determinadas acciones y no otras tienen lugar dentro de una sociedad. Ello puede arrojar reveladoras luces acerca de la naturaleza estrictamente racional de las conductas jurídicamente psicopatológicas; por ejemplo, si se observa fríamente el comportamiento que tiene lugar cuando se comete el delito de cohecho entre un conductor infractor y los agentes de tránsito en nuestro medio, se pone de manifiesto que dicha conducta es la opción más racional en un esquema ganar-ganar, teniendo en cuenta el balance de costos-beneficios derivados de tratar de ser respetuoso con lo establecido por los textos legales.<sup>25</sup> Incluso, puede decirse

25 Aunque en este trabajo no se ha considerado expresamente el análisis económico del derecho, constituye otro enfoque a considerar en la interdisciplinariedad referida a lo largo

que constituye un mecanismo de índole distributiva más adecuado, ya que cada uno de los sujetos infractores puede negociar la sanción de modo proporcional a sus capacidades económicas. Desde luego el aspecto psicopatológico de este tipo de interacciones no radicaría en su falta de racionalidad, sino en que son jurídicamente psicopatológicos por no corresponder a la fiel ejecución del derecho escrito, pero también socialmente psicopatológicos porque de su observancia general se sigue un perjuicio generalizado, a pesar de los beneficios directos que procura a los participantes.

Estas consideraciones efectuadas también son aplicables a la cultura de las instituciones públicas, donde puede tener lugar la psicopatología jurídica derivada de motivaciones ajenas a las que orientarían conductas tendentes a la obtención de los estados de cosas que podrían tener lugar si el derecho positivo fuera eficaz.

En el caso de las instituciones públicas, las redes sociales que se autoorganizan en su interior, sus motivaciones, su interacción en términos de competencia, alianzas y conflicto de intereses, constituyen un factor determinante en la emergencia de la cultura institucional donde se puede verificar la psicopatología jurídica de su funcionamiento.<sup>26</sup>

A partir de las categorías conceptuales expuestas en este apartado, y en términos generales, nuestro derecho quedaría caracterizado mediante las siguientes notas:

- a) Un discurso de derecho positivo constituido por textos cuyos contenidos normalmente son éticamente adecuados en el sentido de que, de ser respetados, darían lugar a estados de cosas sociales deseables.
- b) Jurídicamente psicopatológico, dada la gran falta de ajuste que se da entre las acciones e interacciones estipuladas por

del trabajo. Entre los escasos trabajos originales realizados en México, se recomienda un excelente libro que versa sobre la administración pública en México. Véase Moctezuma Barragán, Esteban y Roemar, Andrés, *Por un gobierno con resultados*, México, Academia Metropolitana-Centro de Estrategia y Desarrollo-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Fondo de Cultura Económica, 1999.

<sup>26</sup> Sobre este tema véase *La société en réseaux*, trad. de Philippe de la Mare, París, Fayard, 1975.

el derecho positivo consagrado en los textos legales y las acciones e interacciones que efectivamente tienen lugar por parte de los operadores jurídicos.

- c) Socialmente psicopatológico, dado que las acciones e interacciones que efectivamente tienen lugar no permiten la obtención de estados de cosas sociales en el que haya el mayor beneficio posible para el mayor número de personas y un respeto sistemático a los derechos fundamentales de los individuos y clases de individuos.
- d) El esquema motivacional del sistema se encarna en una racionalidad económica que frecuentemente proporciona beneficios inmediatos en detrimento de beneficios a la comunidad, lo que lleva a comportamientos psicopatológicos desde los puntos de vista jurídico y social.
- e) La fuente principal de las acciones e interacciones psicopatológicas se ubica en la psicopatología de las acciones e interacciones que tienen lugar al interior de las instituciones públicas.

El remodelado o redefinición comportamental de dichas acciones e interacciones psicopatológicas es posible mediante la aplicación de la rama de la psicología conocida con el nombre de psicología de las organizaciones.<sup>27</sup>

## VIII. CONCLUSIONES

Deseo finalizar este trabajo subrayando que es necesario remover nuestra fe en el derecho como una especie de ingeniería comportamental de la que puede emerger la realidad social, y reconocer que a pesar de su innegable importancia constituye solamente una variable en el complejo proceso que significa tratar de inducir la emergencia de una realidad correcta. Esto implica que los juristas debemos romper nuestras gafas hermenéuticas y aprender e

<sup>27</sup> Sobre la psicopatología de las organizaciones véase Board, Roberto, *El psicoanálisis de las organizaciones*, trad. de Inés Pardal, Buenos Aires, Paidós, 1980; Chazaud, J., *Introducción a la terapia institucional*, trad. de Hugo Acevedo, Buenos Aires, Paidós, 1980; Palazzoli, M. S., *Al frente de la organización*, trad. de Beatriz I. Ambrosi de Loné, Buenos Aires, Paidós, 1988.

integrar nuestro conocimiento con otras disciplinas tales como la ingeniería de procesos, la informática, la sociología y la psicología. Asimismo, recordar un aspecto sumamente desatendido en nuestras facultades: el frío derecho de los textos sólo adquiere vida cuando es incorporado a nuestros procesos representacionales del mundo y en las acciones e interacciones comunicativas con base en las cuales configuramos nuestra realidad social. Dado que la principal función de nuestras instituciones públicas es la de producir masivamente estados de cosas que inciden de modo importante en el modelado de la realidad social, el de su funcionalidad o psicopatología, tendrá a la matriz de realidad social global como caja de resonancia.

Para finalizar, sólo me queda recordar que si bien es cierto que técnica y tecnología son poderosas herramientas que hoy como nunca pueden contribuir a acercarnos a nuestro viejo anhelo por construir un mundo mejor, también lo es que el peligro de efectos contraproducentes por un mal manejo de esos conocimientos es proporcional a los beneficios que pueden redituarse. Después de todo, esta gran epopeya que hemos dado en llamar humanidad no ha sido ni será construida por leyes, teorías, ni avances tecnológicos, sino por hombres, con todos sus defectos y virtudes, con toda su vileza y su grandeza.