

Artículos

Derecho y cambio social *

Martha Minow **

Traducción de Mary Beloff

I. INTRODUCCIÓN

No puedo dejar de mencionar que hoy vence el plazo para la presentación de la declaración de impuestos, y como muchos de nosotros luchando por terminar nuestras declaraciones impositivas, me acuerdo del dicho “hay dos clases de personas en el mundo: aquellas que terminan lo que empiezan y las otras”. En realidad, lo que realmente creo es que “hay dos clases de personas en el mundo: la clase que piensa que hay dos clases de personas y la clase que no”.

También pienso que existen dos clases de personas cuando se trata el tema “derecho y cambio social”: aquéllas que creen que el derecho es un importante instrumento de cambio social y aquéllas que creen que no lo es. Carolyn Heilburn comentó una vez: “Al pensar en el cambio social profundo, los conservadores siempre esperan el desastre mientras que los revolucionarios anticipan confiadamente la utopía. Ambos están equivocados”¹.

Cuando se trata de las relaciones entre derecho y cambio social, no puedo decir quién está equivocado. En ese tema se encuentran variaciones sobre dos posiciones básicas. Algunas personas piensan que el derecho se queda atrás de los cambios en la sociedad y gradualmente los alcanza. Un ejemplo sería el cambio de las leyes de divorcio que exigían probar que un esposo era culpable por la ruptura del matrimonio, a lo que es denominado comúnmente “divorcio sin culpa”, disponible cuando cualquiera de las partes sólo lo desea. Dados los miles de personas que prefabricaron prueba bajo el sistema de la culpa, la adopción del divorcio sin culpa podría ser vista básicamente como un reconocimiento de la práctica real².

Algunos creen, por el contrario, que el derecho puede ocasionalmente provocar cambios en la sociedad pero sólo ocasionalmente y, a menudo, sin intención de causarlos. Para la gente con esta visión, *Brown v. Board of Education*³

* Trabajo presentado en las “Conferencias sobre Derecho y Cambio Social” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri, 14 al 16 de abril de 1993.

** Profesora de derecho de la Universidad de Harvard.

1. “The Beacon Book of quotations by women”, 299, Rosalie Maggio ed. 1992, citando a Carolin Heilburn, *Toward a recognition of androgyny*, 1973.

2. Ver Weitzman, Leonore, *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, 1985.

3. 347 U.S. 483 (1954).

se presenta como un momento destacable e inusual de liderazgo judicial que se adelantó a la opinión pública y a la práctica⁴. Otros enfatizan las consecuencias involuntarias de los esfuerzos en pos de la reforma legal. Para ellos, el divorcio sin culpa es un ejemplo notorio de una reforma que, sin la intención de hacerlo, eliminó la protección para las mujeres y que, además, ha quedado asociada con caídas significativas en el bienestar económico de mujeres y niños después del divorcio⁵. Otro ejemplo es *Roe v. Wade*⁶, un éxito para el movimiento pro-elección que inspiró y movilizó el contramovimiento pro-vida.

Algunas personas creen que el mayor impacto del derecho en la sociedad llega en la forma de símbolos que afectan la conciencia, las esperanzas humanas y, quizás, por último, la conducta⁷. Desde este punto de vista, la adopción del divorcio sin culpa es más importante por su efecto gradual sobre el significado del matrimonio. Por ejemplo, muchas personas pueden casarse ahora creyendo que van a estar casadas temporariamente; y con esto se reemplaza en la cultura estadounidense el lenguaje moral por imágenes de inevitabilidad para describir la desaparición de matrimonios, sean estos propios o de otros. El lenguaje legal de la “ruptura irreparable”, usado en algunas leyes de divorcio sin culpa, parece tratar al matrimonio roto como a un automóvil defectuoso; se abandona el lenguaje de fracaso o responsabilidad personal por el final de una relación⁸. El papel del derecho, es para algunos de un modo más significativo, un medio cultural que influencia los modos de expresión y las esperanzas y temores cotidianos de la gente.

En contra están aquellos que argumentan que el derecho no produce -o no debería producir- cambio social. Algunos plantean dudas empíricas. Por ejemplo, algunos investigadores han cuestionado la posición según la cual *Brown v. Board of Education* produjo significativos avances legales o políticos en materia de derechos civiles o de reforma escolar⁹. Muchas de estas críticas provienen de gente alineada con el conservadurismo político. Pero no todos los críticos encajan en esa descripción¹⁰. Por ejemplo, mi ex colega Derrick

4. Una refinada versión de esta concepción aparece en Aryeh Neier, *Only Judgment: the limits of litigation in social change*, 1982, en el que argumenta que los tribunales son a veces apropiados y a veces menos idóneos para perseguir el cambio social. Su análisis explora la competencia de los tribunales en ocho áreas diferentes de la política pública.

5. Weitzman, *supra* nota 2.

6. 410 U.S. 179 (1973).

7. Ver Mary Ann Glendon, *State, Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, 1977; ver también Stuart Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, 1974; Clifford Geertz, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective in Local Knowledge*, 218, 1983, discutiendo el derecho como un sistema de símbolos para la percepción, comprensión, juzgamiento, y manipulación del mundo.

8. Martha Minow, *Words and the Door to the Land of Change: Law, Language and Family Violence*, 43 Vand Law Review, 1665, 1990. Cuando hablamos de violencia doméstica, nos referimos a un asunto privado, personal, algo que no ha de ser invadido; inversamente, el maltrato conyugal es un delito verdadero, algo que merece persecución penal.

9. Ver Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?*, 1991.

10. Ver Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act & the Origins of the Modern Legal Consciousness*, 1937-1941, 62, Minnesota Law Review, 265, 1978; Alan Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minnesota Law Review, 1049, 1978. Klare and Freeman adoptan la posición según la cual las victorias episódicas en el movimiento de los derechos civiles limitaron finalmente su impacto transformador.

Bell, quien trabajó para la NAACP en cuestiones de desegregación escolar, ha escrito recientemente libros y artículos polémicos sosteniendo que la reforma por la justicia racial ha fracasado. Argumenta que el racismo y la pobreza negra persisten y que los profesionales del área de los derechos civiles están demasiado inmersos en sus estrategias como para admitir que han fracasado¹¹. Además, Bell compara los esfuerzos de la reforma legal por los derechos civiles con la Prohibición, esto es, el esfuerzo de principios de siglo por prohibir las ventas de licor, y concluye que ambos fracasaron porque demasiada gente en ambos casos quería evadir la ley. Otros plantean una clase diferente de cuestionamientos sobre la relación entre derecho y cambio social; cuestionan en particular la legitimidad de la actividad judicial para producir cambios en la sociedad¹².

No tengo planeado decidir entre estas u otras concepciones antagónicas de derecho y cambio social. En su lugar, me gustaría dirigir la atención hacia los términos clave que subyacen en estas concepciones. Aun cuando pueda parecer una empresa académica, una mirada a las palabras puede influenciar el cambio social. La autora Carmen Martínez Ten dijo recientemente que “el lenguaje no es inocente ni neutral. Los hábitos lingüísticos condicionan nuestra visión del mundo y obstaculizan el cambio social”¹³. Una evaluación significativa acerca del derecho y el cambio social requiere una comprensión cuidadosa de los posibles significados de las palabras “derecho”, “social” y “cambio”.

Permítanme explicar cada uno de estos puntos.

II. SIGNIFICADOS DE “DERECHO”

Muchos estudios sobre derecho y cambio social consideran a los tribunales y, especialmente, a la Suprema Corte de los Estados Unidos, como el único recurso legal disponible. Un libro reciente, por ejemplo, denomina a la fe en el derecho para lograr el cambio social como “La Esperanza Hueca” y centra la atención exclusivamente en la Suprema Corte de los Estados Unidos en las áreas de justicia racial y derechos de las mujeres¹⁴. Esta aproximación es corta de vista y errónea. La Suprema Corte, no obstante lo ilustre y poderosa que pueda parecer, es simplemente una de las muchas instituciones legales en este país. Considera menos de 200 casos al año, recientemente menos de 120, y la mayoría de ellos se refieren a asuntos de técnica legal con escasa significación social¹⁵. Un caso ocasional ante la Corte que involucre asuntos sociales de interés general puede ser un catalizador tanto para el debate legislativo o para una respuesta estatal, como lo es para dirigir consecuencias sociales.

11. Ver Derrick Bell, *Faces at the bottom of the well: the permanence of racism*, 1992; Derrick Bell, *And we are not saved: the elusive quest for racial justice*, 1987.

12. Ver por ejemplo, Martin H. Redish, *The federal courts in the political order: judicial jurisdiction and American political theory*, 10, 1991 (“No habiendo una sentencia de inconstitucionalidad ... es democráticamente ilegítimo para un poder judicial no representativo desestimar, burlar o ignorar las elecciones políticas hechas por los poderes mayoritarios”).

13. *The beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, en página 181, citando a Carmen Martínez Ten, in España, 1991.

14. Rosenberg, *supra* nota 9.

15. Ver generalmente David M. O'Brien, *Storm center: the supreme court in American politics*, 3ra. ed., 1993.

Incluso casos famosos como *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade* reflejan sólo parcialmente la capacidad de la Suprema Corte de influenciar el cambio social porque ambos surgieron de movimientos de masas, con dimensiones legislativas, regulatorias y de protesta. Muchos reformistas contemporáneos promueven acciones legales con el objeto de conseguir un espacio en las noticias de la tarde e influir en las agendas legislativas, sin considerar si tales acciones prosperan o no en la Corte¹⁶. Evaluar tales esfuerzos requiere, por lo tanto, una concepción considerablemente más amplia del derecho que un enfoque estrecho sobre las decisiones de la Suprema Corte o incluso sobre la relación entre la acción judicial y la conducta real de la gente.

Así, la visión de las decisiones de todos los tribunales federales y estatales y de la legislación, tanto federal como estatal, brindaría un marco más apropiado para evaluar los esfuerzos para promover el cambio social. Las críticas de Derrick Bell a las iniciativas del movimiento por los derechos civiles en alguna medida admiten esta definición más amplia de “derecho”. Bell incluye en su crítica a las leyes federales sobre derechos civiles, y menciona como evidencia la presencia ininterrumpida de racismo y los patrones persistentes de pobreza entre tantos africano-americanos. En esencia, trata al “derecho” que importa como las prácticas sociales y económicas informales de instituciones blancas y dominantes tales como las corporaciones y las universidades. Pienso que este es un punto importante: al final el derecho en los libros toma su significado del derecho en la práctica. Desde esta perspectiva, las costumbres y otras prácticas cotidianas que continúan excluyendo o degradando a los no blancos pertenecen, por cierto, a la concepción del cambio social buscada por la reforma legal.

Sin embargo, pienso que Bell subestima los efectos de la reforma legal hasta el presente. Aquí es relevante el grado de conciencia de sus derechos manifestado por africano-americanos tanto como el grado de reclamos legales exitosos. Considero aquí los resultados de una reciente encuesta de casos de discriminación en el empleo reportados por los tribunales federales en 1987¹⁷. La encuesta indico que setenta y siete casos trataron exclusivamente de discriminación racial y sesenta y cinco de aquellos casos fueron promovidos por demandantes africano-americanos; cinco casos fueron presentados por miembros de otras minorías y siete por blancos¹⁸. Este patrón sí sugiere percepciones de discriminación contra africano-americanos más amplias que contra cualquier otro grupo -pero esto también sugiere que el sistema legal constituye un instrumento significativo para desafiar esa discriminación.

En juicio, los demandantes africano-americanos ganaron catorce de los casos que promovieron; los demandantes blancos no ganaron ninguno de sus casos¹⁹. Este segundo resultado podría apoyar conclusiones antagónicas. Quizás esto sugiera que el poder judicial es hostil hacia los africano-americanos, dado que los casos seleccionados no eran presumiblemente casos triviales.

16. Ver Nan Aron, *Liberty and justice for all: public interest law in the 1980's and beyond*, 1989.

17. Roy Brooks, *Shelby Steele and the subtext of our developing civil rights laws*, 9 *Law & Ineq. Journal*, 359, 1991 (reportando los resultados de su encuesta basados en investigación a través del sistema Westlaw).

18. Roy Brooks, *op. cit.*, páginas 363-64.

19. Roy Brooks, *op. cit.*, página 365.

Quizás el resultado indique que la discriminación laboral real sigue siendo todavía una carga enorme para los africano-americanos. Ni siquiera la interpretación altera la evidencia de que al menos esos demandantes creían que tenían derechos que habían sido violados y que tenían derecho a llevar esos casos a los tribunales. Además, los empleadores y sus abogados en todo el país seguían de cerca los casos presentados y las decisiones recaídas, y los empleadores monitoreaban su propia conducta de acuerdo a ello.

La categoría “derecho” debería ser comprendida como aquella que incluyera cada uno de estos elementos: las normas sobre las cuales los individuos llegan a tener conciencia, ya sea que esa conciencia derive de decisiones judiciales, de leyes o de fuentes de derechos más generales que objetan el trato discriminatorio²⁰. “Derecho” debería también incluir el uso real de los tribunales, sea o no que el resultado favorezca al actor y a cambios futuros en la conducta de los empleadores que observan el patrón de casos llevados a los tribunales.

Deberíamos también incluir otra posible dimensión de “derecho”. Se trata de los esfuerzos voluntarios concentrados por y en nombre de personas privadas de derechos para crear servicios y programas negados a ellos por el sistema legal formal. Pienso particularmente en los servicios sociales para niños, viudas y otros dependientes sostenidos por organizaciones de mujeres durante el siglo XIX y los comienzos del siglo XX, antes de que las mujeres obtuvieran el derecho a votar. Aun durante el período en que el derecho asignaba a los maridos el control sobre la propiedad de las mujeres casadas, organizaciones privadas de mujeres voluntarias pragmáticamente designaron mujeres solteras en los cargos de secretaria y tesorera²¹. A través de esas organizaciones, las mujeres crearon escuelas, bibliotecas y orfanatos²². El Parlamento de Mujeres, convocado en 1869 por un club de mujeres de New York, debatió el desarrollo de un gobierno paralelo para implementar los intereses de las mujeres por buenas escuelas, un gobierno limpio y la virtud pública²³.

Las organizaciones de mujeres también abogaron por la adopción de una nueva legislación que incluyera leyes sobre trabajo infantil, la creación de tribunales de menores, regulaciones sanitarias y el voto femenino²⁴. Al contar con una red efectiva para diseminar y promover ideas sobre nuevas formas de gobierno, las organizaciones voluntarias de mujeres no sólo produjeron específicos cambios legales, sino que también alteraron las normas y prácticas del gobierno oficial²⁵. En un libro reciente que examina las políticas de apoyo social en los Estados Unidos, Theda Skocpol demuestra que las organizaciones de mujeres produjeron políticas de bienestar maternalistas para asistir a las madres y niños americanos allí donde los canales gubernamentales oficiales

20. Ver Frank Michelman, “Law’s republic”, 97 *Yale Law Journal*, 1493, 1988.

21. Barbara J. Berg, *The remembered gate: origins of American feminism, the woman and the city, 1800-1860*, página 161, 1978.

22. Ver Martha Minow, “Formin underneath everythig that grows: toward a history of family law”, 4 *Wisconsin Law Review*, 819, 878-87, 1985.

23. Paula Baker, “The domestication of politics: women and American political society, 1780-1920”, 89, *Am. Hist. Review*, 620, 633-34, 1984.

24. Minow, *supra* nota 22, página 881.

25. Minow, *supra* nota 22, páginas 885-90.

se mostraban resistentes a las ideas legislativas sociales adoptadas en Europa durante el mismo período²⁶. Las mujeres en esas organizaciones produjeron en esencia un régimen legal alternativo. Este régimen alternativo, tanto como las reformas específicas que provocó, cambió la sociedad y también alteró el status de las mujeres que participaron.

¿Podrían actividades análogas alterar o expandir el significado del derecho hoy? Un ejemplo contemporáneo podría ser el de hogares para mujeres golpeadas financiados privadamente, creados por ex mujeres golpeadas, que apoyan reformas legales para prevenir y controlar la violencia doméstica. Varios observadores han llamado la atención recientemente contra el financiamiento público de hogares que pueden cooptar el movimiento y minar el cambio social necesario para frenar la violencia en sí misma²⁷. Sin embargo, el financiamiento público de hogares marca un nivel de éxito político, convirtiendo una iniciativa privada en una sostenida por el estado. Otro ejemplo contemporáneo lo constituyen los esfuerzos para crear cuerpos privados voluntarios de policía comunitaria. Consideremos los cuerpos privados voluntarios tales como los Guardian Angels que en algunas cuadras de la ciudad de New York tienen más presencia y son más efectivos que los oficiales de policía. Me interesaría escuchar otros ejemplos de esta expandida noción del derecho.

En este sentido, el derecho no consiste meramente en las reglas formales oficiales adoptadas por legislaturas, tribunales y la administración ni sólo en los procedimientos de esas instituciones. El derecho consiste también en las prácticas de gobierno y de resistencia que la gente desarrolla por afuera y más allá de las instituciones públicas. Esas prácticas pueden alterar el derecho público formal; ellas también alteran el significado y la forma del derecho y proveen un contexto potencialmente rico para el cambio social.

Recuerdo aquí el comentario de Gloria Steinem: “Si el zapato no entra, ¿debemos cambiar el pie?”²⁸. Esto es un comentario iluminador sobre las prácticas sociales y las instituciones públicas, y un buen recordatorio de que los desposeídos pueden marchar con sus pies y rehacer de este modo el orden legal y político.

III. SIGNIFICADOS DE “SOCIAL”

Pasemos a los significados de “social” cuando hablamos sobre derecho y cambio social. Tradicionalmente, el término no es examinado. Por ejemplo, en un libro titulado *Los límites del litigio en el cambio social*, Aryeh Neier nunca define el término “social” sino que considera procesos en diez áreas: igualdad racial, derechos electorales, igualdad sexual, aborto, pobreza, política exterior, seguridad nacional, instituciones tales como prisiones, hospitales mentales, y escuelas para personas con retardo mental, pena de muerte y

26. Theda Skocpol, *Protecting soldiers and mothers: the political origins of social policy in the United States*, 321-523, 1992.

27. Ver por ejemplo, Merle Weiner, “From dollars to sense: A critique of government funding for the battered women’s shelter movement”, *9 Law & Ineq Journal*, 185, 1991.

28. *The beacon book of quotations by women*, supra nota 3, página 300 (citando a Gloria Steinem, *Outrageous acts and everyday rebellions*, 1983).

protección del medio ambiente²⁹. Estos temas reflejan las agendas de grupos orientados a esas causas, tales como *American Civil Liberties Union*, el *Center for Constitutional Rights*, el *Mental Health Law Project*, y el *Southern Poverty Law Center*.

Los temas también satisfacen la amplia definición del diccionario que identifica social como “de o relacionado con la sociedad humana”³⁰. Esa definición pareciera aplicable a cualquier experiencia humana. Aún así, mi sospecha es que la parte “social” de “derecho y cambio social” es concebida usualmente de un modo demasiado restringido. Por ejemplo, concepciones de “social” pueden tratar a la moralidad como algo dado³¹, cuando en realidad “social” podría ser el terreno para debates sobre lo que interesa como moral.

Comparemos la visión más limitada subyacente en el propio análisis de Neier. Este autor traza una distinción entre moralidad y política. Esta distinción cobra mucha importancia en la evaluación de Neier para determinar en qué han sido exitosos y en qué han fallado los esfuerzos por la reforma legal. Por ejemplo, concluye que litigar en los tribunales funcionó para obtener avances específicos para los beneficiarios del servicio social, tales como la eliminación de requisitos de residencia y el establecimiento de procedimientos más justos para terminar con los beneficios³². Más aún, Neier liga la reacción política al momento en el que los reformadores legales afirmaron que el bienestar era un derecho, no meramente un regalo o un privilegio³³. En ese momento -argumenta-, los reformadores alcanzan el punto en el cual la mayoría de los estadounidenses no encuentra moralidad en la causa. Esto contrasta, en la visión de Neier, con la cruzada por la justicia racial, a la cual sí le preocupaba la moralidad³⁴.

Tal vez su descripción rastrea correctamente experiencias pasadas. Pero tratar la distinción entre moralidad y política como fija y dada, hace que el término “social”, cuando es usado en la frase “derecho y cambio social”, nunca parezca involucrar los contextos personales y políticos en los cuales la gente debate acerca de la moralidad³⁵.

Sugiero en cambio que “social” incluya actitudes sostenidas por individuos particulares. Por ejemplo, la noción de que “lo personal es político” resulta crucial para el movimiento feminista. Estrechamente relacionados se encuentran los métodos de toma de conciencia y transformación personal.

29. Neier, *supra* nota 4.

30. *Webster's third new international dictionary* 2161, 1967.

31. Richard A. Posner, *Sex and reason*, 1992. Ver también prácticamente cualquier otra cosa que él haya escrito desde “The economics of the baby shortage”, 7 *Journal Legal Studies*, 323, 1978 (coautora Elisabeth M. Landes).

32. Ver Neier, *supra* nota 4.

33. Neier, *supra* nota 4, página 139.

34. Neier, *supra* nota 4, página 140.

35. Quizás la política está en cuestión cuando la práctica gubernamental es el objetivo y la moralidad está en juego cuando la práctica gubernamental es puesta en jaque sólo como los medios en otros terrenos, tales como el empleo privado, o la conducta en las familias o en las empresas. Esta lógica ubicaría los derechos electorales, la pena capital, la política exterior y la seguridad nacional del lado de las prácticas gubernamentales, y el racismo, el sexismo y las actitudes hacia personas pobres o discapacitadas del lado de la moralidad. Pero esta aproximación toma como dadas las propias actitudes que algunos buscaríamos cambiar. Además, Neier parece aquí separar instancias de acción gubernamental de instancias de inacción gubernamental. Los profesores han dedicado mucha tinta a cuestionar esta distinción y a encontrar acción gubernamental en la inacción o viceversa.

Esas ideas rara vez son discutidas en relación con derecho y cambio social. Y aún así los debates sobre libertad reproductiva, acoso sexual, derecho a morir y adopción interracial involucran en forma crucial renovaciones en las actitudes personales y en la conducta íntima.

Se puede decir lo mismo respecto del reciclaje y la conciencia ambiental. Los cambios que sustentan las reformas ambientales y los cambios producidos por las reformas ambientales, involucran de un modo importante la forma en que la gente ve asuntos tales como las servilletas de papel³⁶. El director ejecutivo del Sierra Club, por ejemplo, reportó que la organización, comprometida con la calidad del medio ambiente y la belleza natural, encontró una orientación completamente nueva cuando la gente que asistiera a un encuentro dijo: “Oh, no estamos usando más servilletas de papel” debido al “movimiento de la nueva ecología”³⁷.

En efecto, muchos pensadores que planifican el futuro del movimiento ambiental apuntan a los cambios en la conciencia individual como un objetivo crucial precisamente porque el gobierno nunca tendrá suficiente poder para proteger el medio ambiente. Ralph Nader, por ejemplo, ha argumentado que el aparato regulador del gobierno tiene la autoridad para detener la contaminación y la degradación ambiental, pero no el poder para hacerlo. Un poder real requeriría oficinas de grupos ambientales en cada comunidad. En palabras de Nader: “Eso implicaría un cambio de poder que tradujera las necesidades de la gente en una aguda promoción -política, económica, legal-, toda clase de promoción que pueda entonces obligar a la autoridad a hacer su trabajo”³⁸.

Esta visión atrevida se hace eco de concepciones democráticas populistas que inspiran a muchos movimientos políticos divergentes. Pero también reconoce como significativo el cambio de actitud que se observa en la gente común.

Lo que compromete a la gente, tanto en conjunto como en forma individual, lo que realmente altera las emociones y las actitudes, debería ser parte de lo que entendemos por “social”. Nadine Gordimer, la novelista sudafricana, ofreció esta poderosa perspectiva:

“No son los cambios conscientes hechos en sus vidas por hombres y mujeres -un nuevo trabajo, una nueva ciudad, un divorcio- lo que realmente los modela, como los titulares de un capítulo en una biografía, sino una larga, lenta mutación de emoción, escondida, que penetra todo; algo por lo cual ellos pueden estar tan absortos que los cambios prácticos ocurridos al exterior de sus vidas en el mundo, notados con sorpresa, escándalo o envidia por otros, pasan casi desapercibidos para ellos mismos”³⁹.

Pienso que Gordimer estaría de acuerdo en que el cambio político está interrelacionado con el cambio personal. Muchos otros, sin embargo, todavía descuidan esa conexión. Un significado útil de “social” podría referirse al contexto para acercar esos dos terrenos. Abordar los espacios en los que las

36. Philip Shabecoff, *A fierce green fire: the American environmental movement*, 1993, página 119.

37. Philip Shabecoff, *op.cit.*, páginas 118-19 (citando a Michael McCloskey).

38. Philip Shabecoff, *op.cit.*, página 244 (citando a Ralph Nader).

39. *The beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, página 43 (citando a Nadine Gordimer, *The lying days*, 1953).

actitudes privadas son forjadas y reforzadas deviene crítico en esta comprensión del plano social.

La noción de lo “social” ha estado demasiado limitada en otro sentido. Ha tendido a excluir la economía. Los estudios muestran que los africano-americanos y los blancos que han tenido los mismos años de escolarización aún no ganan lo mismo cuando son empleados; los resultados oscilan en una diferencia salarial del diez al treinta por ciento para gente educada de modo similar en las dos razas⁴⁰. Para muchos, el tema central en la disparidad racial es el acceso a los recursos, y esto permanece sin ser modificado por las reformas legales existentes sobre derechos civiles⁴¹. Es útil aquí, creo, la distinción de Roy Brook entre racismo -una creencia según la cual la raza es el determinante primario de las capacidades humanas en patrones raciales fijos de superioridad e inferioridad- y discriminación racial -tratar a miembros de diferentes razas de modo diferente, independientemente de si el racismo es el antecedente⁴². Los esfuerzos por usar el derecho para cambiar el modo en que la sociedad aborda el tema de la raza parecen haberse focalizado más en el racismo que en las oportunidades económicas previstas o proscriptas para los miembros de las minorías raciales. Esto puede reflejar resistencia por parte de jueces o políticos a la visión más amplia de algunos reformadores legales o puede reflejar la propia tendencia del derecho a distinguir entre justicia correctiva y distributiva⁴³. Por ejemplo, muchos esfuerzos de desegregación en escuelas del norte se detuvieron cuando cuestionaron las divisiones de clase que afectaban patrones residenciales y límites entre ciudades y suburbios. Hasta que la oportunidad económica esté ubicada exactamente dentro del terreno de lo social, los esfuerzos sociales y legales para producir un cambio en el *status* de la raza no harán mucha diferencia.

IV. SIGNIFICADO DE “CAMBIO”

El significado de “cambio” puede parecer obvio. El fin es alterar, revisar, renovar, sustituir, mover. Pero simplemente cambiar de una posición estática a otra cuando se trata de relaciones de raza, del tratamiento de personas con discapacidades o de violencia doméstica, soslaya una noción de cambio más profunda. Es la diferencia entre perseguir resultados y procurar un proceso continuo de cambio.

Este contraste explica por qué algunas personas no confían en el financiamiento gubernamental de refugios para mujeres golpeadas. El peligro es que los compromisos con el financiamiento del gobierno profesionalizarán y burocratizarán los refugios, privándolos de su utilidad para promover la crítica política y los cambios de conciencia dentro y fuera de los refugios⁴⁴.

40. Ver Brooks, *supra* nota 17 (citando estudios de la revista *Rand & Money*).

41. Derrick Bell, *Faces at the bottom of well*, *supra* nota 11; Mari Matsuda, *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*, 1993. Derrick Bell y Mari Matsuda han considerado expresamente, como respuesta a este problema, un sistema tributario basado en la discriminación y en reparaciones a la discriminación, respectivamente.

42. Brooks, *supra* nota 17, páginas 362-63.

43. Ver Neier, *supra* nota 4, páginas 108-98; ver también el caso *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 1977.

44. Ver Weiner, *supra* nota 27.

Un contraste similar entre orientación a los resultados y orientación a los procesos podría influenciar una opción entre tipos de apoyo gubernamental. Por ejemplo, en contraste con el enfoque usual de la agencia federal para la protección del medio ambiente, las enmiendas de 1986 a la ley federal de limpieza de residuos tóxicos requieren que las empresas que producen o utilizan sustancias tóxicas informen a las comunidades locales sobre sus actividades⁴⁵. La ley también pone a disposición fondos federales para ayudar a las organizaciones de la comunidad a adquirir la asistencia científica y técnica necesaria para participar en procesos locales para tratar con los riesgos de salud y de seguridad⁴⁶.

Poner la atención en el proceso de cambio en curso conduciría hacia iniciativas que tengan la capacidad de atraer votantes que las apoyen en el futuro. Sobre esta base, Theda Skocpol ha abogado por programas de bienestar social que más que estar destinados a los más necesitados⁴⁷, son universales. De modo similar, Susan Sturm ha abogado por una reforma judicial de las prisiones que no sólo establezca estándares de condiciones decentes sino que ponga en marcha procesos que generen un cambio más profundo en lo organizacional y grupal, modificando las relaciones entre internos y administradores⁴⁸.

Me gustaría abordar, con esta perspectiva, las iniciativas legales a favor de la gente con discapacidad mental. En apenas veinte años, las reformas legales en el área de la salud mental han criticado y puesto en evidencia las fallas en las instituciones públicas y las prácticas de internación, han reclamando mejores procedimientos, han expandido la participación de los pacientes, y han cuestionado seriamente el *status quo*. Los logros en poco tiempo han sido enormes. Esto puede medirse con la reciente indicación de que las próximas reformas en el sistema nacional de salud incluirán un compromiso serio de financiar servicios de salud mental. Otras medidas incluyen éxitos legislativos tales como la adopción de la *Americans with Disabilities Act*⁴⁹ y la *Fair Housing Amendments Act*⁵⁰. Otros éxitos están representados por la selección de una persona con síndrome de Down en el rol protagónico de un programa televisivo de una cadena muy importante, y por la protección legal contra discriminación en el seguro de salud para personas con discapacidades mentales.

Pero algunas de las reformas en sí mismas han producido considerable controversia. Sé que es más fácil ser un crítico que un reformador. Una vez vi un dibujo animado que mostraba un globo lleno con aire caliente, atado a una bolsa de arena, y en el dibujo animado, los liberales eran el aire caliente y los conservadores la bolsa de arena⁵¹. Ya sean liberales o conservadores, los críticos

45. 42 U.S.C.A. s 9601 et seq., Law. Co-op., 1989.

46. Ver Shabecoff, *supra* nota 36, páginas 243-44.

47. Theda Skocpol, "Targeting within universalism: politically viable policies to combat poverty in the United States", en *The Urban Underclass*, 411, Christopher Jencks & Paul Peterson, eds., 1991; ver también Theda Skocpol, "Universal Appeal: politically viable policies to combat poverty", 9 *Brookings Review*, 28, 1991.

48. Susan Sturm, "Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons", 138 *University of Pennsylvania Law Review*, 1990, página 805.

49. 42 U.S.C.A. s 12101, Law. Co-op. Supp., 1993.

50. 42 U.S.C.A. s 3601, Law. Co-op. Supp., 1993.

51. James T. Pendergrast, *Object lessons: drawings by James T. Pendergrast*, 1988, página 68.

pueden soplar aire caliente y cambiar la bolsa de arena. Pero la desinstitucionalización de personas con enfermedad o retardo mental es una reforma llevada a cabo por una generación que bien podría producir el escándalo de la siguiente⁵². Mi ex jefe, el Juez David Bozelon, durante largo tiempo abogó por los derechos de las personas con discapacidad mental. Pero advirtió que la desinstitucionalización en muchos estados simplemente trasladaría a la gente “desde el ‘patio de atrás’ al ‘callejón de atrás’ [y que la] ‘promesa de libertad’ ha probado a menudo ser tan quimérica como la ‘promesa del tratamiento’”⁵³.

Las condiciones de tantas instituciones estatales para enfermos mentales y de las escuelas para personas con retardo mental han sido abominables. Los reformadores han desarrollado argumentos legales en el sentido de que la gente tiene derecho al tratamiento en el ambiente menos restrictivo posible, y que vivir en la comunidad es en sí mismo un derecho y una práctica rehabilitadora o terapéutica. Estos argumentos coincidieron con la crisis del presupuesto público y el resultado ha sido un masivo movimiento de gente de las instituciones. ¿Dónde han aterrizado? La relación entre el no tener hogar y la desinstitucionalización ha sido exagerada en la imaginación de la prensa y del público, pero los estudios sí indican que alrededor del treinta al cuarenta por ciento de la gente sin hogar padece de alguna clase de enfermedad mental⁵⁴. Es difícil en este sentido cuestionar la extendida percepción pública de que los reformadores han garantizado a la gente con discapacidad mental el derecho a vivir en la vereda⁵⁵.

Aun más problemático es que muchos de los evidentemente desinstitucionalizados se han convertido en reinstitucionalizados. Algunos fueron trasladados a asilos, algunos a clínicas privadas, muchos ingresaron al sistema de justicia criminal. Algunos pueden ser amenazados con el regreso a las ahora vacías enormes instituciones mentales. Los que están “en la comunidad” a lo sumo cuentan con un cuidado fraccionado o, a menudo, con ningún tratamiento en absoluto⁵⁶.

¿Es entonces la desinstitucionalización un fracaso? Si es así, el fracaso se refleja más sobre la sociedad en general que sobre los reformadores. Estigma y falta de respeto por la gente que parece diferente preceden a la desinstitucionalización, y no sorprendentemente persisten⁵⁷. Esto me hace recordar el viejo chiste: “¿Cuántos psiquiatras hacen falta para cambiar una

52. John Q. La Fond & Mary L. Durham, *Back to the asylum: the future of mental health law and policy in the United States*, 100, 1992 (citando a David Rothman: “las reformas de una generación se convierten en los escándalos de la siguiente”).

53. Juez David Bazelon, prólogo a Kenneth Donaldson, *Insanity inside out: the personal story behind the landmark supreme court decision xi*, 1976. Proveo una discusión más amplia sobre estos asuntos en Martha Minow, “Questioning our policies: judge David Bazelon’s legacy for mental health law”, 82 *Geo. Law Journal*, (número 1, en prensa).

54. Rael Jean Isaac & Virginia C. Armat, *Madness in the Streets: how psychiatry and the law abandoned the mentally ill*, 4, 1990.

55. *Idem*, página 340.

56. La Fond, *supra* nota 52, página 109.

57. Martha Minow, “When difference has its home”, 22 *Harvard C.R.-C.L. L. Review*, 111, 1987; ver también Robert L. Hayman, Jr., “Presumptions of Justice: law, politics, and the mentally retarded patient”, 103 *Harvard Law Review*, 1201, 1990.

bombita de luz?” Hay dos posibles finales. Uno es: “¿Qué te hace formular esa pregunta?”. El otro es: “Sólo uno, pero la lámpara realmente tiene que querer cambiar”. Por analogía (si uno puede hacer analogía con el final del chiste), ¿cuánto puede la desinstitucionalización cambiar a la sociedad? Respuesta: puede, si realmente la sociedad quiere cambiar.

Ahí está la cuestión. La sociedad realmente no ha querido cambiar mucho. Los reformadores, me permito sugerir, deben tomar en cuenta este hecho básico para diseñar las reformas. Si el objetivo era abrir oportunidades de vidas decentes para la gente con discapacidades, esto está lejos de haber sido alcanzado⁵⁸. Si el medio elegido enfatizó la visibilidad, asumiendo que la comunidad respondería al ver a la gente necesitada, la sorprendente capacidad de insensibilidad humana debe ser reconocida.

Algunos observadores sugieren, sin embargo, que el propio disgusto y controversia sobre la desinstitucionalización puso en movimiento un proceso de cambio continuo. Comentando los esfuerzos por desinstitucionalizar en Italia, la profesora Ota de Leonardis escribe que algunos problemas no encajan en el esquema de problema y solución⁵⁹. Afirma aun más que los cuestionamientos a las instituciones también cuestionan la representación de un problema frente a una solución. Admite que la desinstitucionalización crea problemas, también crisis. Pero argumenta que este es un buen resultado ya que moviliza a mucha gente, incluyendo a pacientes, a actuar. Dispara experimentos, completa con ensayo y error, y estimula un continuo proceso de reforma y reacción. Desde esta posición, el fracaso en el resultado es en sí mismo un éxito en el proceso de cambio continuo.

Si el esfuerzo es catalizar respuestas sociales más amplias para la gente que parece diferente sin embargo, creo que podemos hacer algo mejor que el circuito sin hogar/ criminalización/reinstitucionalización que ahora vemos en la mayoría de los lugares. La esperanza es poner en movimiento un proceso de compromiso social con la gente que parece diferente y comprometer la tarea de rehacer la sociedad de modo que los costos de la diferencia no caigan sobre la gente más vulnerable.

Para muchos reformadores en este área, el compromiso con el cambio continuo en sí mismo plantea un dilema. ¿Cuestionarán los reformadores la propia noción de diferencia, perdiendo de este modo el fundamento para justificar servicios especiales y protección para la gente con discapacidad mental? ¿O quienes abogan enfatizarán la diferencia, arriesgándose entonces a un recorte de gastos, a la reinstitucionalización y a tornar rígidas actitudes negativas y estigma?

De niña, siempre odie los “lo uno o lo otro”. Pienso que “ambos” e “y” son mucho más agradables y mucho más probables. Stanley Cohen ha comentado que el reclamo de la diferencia podía ser usado para justificar servicios, no sólo estigma social⁶⁰. Clasificar a la gente puede traer problemas

58. Ver el caso *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985) (La Suprema Corte se ha negado a tratar a los discapacitados mentales como una clase “sospechosa”, quizás porque ha habido movimientos políticos que han creado cambio social en su nombre).

59. Ver Ota de Leonardis, “Desinstitutionalization, another way: the Italian mental health reform”, 1 *Health Promotion* 151, 153, 1986.

60. Stanley Cohen, *Visions of social control: crime, punishment and classification*, 1985, página 263.

pero puede ayudar también a movilizar recursos⁶¹. Además, señala Cohen, los miembros más débiles y menos poderosos de la sociedad pueden ser mejor atendidos al tener profesionales y quienes aboguen vinculados a ellos debido a un proceso de etiquetamiento, que si se dispersan en el mar general de la miseria humana. Esos profesionales y quienes abogan por los que parecen diferentes, a su vez, pueden mantener vivo el proceso de cambio continuo.

Una idea similar reconocería que la concepción de la gente con discapacidades como “diferente” es dominante y por lo tanto, un fructífero instrumento para cambiar la sociedad⁶². Esta idea debe, creo yo, ser sostenida en conflicto con la poderosa comprensión de Audre Lorde “las herramientas del maestro nunca desmantelarán la casa del maestro”⁶³. De modo similar, la noción de cambio debería combinar la imagen de Adrienne Rich: “no como un salto/sino como una sucesión de breves y sorprendentes movimientos/cada uno haciendo posible el siguiente”⁶⁴, con el dicho jasídico “no puedes saltar un abismo en dos saltos”. Y un pensamiento más con una vuelta: “Cuando estás aislado, tienes el mundo debajo de tus pies”. El “cambio” en derecho y cambio social necesita estas clases de paradojas, tensiones y vueltas; necesita conectar el pasado con el futuro, resultados con procesos y fines con medios.

V. FINES

Hablando de fines, es tiempo para uno. Admito que no he respondido muchas de las preguntas que pueden haberlos conducido a asistir a esta charla. He propuesto concepciones de “derecho”, “social” y “cambio” que pueden parecer sorprendentes o no familiares. Sugiero que “derecho” incluya la acción judicial, legislativa y regulatoria, pero también su inacción, y las actividades contrastantes de grupos privados e individuos que persiguen el cumplimiento del derecho o que de otro modo buscan alterar la forma en la que la sociedad es gobernada. “Social” debería ser entendido incluyendo los contextos de la política y la cultura en los cuales las personas forjan la conciencia de su sociedad y de sus aspiraciones para ella; “social” también incluye el terreno para debates sobre qué moralidad y qué justicia económica debería acarrear. “Cambio” incluye no sólo alteraciones específicas, discretas, sino también procesos de renovación y cuestionamiento continuo del *status quo*.

Pueden no estar de acuerdo con estas definiciones. Si provoco un debate sobre ellas, estaré encantada, porque mi preocupación fundamental es la forma en la que los términos “derecho”, “social” y “cambio” han permanecido por largo tiempo sin ser examinados en los debates sobre derecho y cambio social. Y ahora ofreceré una forma más para identificar a dos clases de personas: aquellas que se van sin decir adiós y aquellas que dicen adiós sin irse. Yo estoy en el segundo grupo, así que me despido, pero me quedaré ahora por aquí con la esperanzas de que podamos seguir conversando más adelante.

61. Stanley Cohen, *op.cit.*, páginas 268-70.

62. *The Beacon book of quotations by women*, *supra* nota 3, página 299 (citando Jenny Holzer, *Truisms* (1977-79) (“usa lo que es dominante en una cultura para cambiarla rápidamente).

63. Audre Lorde, *Sister outsider*, 112, 1984.

64. Adrienne Rich, “From a survivor”, en *Diving into the wreck, poems 1971-72*, 50, 1973.

