

## EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE CAMBIO SOCIAL INCREMENTAL\*

El cambio social es ubicuo. El cambio es una característica penetrante de la sociedad humana; en verdad, el cambio social es tan normal como el orden social. Pero en cuanto concierne al trabajo intelectual, la dinámica social es un área conspicuamente subdesarrollada, comparada con el fenómeno del orden social. Es paradójico que en un área de cambio técnico y social acelerado, la teoría social se concentre en el tratamiento de la persistencia ordenada en sociedad y que no tengan aceptación general teorías sobre el proceso y el cambio social.

En ninguna parte este desarrollo desigual es más evidente que en el entendimiento del rol que juega el derecho en el cambio social. En todas las naciones —modernas y en modernización— el derecho es un instrumento público crítico de cambio social. Sin embargo, las consideraciones intelectuales en ciencia social, con algunas excepciones, acentúan la función estática del derecho como control social. Más generalmente, los ensayos sociológicos y las monografías sobre el cambio social muestran poca o ninguna conciencia de la relevancia del derecho o de las instituciones legales para el cambio social. (1)

Ni abogados ni juristas han hecho contribuciones significantes al entendimiento de la relación entre derecho y cambio social. El sistema angloamericano de derecho, como lo ha notado tan acertadamente Paul Deesing, se ha desarrollado negando el cambio. (2) Las ficciones legales y otras formas de legalismo cumplen la función de disfrazar el cambio en la sustan-

cia del derecho. El movimiento del realismo legal rompió lo que había quedado de la máscara, pero no ofreció una teoría coherente o conceptos de cambio legal (3). El escepticismo del realismo legal hacia la efectividad de la doctrina como guía para la acción judicial permanece; pero muchos juristas ya no sienten que los descubrimientos del realismo legal son libertantes; antes bien, ha habido una consternación generalizada ante el nihilismo que se teme los realistas han dejado suelto en el mundo legal. No puede haber un retorno al mundo estático del pensamiento legal conceptualista; pero la actual ciencia del derecho teme la utilidad sin objetivo que caracterizó en su mente) al juez-realista. De aquí la demanda de decisiones “razonadas” o “de principios” (4), esto es, de un cambio ordenado dentro de los límites definidos impuestos por principios jurídicos.

El presente trabajo es un intento de confrontar la cuestión de la relación del derecho, el cambio legal y el cambio social. En esta etapa, no podemos ofrecer más que algunas notas tentativas sobre esta relación.

Antes de considerar esta cuestión, sin embargo, debemos discutir lo que entendemos por cambio social.

### La naturaleza del cambio social

El cambio social ha sido definido como “cualquier alteración irreplicable en los modos de conducta establecidos en...sociedad”. El énfasis es puesto en lo

\* Trabajo leído en las reuniones de la Asociación Americana de Ciencia Política; 8 de setiembre de 1967. Ha sido traducido por el Dr. Lorenzo Zolezzi, con consentimiento del Dr. Lawrence Friedman.

1 Una notable excepción es Arnold M. Rose, *Sociology: The Study of Human Relations* (2nd. ed., 1965) pp. 107-113; 470-477.

2 Paul Deesing, *Reason in Society* (1962).

3 Arthur S. Miller, “Notes on the Concept of the ‘Living Constitution’”, *Geo. Wash. L. Rev.*, 31 (1963), pp. 881-918; Lawrence Friedman, “On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber”, *Wis. L. Rev.* 148 (1966).

4 Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law” in *Principles, Politics and Fundamental Law* (1961); Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), pp. 49-65.

que es peculiarmente **social**, el desarrollo de patrones de conducta significativamente diferentes en sociedad, nuevos modos de interacción de la gente. Si, por ejemplo, cesa la discriminación contra los negros en los empleos y los negros trabajan junto con los blancos, ha tenido lugar un cambio social, en el sentido que la relación entre las razas se ha alterado. El que los negros simplemente ganen más dinero no es un cambio social en nuestra definición. Un aumento en los ingresos es un cambio económico e indudablemente conduce a un cambio social valioso de investigación empírica. Cambios en las simples actitudes **no** son tampoco cambios sociales según nuestro punto de vista. Si los blancos llegan a asumir mejores actitudes hacia los negros, ha tenido lugar un cambio cultural (cambio en creencias, valores), o aun un cambio psicológico. Este cambio puede o no conducir a un cambio en el comportamiento y, de aquí, al cambio social. Finalmente, cambio en la ciencia y en la tecnología no es cambio social. Diariamente se producen innovaciones científicas y técnicas; muchas tienen enorme impacto en la vida social, como ocurrió con el automóvil, el aeroplano y la bomba atómica. Pero un invento no es de por sí un cambio social. El punto importante en todo esto es que "movimiento social", una característica de la época moderna, no es siempre cambio social. El cambio social ocurre cuando hay cambios reconocibles en los patrones corrientes de interacción de las relaciones persona-a-persona, o cuando emergen y asientan nuevas relaciones.

Hay un número de otros atributos cruciales del cambio social que necesitan ser puntualizados antes que podamos abordar la relación entre derecho y cambio social. El cambio social está enraizado en los esfuerzos conscientes de la gente para resolver problemas mutuos a través de acciones colectivas. Los hombres ordinariamente no buscan nuevas maneras de modelar su comportamiento a no ser que los viejos modos les parezcan insatisfactorios y en necesidad de reconstrucción. El proceso de cambio social es intencional y aun racional. Por supuesto, muchos cambios sociales son anticipados, pero ellos son las consecuencias no anticipadas de un comportamiento intencional. Son racionales en el sentido que son tentativas de producir resultados a través de medios juzgados capaces de obtener resultados. En este sentido, ruegos, armas y crecientes apropiaciones son todos actos racionales en relación con el problema de los tumultos ('riots') en las barriadas ('slums') urbanas, aunque ninguno de ellos puede ser racional en algún sentido científico más

alto. El cambio social emana de la elección consciente de la gente que emprende la tarea de buscar soluciones satisfactorias a sus problemas. El proceso es eterno y sin final. Los hombres movilizan recursos, definen y redefinen el problema, especifican y reespecifican metas y acumulan experiencias de éxitos y fracasos.

De modo muy general, se puede ver el cambio social como un proceso dividido en las siguientes etapas: primero, la definición de un **problema**. Problemas son aquellas condiciones, reales o imaginarias, que son percibidas de ese modo por el público. No hay problemas inherentes a la realidad objetiva, desde la perspectiva sociológica. La contaminación del aire, la seguridad automotriz, la subversión y el flujo del oro se convierten en problemas cuando se elevan a la conciencia pública. Segundo, se escogen medios para aliviar el problema. Tercero, los resultados de los medios escogidos son apreciados y la situación redefinida. En el proceso, tiene lugar el cambio social.

El cambio social, por un lado, sigue patrones y es acumulativo; de otro lado, es multilíneal y discontinuo. Las instituciones sociales están constantemente evolucionando, pero no en una manera preordenada, hacia algún fin último. El cambio social es una transición que sigue patrones —no fortuita— de un 'set' de relaciones a otro, pero no puede decirse que está "yendo a alguna parte". Típicamente, el proceso de cambio es temporalmente desigual, primariamente porque factores complejos, sociales y no sociales, van a influir el proceso de cambio. El cambio social no tiene ritmo, no tiene ciclos conocidos; es insensible al reloj. Pero aunque discontinuo, el cambio social es acumulativo. Harry M. Johnson da un útil ejemplo de la naturaleza acumulativa del cambio social en la difusión de la monogamia en una sociedad previamente poligámica.

El cambio (no) tiene lugar de golpe. En cualquier punto dado de tiempo durante la transición, el cambio que ocurre es un cambio en el número relativo de familias monogámicas y poligámicas y en las actitudes públicas hacia las dos formas. El cambio habrá sido completado al nivel de la sociedad sólo cuando las familias poligámicas sean miradas ampliamente como desviantes, siendo así que los mecanismos de control social entran en juego para dispersarlas o castigar a las personas no conformistas envueltas.

Nuestro ejemplo anterior de integración racial en los empleos parecería siguiendo un modelo de difusión similar. Pero, además, la integración en los empleos revela obviamente gran discontinuidad a través de la nación. (5)

El cambio social significativo se manifiesta en relaciones de autoridad alteradas entre estratos sociales, grupos o roles. En pocas palabras, el cambio social es cambio en la **estructura social**. El cambio estructural usualmente envuelve una buena medida de conflicto social. Puede ser provechosamente estudiado como un proceso de negociación ('bargaining') y compromiso entre voceros de grupos afectados. Esta perspectiva fue aplicada en nuestro análisis ya publicado de cambio social en la ley de accidentes industriales. La regla del "fellow servant" (\*) en el curso del siglo diecinueve se debilitó, desarrolló excepciones y perdió su eficiencia. "Las excepciones y contraexcepciones pueden ser miradas como una serie de breves, ad hoc, e inestables compromisos entre los intereses encontrados de trabajo y gerencia. Cuando ambos lados se convencieron de que el juego no era mutuamente provechoso, se hizo posible un sistema de compensación. Este sistema fue, en sí mismo, un compromiso. . .". (5<sup>a</sup>)

Más significativamente, el cambio social es incremental. Hay excepciones importantes. La guerra o los cambios revolucionarios son dislocaciones radicales y abruptas de la estructura social. Pero en general, el cambio social es un proceso incipiente, creciente (aunque no necesariamente tranquilo). La revolución industrial, la revolución organizacional, la revolución científica, para mencionar tres importantes ejemplos de cambio social de importancia, fueron revolucionarios en impacto, no en la rapidez de su arremetida. No fueron ni abruptas ni unitarias. Richard T. La Piere ha sugerido el porqué de que pensemos así:

5 Hay otro sentido, relacionado, en el cual el cambio social es acumulativo: "...cambio en un frente trae cambios en otro. Esto se debe a: (1) el cambio social consiste en cambios en los sistemas de roles (militar, económico, político, de parentesco, religioso); (2) estos sistemas son interdependientes, "Wilensky y Lebeaux, p. 346.

\* La regla del "fellow servant" establecía que el empleador no era responsable por las lesiones causadas por la negligencia de otro compañero de trabajo (N. del T.).

5a Friedman y Ladinsky, "Social Change and the Law of Industrial Accidents", 67 *Col. l. rev.* 50, 71-72 (1967).

...numerosos... cambios pueden acumularse a través del tiempo y ser sintetizados en un todo operacional (y) el producto final puede aparecer como un avance general y radical sobre lo que lo precedió.

El razonamiento convencional sobre el cambio social es engañoso, porque falla en entender la necesidad de diseccionar los cambios históricos principales en componentes precisos de comportamiento social. Cuando esto se hace, empezamos a apreciar la revolución industrial como una labor que creció por agregación, que fue desarticulada y a veces caótica. (6)

La idea de cambio incremental es tomada del trabajo de Dahl, Lindblom y Braybrooke, donde es expuesto como una estrategia para una elaboración de política organizacional, basada en qué exitosamente se comportan los tomadores de decisiones la mayor parte del tiempo. Es la toma de decisiones la que procede a través de una serie de cambios marginales basados en evaluaciones a posteriori, más que a través de un único gran cambio basado en análisis exhaustivo. (7) El "incrementalismo desarticulado" es más que una estrategia formal en la toma de decisiones. El cambio social importante tiene lugar a través de organizaciones formales, complejas (corporaciones, agencias políticas,

6 Véase, p. ej., E.P. Thompson, *The Making of the English Working Class* (1963); Stella Davies, *Living Through the Industrial Revolution* (1966); Peter Laslett, *The World We Have Lost: English Society Before and After the Coming of Industry* (1965).

7 El concepto es introducido pero dejado sin desarrollo en Robert A. Dahl y Charles E. Lindblom, *Politics, Economics, and Welfare* (1953), pp. 82-85. Es presentado como una estrategia en David Braybrooke y Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process* (1963), pp. 81-110. Un esquema similar, pero más riguroso, es desarrollado en Robert M. Cyert y James G. March, *A Behavioral Theory of the Firm* (1963). Como lo notan Dahl y Lindblom, el incrementalismo tiene mucho en común con lo que Karl Popper llama "ingeniería social fragmentaria". Véase Popper, *The open Society and Its Enemies*, I. (1945), pp. 157-164. Tiene también mucho en común con la "estrategia gradual" de Amitai Etzioni. Véase Etzioni, "The Epigenesis of Political Communities as the International Level", *American Journal of Sociology*, 68, (1963), pp. 407-421, y "European Unification: A Strategy of Change", *World Politics*, 16 (1963). Ambos están reproducidos en Etzioni, *Studies in Social Change* (1966).

asociaciones voluntarias); y cuando nó, la solución de problemas colectivos es esencialmente comportamiento organizacional. Por ello, el incrementalismo desarticulado caracteriza generalmente el cambio no revolucionario en las democracias occidentales, por muchas de las razones expuestas anteriormente en este trabajo y por muchas de las razones que notan Dahl, Lindblom y Braybrooke. El incrementalismo puede no ser la manera preferida de cambio, pero es la forma normal en que ocurre el cambio social. Podemos resumir brevemente las razones:

1. En muchas situaciones de cambio social, la gente está insatisfecha con el presente, pero indecisa o incapaz de alcanzar un consenso acerca de las precisas condiciones sociales futuras que quiere crear, o de cómo lograrlas. Como Dahl y Lindblom señalan: "Los hombres no pueden racionalmente escoger entre alternativas drásticamente diferentes de la realidad presente; solamente después que ellos han probado alternativas, habiéndolas escogido y probado, podrían saber si realmente las querían". (p. 83). Los cambios marginales son un proceso probable bajo estas condiciones, porque ellos permiten un examen constante a través de las experiencias colectivas. Pueden ser hechos con mayor seguridad. Minimizan riesgos. La gente maneja colectivamente el cambio social en cuando puede imponer alguna clase de control sobre su magnitud y tiempo. El incrementalismo es tal control. Los ajustes marginales permiten realimentación para verificar o cambiar los esfuerzos colectivos.
2. Cercanamente relacionada con la primera razón hay otra. La gente tiene capacidades limitadas para hacer frente a posibles alternativas de acción. Sólo un 'set' restringido de consecuencias de alternativas posibles puede ser previsto; y ellas no son necesariamente las más importantes o inmediatas, sino las que caen más claramente dentro del alcance de la competencia de la gente para juzgar. No se necesita mucha experiencia con respecto a este tipo de falla humana para reconocer la deseabilidad de hacer un número de cambios marginales más que unos cuantos grandes cambios.
3. La mayoría de condiciones sociales en las cuales el cambio tiene lugar son complejas y pluralmente determinadas. Los participantes individuales y los grupos afectados mantienen diferentes intereses, diferentes percepciones de los problemas y, de aquí, diferentes ideas acerca de la solución de los

misimos. La acción colectiva requiere un delicado balance de intereses; los compromisos inevitablemente centran su atención en aquellos ajustes marginales que serán satisfechos con el mínimo de fricción.

4. Las estructuras sociales, como lo puntualizó William Graham Sumner, son durables. Tienen una porfiada persistencia enraizada en modelos habituales de interacción de la gente. Los códigos operacionales persisten mientras continúan satisfaciendo demandas colectivas e individuales. Y aun cuando fallen en satisfacer tales demandas, los nuevos modelos deben probarse a sí mismos antes de ser ampliamente adoptados. La mayoría observará mientras unos cuantos experimenten. De este modo, el incrementalismo permite la supervivencia de lo viejo mientras ocurre la alteración.
5. El cambio social no es siempre un movimiento positivo hacia una meta deseada. Es también un movimiento negativo que se aleja de males no deseables. Hay épocas en que el cambio social debe ocurrir, pero ninguna de las alternativas evidentes son agradables. En tales momentos, los hombres tienen que abandonar sus metas e instituir los más pequeños cambios que sean necesarios para evitar malos tiempos y, al mismo tiempo, minimizar las pérdidas sociales.

El incrementalismo, entonces, emerge del contexto de la vida social. Es en el corto plazo que tiene lugar el cambio social. El incrementalismo ayuda a explicar por qué y cómo ocurre esto.

En un trabajo anterior, hemos discutido críticamente la teoría del retraso cultural ('cultural lag') de W.F. Ogburn, una alternativa ampliamente sostenida en teoría social y que se propone explicar algunos aspectos del proceso de cambio social. El error de la teoría del retraso cultural es que sólo reconoce imperfectamente el rol del incrementalismo en el cambio social.

### **Derecho, cambio legal y cambio social**

El derecho es un mecanismo institucional para ajustar las relaciones humanas a la finalidad de asegurar algunas metas sociales concretas. Una función del derecho es la preservación de la paz y el orden en la sociedad. Pero ley y orden ('law and order') son deseados no como un fin en sí mismo, sino como una condición para la consecución de otros objetivos vitales. De mayor significancia es el rol positivo que juega el derecho en el logro de prioridades sociales. En

las democracias modernas, las reglas e instituciones legales son un ingrediente esencial del cambio social dirigido; son la fuerza y autoridad de la nación en su tarea sin fin de estímulo, asignación y reasignación de recursos físicos y sociales (salud, destreza, bienestar, conocimiento, status) a los sectores económicos y a los estratos sociales de la sociedad. El derecho refleja las percepciones, actitudes, valores, problemas, experiencias, tensiones y conflictos de la sociedad. Willard Hurst ha notado que en el derecho los hombres han articulado los medios y fines de su existencia común como en ninguna otra institución de importancia (8).

El derecho, naturalmente, responde al cambio social en la sociedad. Los procesos legales reflejan los problemas sociales, las insatisfacciones colectivas y la dirección en la que se mueve la solución colectiva de los problemas, los intereses diversos y en conflicto que se refieren al proceso de toma de decisiones y, sobre todo, la naturaleza incremental del cambio social (9). En lo que queda de este trabajo, intentamos ilustrar estas características y otras en la consideración de tres tipos de relaciones entre derecho y cambio social.

Cuando se habla del derecho respondiendo o guiando el cambio social, se implica la existencia de un reino legal distinto o distinguible del reino no legal de la sociedad. La definición del derecho es una tarea manida y en algunos sentidos infructuosa. Las sociedades son muy diversas y una definición que cubra las instituciones de los isleños de Andaman (\*) y de los Estados Unidos, puede plantear una carga imposible en el concepto de derecho. Si uno se restringe a las sociedades industriales modernas disminuyen algunas de las dificultades. No hay duda que en los E.U. existe un reino de comportamiento y personal especializado, así como de instituciones, que pueden convenientemente ser llamadas legales. Sus fronteras son equívocas, pero el núcleo es cierto. Las decisio-

8 Hurst, *Law and Social Process in the United States History* (1960), p. 12

9 Para una convincente exposición de cómo el proceso judicial se manifiesta como cambio incremental, véase Martin Shapiro, "Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or Stare Decisis?" *Law in Transition Quarterly*, 2 (1965) pp. 134-157. Cf. Richard S. Wells y Joel B. Grossman, "The Concept of Judicial Policy-Making: A Critique", *Journal of Public Law*, 15 (1967), pp. 308-309.

\* Grupo de islas en la Bahía de Bengala (N. del T.)

nes judiciales y los actos legislativos son instancias de comportamiento legal. Jueces y abogados son personal legal especializado. Las cortes son instituciones legales especializadas.

Los cambios pueden tener lugar dentro de este reino legal; y éstos son cambios legales. Aun una innovación puramente **formal** es un ejemplo de cambio legal. Por ejemplo, una legislatura aprueba una ley, pero falla en establecer una maquinaria adecuada de cumplimiento o implementación. Al menos, la ley agrega una línea o dos a la colección de leyes. Por eso, ha hecho un ligero cambio **formal** en el derecho. Este cambio se confina probablemente al reino de lo legal. No ha afectado significativamente ningún comportamiento exterior a este reino. Una opinión judicial que agrega, refina o cambia algún aspecto de doctrina legal está también, por supuesto, produciendo al menos un pequeño cambio formal en el derecho. Ello puede ser lo más lejos que alcance (10).

Una puede, entonces, trazar una distinción entre cambio **en** el derecho y cambio **a través** del derecho. Un cambio en el derecho puede ser, y a menudo es, puramente formal e interno. No afecta otro comportamiento que el de los actores del reino legal. Cambio a través del derecho también es un cambio en el derecho, o casi es así invariablemente; pero es un cambio en el derecho que no es meramente formal e interno, más bien, es uno que guía a alguna modificación en modelos de comportamiento en el reino de lo no legal. Esto lo hace a través de algún tipo de proceso de ejecución, o a través de un proceso de ejemplo y persuasión.

En pocas palabras, el sentido común nos dice que hay algunos cambios **en** el derecho que son puramente formales e internos; otros guían a cambios fuera del reino legal. Procederemos a analizar más cercanamente los tipos de cambio legal para distinguir más precisamente entre lo formal-interno y lo externo en el cambio legal. Después comentaremos las **condiciones** generales bajo las cuales el cambio en el derecho resulta en cambio social.

### Tipos de cambio legal

Las precisiones hechas arriba nos permiten dividir el cambio legal en algunos tipos generales. Un tipo, el puramente formal e interno, se origina dentro del

10 La *decisión*, por supuesto, ha tenido probablemente un impacto al menos en las partes inmediatas.

reino legal y su efecto se confina a tal reino. Un segundo tipo resulta de presiones y fuerzas externas, pero acaba en cambio puramente interno. Un tercer tipo ocurre cuando un cambio **interno** conduce a un cambio externo. Que un cambio puramente formal tenga importantes consecuencias externas —quizás no anticipadas— es relativamente raro. Una categoría mucho más significativa es cuando un cambio en el sistema legal es una respuesta a fuerzas externas y conduce, a su vez, a consecuencias externas.

### **Cambios formales, internos**

Muchos cambios en el derecho tienen poco o ningún impacto externo. Algunos de ellos, aunque socialmente sin importancia, son no obstante llamados grandemente reforma del derecho. La profesión legal tiene un interés continuo en reformas legales técnicas. Muchas instituciones y grupos dentro de la profesión legal —grupos de Colegios de Abogados, el Instituto Norteamericano de Derecho, comités de redacción legislativos— tienen que ver con un trabajo de este tipo. Ejemplos de reforma legal formal incluyen revisiones y clarificaciones de leyes, codificación de oscuras doctrinas, mejoramientos de formas y formalidades legales, sistematización del “common law” sin cambio sustantivo, métodos de recopilación de datos para abogados en ejercicio y mejores medios que hagan más expeditiva la labor judicial.

No **todas** las instancias de reformas legales de la clase mencionada son puramente formales. Ha habido disturbios a propósito de temas como el de la organización de las cortes. La codificación ha sido en algunas épocas una meta social de considerable importancia (11). Pero muchos de los trabajos mencionados son reforma legal solamente en un estrecho sentido artesanal. La miopía de la profesión es tal que las implicancias de la reforma formal del derecho en el comportamiento son a menudo exageradas por aquellos que trabajan en reformas. Abogados prominentes y académicos pueden dedicar sus vidas a “reformular”. Virtualmente la totalidad de la rama académica de los abogados que trabajan en derecho comercial en los E.U. dedicó años de gran esfuerzo a la redacción y aprobación del Código Uniforme de Derecho Comercial.

11 Para materiales sobre el movimiento de codificación en los E.U., véase John Honnold, ed., *The Life of the Law* (1964), pp. 100-143; on *The Restatements*, pp. 144-180.

Sin embargo, cabe dudar que mucho del Código haya tenido algún impacto en la práctica de los negocios; y no cambió materialmente la conducta de los que se relacionan entre sí en el mercado.

Los redactores y comentaristas del Código Uniforme de Derecho Comercial creían, o parecían creer, que estaban haciendo un gran bien. Pero aun en áreas del derecho donde los abogados deben ser concientes que el impacto de la codificación sobre el proceso social es trivial, parece que sintieran que el mejoramiento de la estética y la sistemática de la ley es un fin en sí mismo. Puede ser que esto sea así debido a que las reformas técnicas de la ley llenan una necesidad profesional. Las profesiones deben asumir una postura de trabajo por el bien público. Los abogados trabajan duro para “mejorar el derecho”, en la manera en que los médicos toman pacientes por caridad. Además, reconocer fallas en el sistema y trabajar para removerlas hace que uno sea menos vulnerable a las críticas externas. También, la reforma legal es el trabajo de los abogados; sólo los abogados pueden hacerla. La reforma del derecho hace que los abogados se sientan mejor; ella realza la imagen del gremio y refuerza la pretensión de que hay trabajos que sólo ellos pueden hacerlos, y bien.

Una clase especial de cambio puramente formal justifica mención adicional. Nosotros la llamamos **ratificación**. Por ratificación entendemos un cambio legal que estampa un sello formal en el cambio en el comportamiento o actitudes que ya han tenido lugar, o legaliza un acto ya hecho. La derogación de una ley que es “letra muerta” es una ratificación. Si una ley, cualquiera sea su historia, ya no es cumplida, está “en vigor” sólo en el más técnico sentido. Remover su cadáver de los libros de derecho sólo es un cambio puramente formal. Ratifica algo que ya ha ocurrido en el reino del comportamiento.

La remoción, por supuesto, cumplirá algunas veces alguna función de utilidad. Si la doctrina o los cuerpos de leyes están confusos por la cantidad de cadáveres, alguien puede ocasionalmente tropezar con uno y lastimarse. Un ejemplo famoso indujo al Parlamento Inglés a abolir la “wager of law” en 1883. La “wager of law” era un artificio del derecho inglés medieval. Un demandado en ciertos tipos de acción podía librarse de responsabilidad al presentar un grupo de “ayudantes por juramento” (“oath-helpers”). Estos eran hombres que juraban que el juramento de la parte que los llamaba era limpio. La “wager of law” era absoluta en tiempos

medievales. Esporádicamente, demandantes desafortunados usaban inadvertidamente en sus demandas un lenguaje que hubiera permitido a un demandado medieval el derecho para invocar la “wager of law”. En unos cuantos casos, uno tan tarde como en 1824, el demandado reclamó el derecho y produjo sus “oath helpers”. El incidente se ligó a una serie de circunstancias que guiaron al Parlamento a abolir la “wager of law”, ratificando así un cambio que había ocurrido siglos antes. “Trial by battle” (juicio por batalla), también fue abolido en 1819, después que un caso en 1818 mostró que “aún era un método legal de prueba en apelaciones de homicidio” (12).

Como lo muestra este incidente, mucho de lo que es arcaico en el derecho es estable e inocuo. Excepto los técnicos del derecho, nadie se preocupa lo suficiente en ello como para trabajar por la reforma. Muchas áreas del derecho anglo-americano conservan asombrosos anacronismos de sustancia o procedimiento. Cualquier buen estudiante de derecho puede mencionar nueve o diez. Pero los efectos de estos vestigios en el comportamiento son usualmente minúsculos. La educación legal no es particularmente empírica; algunos de estos ejemplos son inflados mucho más allá de su verdadera importancia. De aquí que la “reforma” del derecho arcaico pueda resultar para el artesano legal de mucha mayor importancia que la que realmente tiene.

La reforma en estas áreas del derecho es probable que sea, sin embargo, nada más que ratificación. Ella se origina en una de dos formas. Primero, un incidente —como en el “trial by battle”— destaca la posibilidad de un daño o revela a un amplio público el absurdo en la ley. El incidente crea o agudiza una sensación de peligro, o de o para el derecho, entre alguna relevante audiencia. Segundo, los artesanos legales, por sí mismos, se interesan en sacar a la luz y en corregir el derecho arcaico. Actúan como limpiadores, sacando del derecho los rasgos obsoletos, en el nombre de la eficiencia de la justicia.

Algunas veces ocurre un cambio legal que, en la superficie, aparece como bastante significante. Parece presagiar un importante cambio social. Sin embargo, en verdad, el cambio legal simplemente ha ratificado un cambio social pre-existente. Lo que parece ser un ver-

dadero movimiento y remecimiento de la sociedad es en verdad lo que podríamos llamar una **ratificación oculta**. Las leyes sobre propiedad de las mujeres casadas en el siglo XIX fueron aparentemente de esta naturaleza. Estas leyes dieron a la mujer casada, ostensiblemente por vez primera, el derecho para comerciar con su propiedad. Estas leyes parecieron iniciar un cambio fundamental en la posición social y legal de la mujer. Observando el simple ‘record’ legal se podía adivinar qué presiones sociales desarrollaron la emancipación económica de la mujer y que las leyes sobre propiedad de las mujeres casadas fueron la respuesta.

Nadie con el más leve conocimiento de la historia norteamericana podría negar la relevancia de los antecedentes sociales. Pero, similarmente, nadie negaría que el cambio legal produjo importante cambio social. Sin embargo, una investigación más de cerca sugiere que las leyes sobre propiedad de las mujeres casadas no fueron verdaderamente significantes. La posición social y legal de la mujer se había alterado en una etapa anterior. Las mujeres habían comerciado anteriormente con su propiedad, usando arreglos que evitaron las reglas escritas; consecuentemente, las leyes se situaron más en la naturaleza de la ratificación que en la de la innovación (13).

Probablemente más común que la pura ratificación es una situación mitad innovación, mitad ratificación. Aquí los cambios legales surgen en el punto medio de un proceso social que requiere un número de diversas etapas para ser completado. El cambio legal es una ratificación con respecto a los pasos ya dados; en cuanto a los que no han sido dados todavía es, o parece ser, innovación. Se debe tener cuidado de no confundir innovación con anticipación de un proceso ya inevitable. El famoso caso de **Gideon vs. Wainwright** (14) convirtió en deber constitucional de los Estados el proveer de abogados gratuitos para indigentes en casos criminales serios. Muchos Estados ya concedían defensa gratuita para los indigentes. En cuanto a estos Estados, el caso fue una ratificación, aunque poniendo el deber sobre bases constitucionales la Corte Suprema hizo imposible que cambiaran su actitud. En Florida, donde se originó el caso, no se reconocía tal derecho. Para Florida, pues, el caso fue una innovación.

12 Holdsworth, *History of English Law*, Volume I (1922), p. 310. El caso fue *Ashford vs. Thornton*, l.b. and Ald. 457 (1818).

13 Kay Ellen Thurman, *The Married Women's Property Acts* (no publicada, M.L.L. tesis, University of Wisconsin Law School, 1966).

14 372 U.S. 335 (1963).

¿Hubiera finalmente Florida concedido tal derecho a los demandados indigentes sin el empuje de la Corte Suprema? Si fuera así, entonces **Gideon** simplemente anticípó lo inevitable (15). Es igualmente posible, sin embargo, que Florida hubiera permanecido desviante, o sea, se hubiera resistido a la tendencia al derecho de defensa. Si fuese así, entonces **Gideon** habría cumplido una función real. El cambio legal es más claramente eficaz cuando es incremental, cuando induce cambios marginales o cuando proscribire un comportamiento desviante, esto es, comportamiento con el que no indulge la mayoría de la población. Un cambio no incremental hecho por el derecho es probable que parezca peculiar y que permanezca sin vigencia.

### **Cambio legal como reflejando el cambio social**

No es fácil generalizar los efectos del cambio social en el derecho. En un sentido ni siquiera es posible. El punto de vista de la moderna ciencia social es que el derecho no es un fenómeno aislado; es una parte de la cultura total. Los cambios en la cultura afectan necesariamente el sistema legal. Cualquier cambio en el derecho, que no sea el meramente formal, debe reflejar algún tipo de movimiento o corriente social en la sociedad. Como una proposición general, no es aceptable sostener la existencia de algún "retraso cultural" ('cultural lag') o laguna entre las corrientes sociales y las corrientes legales, como lo hemos discutido en otro trabajo (16).

Lo que se encuentra, sin embargo, es que diferentes instituciones legales responden diferentemente a corrientes de fuerza en la sociedad. Ellas pueden tener diferentes mandantes o constituyentes, diferentes ideologías, diferentes roles. Los científicos políticos han señalado largamente cómo algunos grupos americanos de intereses miran naturalmente al Congreso para el apoyo a sus intereses. Otros buscan al Presidente. Los derechos de los negros fueron logrados a través de las cortes; igualmente la nueva distribución legislativa. El incómodo conservadorismo del Congreso no es descrito apropiadamente como retraso o laguna entre el Congreso y el pueblo. Más bien, el Congreso está estructurado así para representar los intereses conservadores y rurales. Las cortes se "retrasaron"

('lagged') con respecto a las legislaturas populistas a fines del siglo XIX. Sus constituyentes, en otras palabras, fueron diferentes. Los modernos descendientes de las legislaturas populistas reprueban los proyectos de ley de vivienda social ('fair housing'); mientras las originalmente conservadoras cortes protegen a los grupos minoritarios, resisten el "macartismo" y apoyan los derechos de los acusados, prisioneros y, en general, de la víctima social. Los factores que hacen de las cortes instrumentos de las aspiraciones de los negros no nos interesan ahora; lo que debe ser señalado es que una vez que las aspiraciones de los negros fueron vertidas en casos judiciales, la producción ('output') legal tomó formas características. Las cortes toman decisiones y enuncian doctrina; la Corte Suprema de los E.U. enuncia doctrina constitucional. De aquí, el movimiento de los derechos civiles, que en ningún caso estuvo ideológicamente orientado, tomó un sabor distintivo de alto derecho y de doctrina, que quizás no hubiera tenido si la legislatura hubiera sido su foro abierto antes que las cortes. Los sindicatos en los E.U., a modo de contraste, encontraron enemigas a las cortes y amistosas a las legislaturas. Quizás la calidad del derecho del trabajo fue afectada en alguna significativa medida por este hecho.

Este es, entonces, un primer aspecto, apenas explorado, del estudio del derecho y del cambio social. ¿Por qué algunos problemas toman un determinado sendero legal y otros otro? ¿Qué impactos tienen las formas de institucionalización sobre la carrera legal de la solución de un problema social? ¿Qué modelos de respuesta legal emergen de estas diversas rutas?

Los modelos de respuesta legal merecen mención adicional. Cada regla, cada frase legal, cada proposición jurídica representa un equilibrio social de algún tipo. Se puede asumir que reflejan alguna alineación concreta de fuerzas sociales y algunas percepciones sociales concretas e ideologías. Lo que es esto, en cualquier instancia específica de creación del derecho, es una cuestión empírica. En algunos casos, uno puede adivinar plausiblemente lo que está en juego. Una ley de un Estado prohíbe a la gente que destruya ciertas orquídeas silvestres. Podemos asumir (como una proposición abstracta) que ningún importante interés del Estado ha demandado esta medida. Por el contrario, algún grupo, quizás 'conservacionistas', o tal vez algún interés más centrado en lo económico, consideró la destrucción de estas flores como un mal y demandó que el estado tomase alguna acción.

15 Por supuesto que a veces anticipación significa una aceleración de un lento proceso existente. Este cambio de ritmo puede ser terriblemente importante.  
16 Friedman y Ladinsky, "Social Change and the Law of Industrial Accidents", 67 *Columbia Law Review* 50, 72-77 (1967).



Cualquier regla del derecho viviente representa un poco de tal alineamiento de fuerzas. Pero las fuerzas sociales no permanecen constantes. Cambian. Y como cambian, el grado de apoyo de la regla también cambia. Algunas veces las fuerzas, aunque cambian, permanecen más o menos en el mismo balance. La regla no será cambiada. Un cambio de fuerza que altera el alineamiento al momento en que la regla es adoptada disminuye el apoyo a la regla tal como es. Si más gente siente más fuertemente que antes a propósito de la destrucción de la vida silvestre, el apoyo por **alguna** regla aumentará pero no por la que existe; ella resulta demasiado melindrosa. Los nuevos amantes de la naturaleza pueden demandar mayores penalidades o un mejor modo de cumplir las leyes de conservación. Se habla a menudo de la pérdida de apoyo como de una "presión" para cambio. La metáfora puede ser engañosa. Presión significa, o debería significar, actos concretos: cartas a parlamentarios, litigios, tumultos, etc. Desde que las instituciones legales no están aisladas de la "presión", ellas responden, ya sea reafirmando la regla (lo que puede significar, en el caso de una legislatura, no hacer nada y en el caso de una corte, adherirse a la doctrina) o haciendo un cambio. Así, para cualquier regla que represente un problema viviente, el cambio es casi seguro. Las demandas para el cambio resultarán, casi ciertamente, en **ALGUNA** suerte de cambio. Esta es una de las razones por las que las reglas desarrollan excepciones (17).

Las excepciones tienden a ser fragmentarias, incrementales. Los alineamientos de fuerzas no se modifican de la noche a la mañana. No son debilitados ni fortalecidos rápidamente, uniformemente. Más aun, la gente no tiende a pensar en términos de cambios radicales en las reglas. Los pequeños cambios son más fáciles de ver y de desear; se acomodan mejor con la oposición. La oposición usualmente hace que un cam-

17 Algunos creen que las reglas desarrollan excepciones porque no pueden ser propiamente formuladas con anticipación. Surge una situación que parece caer precisamente dentro de la formulación de la regla, pero sería injusto, sin embargo, aplicar la regla. De aquí, una excepción es injertada en la regla. Las excepciones, por eso, son el resultado inevitable del hecho que los hombres no pueden predecir el futuro. Valdría la pena, entonces, distinguir entre excepciones que resultan del cambio social y aquellas que resultan de imperfecciones inevitables en la redacción de la regla. Pensamos, empero, que los juristas tienden a sobreestimar el número de excepciones del último tipo.

bio radical propuesto se disuelva en una serie de cambios incrementales. Los programas empiezan pequeños, no sólo porque la visión es pequeña, sino porque se tiene suerte de tener un dedo del pie en la puerta si alguien está impidiendo la entrada.

Las reglas legales que se desenvuelven de este modo tienden a moverse hacia un periodo de alto tecnicismo, durante el cual están "acribilladas de excepciones". Puede o no surgir una regla nueva. El periodo de tecnicismo puede durar siglos hasta que un nuevo alineamiento de fuerzas se hace lo suficientemente fuerte para imponer una nueva regla. Frecuentemente, una regla desarrolla tantas excepciones que resulta disfuncional. Puede ser que ya no sirva más a los intereses de **nadie**. Nosotros utilizamos este análisis en nuestra discusión del surgimiento de la compensación de los trabajadores (18). El punto de partida, o la regla, fue la doctrina del "fellow servant", desarrollada en la primera mitad del siglo XIX. Esta regla negó a los trabajadores el derecho a recibir compensación de los empleadores por daños en los casos de lesiones causadas por compañeros de trabajo. En la medida en que avanzó el siglo XIX, la regla experimentó gran cambio. En la proporción en que aumentaron los accidentes aumentó la proporción de litigios. Las cortes inventaron un sinnúmero de excepciones a la regla. Otras excepciones tomaron la forma de leyes. Hacia el fin del siglo, se podía asumir que la regla ya no era funcional; ella no aisló a las empresas de los costos de accidentes industriales, ni satisfizo ciertamente las demandas de los trabajadores de seguro social contra accidentes inhabilitantes. Así, llegó a ser virtualmente inevitable hacer una nueva regla. Lo que emergió fue el sistema de compensación de los trabajadores. Fue, en un sentido, una dramática desviación del pasado. Pero en el fondo fue un sinnúmero de cambios incrementales en la pre-existente regla de derecho.

Este proceso en tres etapas —regla, alto tecnicismo, nueva regla— es un modelo característico de cambio legal. Un modelo similar ocurre constantemente en historia legal. En cuanto al derecho de inmigración, la libre inmigración terminó con el sistema de la cuota nacional. El sistema de la cuota nacional fue, a su vez, abandonado en 1965, en lo que pareció ser una severa revocación de la política norteamericana tradicional. Pero el sistema de la cuota desde hacía tiempo era un estorbo que no funcionaba. En 1961-62, de los

18 Friedman y Ladinsky, *op. cit.*

21,400 italianos admitidos a los E.U., sólo 5,600 estaban dentro de la cuota. Noventa y cinco por ciento de los yugoslavos admitidos en 1956-57 estuvieron fuera de la cuota (19). Muchas excepciones legislativas (por ejemplo a favor de refugiados cubanos) fueron parte de la ley de inmigración. Y en el Congreso N° 87, se introdujo 3,592 proyectos de inmigración privada, siendo aprobados 544. Sin embargo, el sistema de cuota permaneció como la ley en algún sentido y fue materia para que hablen quienes declaraban que los Estados Unidos eran un estado racista. Dean Rusk, declarando a favor del abandono del sistema de la cuota, dijo, el 11 de marzo de 1965, que “la acción que nosotros demandamos... es, por eso, no una drástica desviación de una política de inmigración largamente establecida, sino más bien reconciliar nuestra política de inmigración como se ha venido desarrollando en años recientes con la letra de la ley general” (20).

La historia de los litigios sobre la segregación escolar provee también otro ejemplo. **Plessy vs. Ferguson** (20a.), a fines del siglo XIX, estableció la doctrina que facultades separadas pero iguales no violan la Constitución. Un período de tecnicismos e indecisión precedió el abandono de esta regla. En este siglo, la Corte Suprema, en base a caso por caso, apoyó a los demandantes individuales negros que protestaron contra las instituciones segregadas. La Corte no desestimó el caso **Plessy**. Injertó excepciones en él o sostuvo que particulares instituciones separadas no eran, en el hecho, iguales (21). Esta posición era insatisfactoria a largo plazo. No forzó la desegregación de las escuelas (que era lo que los negros deseaban), ni reforzó y protegió la regla original. En realidad los compromisos fueron casi inherentemente inestables. Una victoria limitada dió a los negros la esperanza de una victoria más completa; la derrota limitada dió a los segregacionistas tiempo adicional para que demorasen lo que

19 Ann. Rpt. I.N.S., año terminado Junio 30, 1962, Tabla 6, p. 23; Ann. Rpt. Ins, año terminado Junio 30, 1957, p. 20.

20 Audiencias ante Subcomm. of Comm. on Judiciary, H. R., 89th Cong. 1st. Sess., on H.R. 2580, para enmendar la “Immigration Nationality Act”, p. 89.

20a 163 U.S. 537 (1896).

21 P. ej., Sweatt vs. Painter, 339 U.S. 629 (1950) (la exclusión de negros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas considerada inconstitucional). Sobre este tipo de movimiento de derecho, a través de inclusiones y exclusiones dentro de una categoría de gobierno, véase E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1962).

parecía inevitable. La nueva regla, de modo desemejante a la situación que dió lugar a la compensación de los trabajadores, no fue un compromiso sino la revocación de la regla original y una victoria relativamente completa para una de las partes. Pero si tal postura es posible, deseable o no, depende de la precisa naturaleza de la controversia. Algunas materias no se prestan de ningún modo al compromiso. Algunas no se prestan a compromiso en un fórum particular.

El proceso de redacción, debate y adopción de una complicada ley se presta bien a un compromiso de intereses. Una corte no está tan bien equipada para el compromiso. Esto es verdad particularmente para cortes de apelación, que se sienten en el deber de enunciar reglas generales de derecho. Y es particularmente duro para una corte el decirle a una de las partes, en un caso constitucional, que tiene el derecho constitucional pero que no es político dejar que lo goce. Es tan duro como decir que una práctica viola la Constitución, pero que no debería ser prohibida totalmente, debido a los problemas que surgirían. Realmente, las cortes encuentran muchas maneras de lograr compromisos frente a problemas. Los casos entre **Plessy** y **Brown** fueron casos de compromiso. Las mismas reglas de derecho representan sutiles compromisos. No obstante, la clase de ajustes cuantitativos requeridos por la legislación regulatoria moderna está fuera del concepto de las cortes sobre lo que puede y debe hacerse.

La **forma** que toman las reglas necesita mucho estudio adicional. En los sistemas legales modernos, algunas reglas son vagas delegaciones a los que toman las decisiones; otras son crudas y rápidas. Reglas vagas son reglas inestables, particularmente cuando el contenido de las mismas es controvertido. Cuando la controversia es epidémica, los que hacen la ley tratarán de “resolver” el problema, quizás intentando delegación estable. Esto a menudo significa una regla más precisa, matemática (22).

#### **Cambio a través del derecho: el derecho como fuente de innovación.**

4) **Cambios formales.** Aun cambios puramente formales pueden tener consecuencias no-formales. Un cambio en una proposición legal, que se “intentó” sea puramente verbal, o una simple codificación, frecuen-

22 Véase, en general, Friedman, “Legal Rules and the Process of Social Change”, 19 *Stanford Law Review* 786 (1967):

temente vienen a tener importantes consecuencias en el comportamiento. Pero cuando esto ocurre, no es correcto llamar a las consecuencias los **efectos** de un cambio puramente formal. El cambio es simplemente el instrumento o la ocasión para implementar o iniciar algún cambio. El cambio formal es y puede ser sólo una herramienta. Pensar de otro modo es atribuir a los conceptos y proposiciones legales valor y fuerza en ellos mismos. Esto va en contra de la idea que el derecho es parte de la cultura, y que cultura y derecho interactúan.

Los hábitos del discurso legal disimulan el hecho que el cambio formal nunca significa en sí mismo cambio social. Los abogados deben encontrar asideros verbales en los que colgar argumentos. Si uno reclama un derecho constitucional, él necesita mostrar una cláusula que dé tal derecho. La Constitución contiene algunas vagas formulaciones que pueden ser usadas para sostener muchos argumentos y avanzar muchas posiciones. Frases como "igual protección de las leyes" o "debido proceso" son herramientas maravillosamente flexibles. Es una interesante cuestión histórica el saber si la enmienda catorce fue "intentada" para proveer protección a las compañías contra las regulaciones gubernamentales. Tal protección fue "descubierta" en la enmienda a fines del siglo pasado. La cuestión histórica es en un sentido irrelevante. En la lucha de intereses económicos a fines de siglo, las cortes reflejaron a menudo los intereses de los grandes negocios. La enmienda catorce fue un convenio y plausible asidero en que colgar argumentos y decisiones. Sería absurdo llamar a la enmienda la "causa" del "laissez faire", o la "causa" del conservadorismo judicial. Por supuesto que el derecho hace una diferencia. La historia americana hubiera sido muy diferente sin el conservadorismo de algunas cortes del siglo XIX en cuanto a algunos problemas. Pero de este conservadorismo no puede culparse a las frases. Ni se puede asumir que el conservadorismo hubiera sido frustrado sin esas frases particulares. El mundo legal está lleno de artificios y frases.

Similarmente, **Priestley vs. Fowler** (23) que se supone es el caso líder en la regla del "fellow servant", realmente no debería recibir el crédito (o la culpa) de la regla. Es verdad que la doctrina se enunció por vez primera en este caso. Pero no existía la percepción real de su significado en un marco industrial. **Priestley vs. Flower** fue simplemente un incidente, un asi-

23 3 Mees. and Wels. 1 (1837).

dero del que colgar la doctrina, un caso para citar en apoyo de una opinión. Realísticamente, la doctrina tomó forma, creció y llegó a ser poderosa en casos que emergieron de genuinos marcos industriales. Accidentes ferroviarios dieron a los E.U. sus primeros dos casos (24). Los primeros casos citaban a menudo a **Priestley vs. Fowler**, por supuesto. Pero si no hubiera existido tal caso, hubiera sido inventado o la doctrina preparada en base a todo un nuevo ropaje.

2) **El derecho como fuente de cambio social.** Los párrafos previos han discutido el cambio legal como un instrumento inadvertido de cambio social. Mucho más interesante, e importante, es el uso del derecho como un instrumento deliberado para efectuar el cambio social. Mucha discusión ha sido dedicada (o perdida) en la cuestión de si el derecho puede realmente crear cambio social; esto es, si puede guiar a la opinión pública o debe estar condenado a seguirla a respetable distancia, como un príncipe consorte. La mayoría de intelectuales ha tendido a rebajar el poder del derecho. Se supone que esta es la clásica posición sociológica, asociada (quizás erróneamente) con el nombre de William Graham Sumner (25). Más recientemente, sociólogos y otros han pagado tributo, de mala gana, al poder del derecho para arrastrar a su sociedad con él (26). Mucho de esta nueva ola de especulación parece haber sido provocada por los casos de segregación escolar (27). Sin embargo, es aún posible para Arthur Miller escribir "en una democracia el derecho sigue a la sociedad y no puede precederla de ningún modo significante" (28).

24 *Murray vs. So. Carolina Rr. Co.*, 1 McM 385 (S.C., 1841); *Farwell vs. Boston and Worcester Railroad Corp.*, 4 Metc. 49 (Mass., 1842).

25 Pero véase Ball, *et al.*

26 Véase, p. ej., Y. Dror, "Law and Social Change", 33 *Tulane L. Rev.* 787 (1959); A. Rose, "The Use of law to Induce Social Change", *Transactions of the Third Worlds Congress of Sociology*, vol. VI (1956), p. 52

27 Véase M. Tumin, *Desegregations Resistance and Rea-diness* (1958); J. Roche y M. Gordon, "Can Morality be Legislated?" *New York Times Magazine* (May 22, 1955), p. 10, 42, 44, 49.

28 A. Miller, "Notes on the Concept of the 'Living Constitution'", 31 *Geo. Wash L. Rev.* 890 (1963). Miller reconoce que en los casos de la segregación escolar y algunos otros, "puede decirse que la Corte está conduciendo y ayudando a guiar la opinión pública". Miller, "Technology, Social Change, and the Constitution", 33 *Geo. Wash. L. Rev.* 23 (1964).

Difícilmente puede resolverse la controversia, probablemente porque los dos lados no están hablando de la misma cosa. Cada uno de los términos en las cuestiones planteadas —derecho, sociedad, opinión pública y otros— están llenos de trampas. Mucho de la discusión tiene que ver con el difícil problema de si cambios en el derecho pueden conducir a cambios de actitudes profundamente arraigadas. Presumiblemente, sólo cambios de actitudes profundamente arraigadas puede llevar a los blancos y a los negros a vivir en armonía. Esto se puede conceder, al menos para el propósito de discusión, sin conceder que un derecho sobre las relaciones raciales debe seguir necesariamente el mismo curso que las leyes sobre el contenido graso de la leche. La literatura acentúa los problemas candentes, inflamados, emocionales. Hasta dónde el trabajo hecho hasta la fecha puede ser generalizado es materia de duda. Dror sugiere que el derecho tiene más impacto en áreas de la vida emocionalmente neutrales, instrumentales, que en áreas significativas y evaluativas. Esto es, la familia resiste, el mercado condesciende (29). Pero ésta es una formulación demasiado pálida.

Una pequeña aclaración puede ser pertinente. Primero, cuando decimos que el derecho actúa como un instrumento de cambio, queremos decir que afecta el comportamiento de individuos o grupos. Puede hacer esto o por persuasión o por la fuerza. Esto significa, a su vez, que el derecho o establece una maquinaria directamente para crear cambios de comportamiento o, sin el empleo de maquinaria específica, crea una atmósfera que hace el cambio del comportamiento más probable que antes. La maquinaria a que nos hemos referido es toda la escala institucional de sanciones. Esto incluye penalidades de todo tipo, subsidios e incentivos de toda suerte. Las reglas legales son, entre otras cosas, directivas para los oficiales. Ellas autorizan, prohíben o canalizan el comportamiento oficial. Algunas veces, por supuesto, las reglas están muertas. Pero cuando no lo están, ellas resultan en la acción oficial de algún tipo por parte de jueces, policías, administradores. O las reglas pueden autorizar acción privada al conceder privilegios y derechos. En el fondo está la posibilidad de cumplimiento legal.

La obediencia al derecho, que no es el resultado directo o indirecto de la sanción, es sutil pero sin embargo importante. El derecho agudiza la percepción de los problemas sociales. El derecho es también un ins-

trumento de educación; un instrumento de persuasión moral; un bien simbólico. El derecho pone de relieve debates que clarifican (u oscurecen) los problemas. Comunica al público o a un segmento de él, un sentido de problema y de propósito. Este aspecto de debate-agudización, educación, valor-información, no fue la menor de las consecuencias de **Brown vs. Board of Education**. Una decisión de la Corte Suprema que ocupa titulares en los diarios y estimula conversaciones no puede ser rechazada como ineficaz sin más información sobre impacto y causación social que la que está ahora a la disposición de los que estudian el comportamiento humano. El derecho puede proveer un clima para el cambio social, aun cuando los actores que cambian no estén pensando en sanción o subsidio.

Al abrir el párrafo anterior usamos la expresión “obediencia al derecho”. Parte de la literatura habla de sumisión. Pero estos términos, con su decidido tono militar, expresan una visión demasiado estrecha del derecho y de sus sujetos. Las posturas frente al derecho van desde la rebelión desafiante hasta la dócil y literal sumisión. Pero las muchas variaciones que hay en el medio son de particular importancia e interés. Los sociólogos son amigos de decir a todo el mundo que existe una laguna entre el derecho en los libros y lo que la gente hace. Se pasan la vida explorando esta laguna. La laguna es a veces una grieta, a veces un cañón. Y tiene diferencias de más delicada variedad. El derecho fluye del centro hacia sus poblaciones, oficial y privada. Estas lo escuchan, aceptan y modifican de acuerdo a su entendimiento e inclinaciones. La evasión es quizás la excepción; pero la reinterpretación y la revisión de acuerdo a las circunstancias, probablemente la norma (30).

Fuera del área del cumplimiento directo, cierto mínimo de condiciones debe ser llenado por una regla legal para que tenga como resultado cambio en el comportamiento. Dos de ellas son **comunicación y aceptación**. Cada una justificaría un ensayo por sus propios méritos. Una ley que no es comunicada a sus actores potenciales no puede ser, obviamente, efectiva. Como muchas perogrulladas, ésta tiende a ser pasada por alto. La esterilidad de muchas doctrinas que las cortes enuncian solemnemente descansa en el hecho que no hay modo posible en que el actor potencial llegue a saber cuál es el verdadero carácter de la doctrina; de aquí, la doctrina carece de importancia

30 Para un estudio reciente y rico véase S. Macaulay, *Law and the Balance of Power* (1967).

29 Dror, *op. cit.*, p. 801.

desde el punto de vista del comportamiento. Una de las principales funciones de la profesión legal es hacer la política ('policy') efectiva actuando como corredora de información. El difícil mundo del "internal revenue code" (código de ingresos interiores) nunca hubiera podido desenvolverse sin abogados tributaristas (y contadores) que actuaron como corredores de derecho tributario ante sus acaudalados clientes.

El rol de aceptación ha sido debatido por años: ¿en qué medida puede el derecho ser efectivo si la opinión pública está contra él? En esta forma, la cuestión es falsa. Uno debería más bien preguntar: ¿en qué forma puede el grupo "A" imponer su voluntad sobre el grupo "B", que siente de otra manera? Las leyes pueden ser enormemente populares y no tener éxito en afectar a aquellos a quienes están dirigidas. El derecho surge de necesidades sociales, deseos y obligaciones, pero las "reinstitutionaliza" como lo establece Bohannan (31). En el proceso, hay muchas oportunidades de que el derecho pierda efecto porque no apunta propiamente a aquellos a quienes se dirige. No es suficiente descubrir que una ley contra la prostitución tiene enorme apoyo público. Ella no tiene el apoyo de las prostitutas y sus clientes. En consecuencia, no será automáticamente efectiva. Muchas leyes contra la prostitución no se hacen cumplir, o se hacen cumplir en forma defectuosa o equivocada. Los mecanismos para su cumplimiento no bastan. Una ley, por consiguiente, puede reflejar las "mores" y aun ser institucionalmente muerta.

¿Hay ejemplos, finalmente, de cambios en el derecho que crean cambios en el comportamiento y que,

31 P. Bohannan, "The Differing Realms of the Law", in Bohannan, ed., *Law and Warfare* (1967), p. 43.

sin embargo, no son ellos mismos socialmente determinados? No en teoría. El derecho surge de fuerzas sociales concretas. Pero esto es verdad del derecho en general. Piezas y porciones del mismo no fluyen místicamente del **Volkgeist**. Se puede "probar" que el comportamiento cambió después que se aprobó una ley de impuestos sobre los ingresos. Millones de personas llenan a principios de año formularios tributarios, hacen sus cheques y los envían por correo, junto con sus formularios, a una oficina del gobierno. Antes de la promulgación de la ley la gente no se comportaba de esta manera. Sin la ley, este comportamiento cesaría. Obviamente, la ley "causó" este comportamiento. Sin embargo, sería absurdo suponer que había una demanda social pre-existente para que la ley requiriese que la gente llene precisamente ciertos formularios en tal y cual día. La causa social general —una demanda pre-existente de una ley de impuestos, aun de una ley de un tipo particular— conduce últimamente al comportamiento; pero el comportamiento no puede ser deducido de la causa social. Las innovaciones del comportamiento, no obstante, pueden ser a menudo asociadas muy exactamente a innovaciones específicas de la ley.

De este modo, una vez más, aparece como estéril la cuestión general de si el derecho puede tener fuerza independiente fuera de la realidad social. El derecho, como un instrumento para la canalización de comportamiento ordinario en formas particulares, concretas, es indudablemente efectivo en una enorme gama de circunstancias. La cuestión general tiene que ser fragmentada en una serie de interrogantes más pequeñas. Cuando éstas sean contestadas será tiempo de retornar a la cuestión general.