

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos: teoría y práctica *

Robert W. Gordon **

En muchas sociedades la profesión legal tiene una retórica de servicio público. También donde la profesión está dividida en dos ramas que siguen caminos distintos -una rama privada representando a clientes personales o de negocio, y una rama pública de funcionarios estatales (burócratas, fiscales o jueces)- los abogados privados con frecuencia afirman que se dedican no sólo a sus propios intereses y los intereses de sus clientes, sino también a los intereses del público. Los abogados tienden a justificar su estatus social y sus privilegios legales especiales -como el monopolio de ciertos tipos de práctica, el privilegio de regular las condiciones de entrenamiento, ingreso y práctica, o el privilegio de no divulgar la confianza del cliente- sobre la base de que la profesión necesita tales privilegios para garantizar la independencia requerida para cumplir con sus funciones públicas importantes. La función principal es mantener el Estado de Derecho asegurando que el Estado actúe sobre las personas dentro del marco de su jurisdicción por medio de las formas de la ley. Como dijo Gneist en 1867 (uno de los fundadores de la profesión alemana de defensores), “El standard legal de práctica libre no es nada menos que la precondition de toda independencia de la vida común, de auto-gobernación, y de vida constitucional en su sentido más amplio.”¹

La cantidad de realidad, y el tipo de realidad, que apoya esa misión pública por el organismo de abogados privado varía tremendamente según lugares y épocas. A veces las demandas son una farsa completa - una hoja de higo fina de respetabilidad por una profesión que de hecho busca sólo enriquecerse y sirve mal hasta a sus propios clientes, o que meramente es el utensilio y el portavoz de grupos y facciones poderosas privadas y oficiales. Pero, a veces, las demandas tienen substancia.

En este ensayo quiero presentar algunas de las formas en que los miembros de la profesión legal que yo mejor conozco, la de los Estados Unidos, han sostenido servir el “interés público”. Teniendo en cuenta la profesión legal del resto del mundo, los abogados de los EE.UU. parecen tener mucha energía en cuanto al uso de la representación privada como medio para lograr una agenda pública. Se verá que lo que esos abogados llaman la práctica del “interés público” es muy variada y compleja, que no existe una sola forma en que los abogados privados sirven el interés público, sino muchas, y algunas formas están en conflicto con otras. También quiero describir algunas de las condiciones

* Este trabajo fue presentado en el Seminario Latinoamericano (SELA) entre el 16 y el 19 de agosto de 1996, en la ciudad de Buenos Aires organizado por las Universidades de Palermo, Buenos Aires, Chile y Diego Portales.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

1. Rudolf von Gneist, *Freie Advocatur* (Berlin, Springer: 1867), at 47

históricas -políticas, culturales, institucionales- que han hecho posible el activismo de interés público de los abogados de los Estados Unidos, y algunas de las condiciones que limitan su trabajo y limitan su eficacia.

Antes de tratar de describir la variedad de defensa del interés público en los Estados Unidos, tengo que relatar un poco el trasfondo histórico que explicará la ubicación peculiar de los abogados estadounidenses en cuanto a su estado y su sistema legal. Lo que esencialmente determina esta situación yace en las experiencias anticoloniales y pos-coloniales, es decir, durante e inmediatamente después de la revolución contra el imperio británico. Antes de la independencia, el organismo de abogados estaba dividido entre los abogados de la administración del imperio británico, y aquéllos (generalmente más jóvenes) que representaban a los granjeros, los terratenientes, los comerciantes y otros ciudadanos que con frecuencia tenían conflictos con la burocracia del imperio. Cuando la revolución triunfó, los abogados y los funcionarios leales al imperio emigraron -dejando un organismo de abogados y unos ciudadanos que desconfiaban extremadamente de la autoridad central burócrata, dispuestos a creer que la causa de la libertad yacía en las instituciones populares -jurados y asambleas legislativas- que trabajaban bajo ciertos principios básicos del gobierno expuestos en constituciones. La declaración de los Derechos de los varios estados y constituciones federales son principalmente códigos del proceso básico criminal -el derecho a una audiencia, el derecho de no ser registrado y arrestado- que refleja la idea de los revolucionarios que el peligro a la democracia era el abuso del estado de la ley criminal para castigar a sus oponentes y disidentes.

Sin embargo, en las décadas posteriores a la independencia (los años 1780 y 1790), las elites, incluyendo a la mayoría de los abogados, llegaron a creer que las instituciones populares también podían abusar del poder - echar a los oponentes políticos a la cárcel, destruir el sistema de crédito cancelando deudas, redistribuyendo propiedades. Entre las soluciones que estas elites ayudaron a implementar, inclusive la nueva Constitución Federal, estuvo el fortalecimiento de la rama jurídica. Los colonos de la generación revolucionaria querían jueces independientes del ejecutivo real británico, pero dependientes de las legislaturas coloniales. Las elites pos-coloniales querían jueces independientes de ambos - los nuevos jueces federales adquirieron poder de revisión jurídica- el poder de declarar inválido hasta un decreto legislativo si los jueces pensaban que los estatutos se contradecían con la ley constitucional. Los abogados de las elites también tuvieron éxito en aumentar el control judicial sobre los jurados (aunque no completamente como en Inglaterra, dónde el jurado rápidamente llegó a ser un vestigio, excepto en casos criminales).

Entonces, el Estado de Derecho poco a poco llegó a significar que la acción ejecutiva y legislativa podía ser revisable y respondida por medio de acciones legales llevadas a cortes independientes.² La opinión del Estado de Derecho basada en un centrismo de la corte, dependía de una cultura legal donde la “ley”

2. “Independiente” nunca significó “apolítico”. Los jueces, en ese entonces y desde ese momento, fueron casi siempre del mismo partido que el Poder Ejecutivo incumbente.

En la mayoría de los estados, hacia 1850, los jueces eran (y aún lo son) elegidos popularmente, a pesar que en el sistema de tribunales federales (nacionales) ellos siempre han sido nombrados por el Presidente de los Estados Unidos y confirmados por el Senado de Estados Unidos.

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

declarada y administrada por la corte, podía considerarse separada de, anterior y superior a, la acción ejecutiva y la legislativa. Las reglas primordiales de la ley privada -propiedad, contrato de delito, ley comercial, etc.- derivaron de la ley común, la ley hecha por los jueces y que simultáneamente afirmaban tener ambos una base popular en su costumbre y una base objetiva en la “ciencia legal”. Los abogados y jueces americanos también asumieron que había muchas fuentes de ley “mayores” que la ley meramente positiva o municipal: a menudo citaban tratados sobre la ley de las naciones y la ley civil y “los principios universales de justicia natural” (aunque argumentaban si esa ley mayor podía reemplazar o meramente suplantar la ley positiva). Finalmente, se impuso la ley del nuevo estado y de las constituciones federales, mucho de la que parecía incorporar los “antiguos derechos ingleses” y también expresar la ley fundamental del nuevo Estados Unidos.

Esta experiencia histórica marcó los límites de la ideología de la profesión legal de los Estados Unidos. Entre los abogados de los Estados Unidos hay una idea de cómo la profesión legal sirve el interés público que es tan ampliamente compartida que todavía merece llamarse la ideología dominante del organismo de abogados. No es la única ideología, como veremos, pero es la que domina. Es la idea libertaria que la misión pública primordial del abogado es proteger y promover el derecho legal de los individuos, por medio de procesos jurídicos o cuasijurídicos, contra un Estado que se extiende. Esta misión libertaria, sin embargo, significa algo distinto para distintos grupos de abogados.

I. ABOGACÍA ADVERSARIAL

Sin duda, la forma más común de ideología legal libertaria es la que afirma que el abogado hace todo lo posible para cumplir con su misión pública en su trabajo ordinario de representar a clientes en casos adversarios. El abogado mantiene el Estado de Derecho apoyando a su cliente contra el mundo, y, especialmente, contra el poder del Estado. En la versión extrema de esta ideología, el papel del abogado en cada representación es como su papel al defender a clientes acusados de crímenes. El deber del abogado de acertar el interés del cliente es tan fuerte que, aunque el abogado debe trabajar con las reglas y el proceso del sistema legal, se espera que, con algunos límites, manipule las reglas para favorecer a su cliente, y que presente sólo los hechos que ayudarían a su cliente. Casi no tiene ninguna responsabilidad afirmativa para ayudar a la corte en desarrollar los hechos, ni de proteger a los oponentes ni a las terceras partes de los daños que su cliente puede infligirles. La justificación de interés público para esta idea al parecer muy antisocial, privatista, y centrada en el cliente en cuanto al papel del abogado es que claramente protege los derechos individuales frente a los usos tiránicos y arbitrarios del poder del estado. La idea está enlazada con el rol del abogado en la corte, a los modos del proceso y pruebas de los adversarios. Entonces, no es sorprendente que en la época moderna, los defensores más feroces del rol de abogacía-adversaria tiendan a ser los abogados de la corte - especialmente los abogados que se especializan en defender a los clientes contra el Estado, como los abogados de defensa criminal y litigantes de corporaciones. Sin embargo, muchos abogados que nunca soñarían con realmente defender a criminales, usan la retórica del organismo de abogados

de la defensa criminal cuando describen los beneficios sociales de abogacía agresiva. Esos abogados tienden a resistir cualquier forma de regulación que aumentaría sus obligaciones públicas como “funcionarios de la corte” -por ejemplo, para asistir a los adversarios, las cortes y las agencias regulatorias para conocer los hechos, para impedir que los clientes cometan perjurio o fraude; o para exigir que sus clientes sigan las leyes o reglas- bajo prueba que tales obligaciones los desviarían de sus responsabilidades públicas, la defensa total de los clientes contra las violaciones de sus derechos.

El problema del acceso a y la distribución de servicios legales

La ideología de abogacía adversaria se basa, claro, en una conjetura importante: que todos los clientes que necesitan representación legal podrán adquirirla - hasta los clientes pobres y poco populares serán protegidos de la extensión del estado, de adversarios civiles y sus abogados. Esta conjetura fue más verdadera al principio de la historia de la república americana que hoy día: dado que en esa época los costos de la corte eran bajos, las tarifas de los abogados eran limitadas y los abogados jóvenes querían tomar hasta los casos sin dinero para enseñarle su talento al público. Por la mayoría de la historia de los Estados Unidos, sin embargo, la profesión legal no trató de institucionalizar las prácticas que hubieran hecho realidad esa conjetura, sino que dejó la distribución de los servicios legales al mercado privado. En contraste a los abogados ingleses que (teóricamente) tienen que aceptar cualquier caso que se les ofrezca, y que reciben el apoyo (de hecho) de un sistema extenso y generoso de Asistencia Legal públicamente auspiciada (que se responsabiliza por casi la mitad del salario de los abogados ingleses), los abogados americanos tienen el derecho de rechazar a cualquier cliente por cualquier razón, inclusive aquel cliente que no puede pagar o que al abogado no le gusta el caso del cliente.

La profesión legal estadounidense tiene una reputación mixta al respecto, pero una que ha mejorado en las últimas décadas. La organización del cuerpo de abogados -las asociaciones de abogados nacionales, estatales y municipales que regulan la profesión y toman posiciones públicas al respecto- por mucho tiempo consideraba un acto de caridad la provisión de abogados a los pobres; y auspiciaba las Sociedades de Asistencia Legal para que se efectuara ese servicio. Los cambios tuvieron lugar en los años '60 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que el derecho constitucional de consejo en casos criminales significaba que los estados debían representar los defensores criminales indigentes; y el gobierno federal creó un Servicio Legal auspiciado públicamente para representar a los pobres en cuestiones civiles. Desde 1980 los conservadores han tratado de eliminar el programa de Servicios Legales porque lo ven como instrumento para abogados izquierdistas, y han tenido éxito en limitar severamente su presupuesto y discreción. La organización del cuerpo de abogados ha llegado a ser, sin embargo, fuerte defensora de servicios legales de subsidio. También desde los años '60, algunas de las firmas legales más grandes han animado a abogados a dedicar un poco de tiempo a la práctica “pro bono”, aunque las horas dedicadas a ese servicio han bajado en los últimos años debido a la presión de la competencia.

Sin embargo, esos programas apenas empiezan a proveerle a cada individuo con un abogado que pueden pagar: para que los programas tengan éxito se

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

requeriría una redistribución de bienes a un nivel masivo; y es difícil creer que cualquier participante en los casos piense que el dinero esté bien gastado en pagar a los abogados. El legalismo adversario es una forma muy cara de vindicar derechos, dado que (a menos que la promesa de la ganancia sea tan grande que pueda atraer a un abogado que tomara el caso por una tarifa contingente de un tercio o más de la ganancia si triunfa, y nada si pierde) los partidos deben pagar por el tiempo que ambos abogados gastan en maniobras adversarias. No es raro que el ochenta por ciento (80%) de una ganancia civil se gaste en costos administrativos. El “interés público” concebido ampliamente podría muy bien exigir que las vindicaciones de algunos intereses o derechos se quiten del todo del sistema adversario.

II. ACTIVISMO DE DERECHOS

La abogacía adversaria es por la mayor parte una religión de proceso. El sistema legal de los Estados Unidos es también conocido como un activismo de derechos sustantivo, es decir, para que las campañas públicas transformen en derechos legales lo que en otras sociedades serían simplemente demandas políticas, preferiblemente exigible por medio del proceso jurídico.

a) El derecho a la propiedad y la libertad de negocios

Una de las formas más tempranas y persistentes de activismo de derechos en los Estados Unidos era el esfuerzo de los jueces y abogados elitistas de establecer interpretaciones jurídicas de la ley privada y la ley constitucional para atrincherar el derecho a la propiedad y el control de la propiedad de negocios en contra (de los que estas elites consideraban) de la legislatura impulsiva populista de redistribución o regulatoria, y de acciones sindicales como huelgas y boicot. Los primeros resultados de esos esfuerzos fueron decisiones de las cortes de los estados y las cortes federales declarando legislaciones inválidas que parecían interferir excesivamente con privilegios de corporación ya existentes o con contratos pendientes (como estatutos que exoneraban o posponían a los deudores de devolver las deudas durante una recesión).

Este movimiento tuvo éxitos espectaculares entre 1870 y 1930, cuando los abogados de las corporaciones persuadieron a los jueces estatales y federales de eliminar muchas leyes que regulaban las relaciones de trabajo (como leyes de sueldo-mínimo y de horas máximas) como violaciones de derechos básicos de propiedad y libertad de contratar. En la Depresión Grande de los años '30, sin embargo, esos derechos creados jurídicamente que eliminaban la regulación económica se percibían capaces de establecer restricciones rígidas e ilegítimas sobre la habilidad del gobierno para manejar el estado de emergencia. Desde 1937, los abogados de negocios que quieren resistir regulaciones han tenido que hacerlo tratando de influir en las legislaturas y en las agencias administrativas en vez de pedirles a las cortes por el reconocimiento de derechos constitucionales y libertad económica. En años recientes, reflejando el aumento de la influencia sobre estudiosos legales, practicantes y algunos jueces en cuanto a la ideología neo-liberal de libre mercado, el interés por la protección jurídica de los derechos económicos ha comenzado a revivir y se refleja en las decisiones de la corte.

La estrategia típica de estos activistas por los derechos era la siguiente: los intereses económicos que querían desafiar una ley, seleccionaban el caso más simpatizante para apelar de los procesamientos para imponer la ley. Los abogados especializados en argumentar esas apelaciones eran muy diferentes de los abogados más agresivos en la abogacía ideal partisana. Típicamente eran “abogados-estadistas” -abogados distinguidos por su experiencia en oficio público como en la práctica privada, y con reputaciones de devoción al interés público- que argumentaban el caso en la corte del estado o en la Corte Suprema Federal.³ En esta etapa del caso, el cliente, y sus problemas e intereses concretos, se consideraban periféricos -a veces, el abogado nunca se reunía con el cliente- dado que lo que interesaban eran las cuestiones relativamente abstractas de principio y póliza. (Tendré más que decir sobre los “abogados estadistas” más adelante).

b) El activismo de derechos igualitario y moral

En una cultura nacional de derechos legales -especialmente los derechos declarados como “fundamentales” en las constituciones- y dedicada teóricamente al ideal liberal de igualdad de los derechos de la ley, fue inevitable que las campañas mejoraran el estatus y las condiciones de los grupos marginados y que los grupos subordinados se categorizarán en términos de derechos iguales y establecidos por medio de formas familiares de la ley.

Los clientes que acertaban los derechos de la propiedad de negocios y la libertad económica, por razones obvias, nunca tenían dificultad al encontrar representación: usaban abogados por sus necesidades de negocio regulares y tenían acceso a los abogados con conexión política para abogar sus intereses en la legislatura y a los abogados-estadistas para argumentar las cuestiones de principios constitucionales. Los abogados para grupos o causas marginados se encontraban en una posición: sus clientes y sus causas, como los esclavos o los negros privados de franquicias o trabajadores inmigrantes o grupos de mujeres, no sólo carecían de recursos financieros, sino también capacidad política y civil - no podían poner presión política por medio del voto y a veces tampoco podían contratar servicios. La solución con frecuencia era de organizar sociedades de reforma, grupos que por medio de la publicidad -especialmente la publicidad de procesamientos legales- atraían a gente que pagaban por su creencia en la causa. Estos fondos servían para cubrir los costos de la corte, los abogados en general contribuían con su tiempo. El próximo paso era enlazar el caso a los clientes, o en el procesamiento de apelaciones, pedirle a la corte que los contrataran como *amici curiae*. Esto era el *modus operandi* de los abolicionistas, los grupos organizados en el siglo XIX para abolir la esclavitud. La Sociedad Anti-Esclavitud reunió los fondos; los abogados dedicaban su tiempo a la causa; cuando aparecía un cliente adecuado, ese esclavo que había huido no volvía a su patrón, o un abolicionista no lo entregaban a su patrón, la sociedad lo representaba, y se usaba el caso para establecer una nueva ley y para dramatizar la causa.

3. En el XIX, por ejemplo, el abogado que aparecía con mayor frecuencia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos a favor del derecho de propiedad fue Daniel Webster, quien fue Senador y Secretario de Estado así como también ejerció libremente la profesión; en el Siglo XX fue John W. Davis, abogado de corporaciones además de candidato a Presidente de la Nación.

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

Este modelo tuvo tanto éxito⁴ que lo repitieron en tiempos modernos los abogados de libertades y derechos civiles. La Unión Americana de Libertad Civil (ACLU) se fundó durante el “Terror Rojo” de la Primera Guerra Mundial, cuando miles de personas, muchas de ellas conectadas con organizaciones militantes, fueron procesadas por el gobierno federal por impedir el esfuerzo de la guerra o fueron deportados como extranjeros indeseables. Apoyada, en general, por parte de suscripciones de membresía y por abogados voluntarios, la ACLU ha establecido desde los tardíos años '30 una reputación fuerte de usar las cortes federales para prevenir la persecución de disidentes políticos y religiosos, proveyéndoles representación legal gratis. El ejemplo más dramático de ese modelo es la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color (ANAPC) por medio de su Fondo de Defensa Legal. El fondo empezó en el año 1919 con una subvención de una pequeña fundación para estudiar las condiciones de desigualdad educativa en el Sur. Con un pequeño personal de bajo sueldo, se embarcó en una campaña de 40 años de litigio en las cortes federales para tratar de establecer, en diversos grados, el principio que la separación mandada por el estado de las razas en instituciones y lugares públicos viola el requisito constitucional de que todos tengan “igual protección de las leyes”, y, entonces, para destruir el sistema del apartheid racial establecido legalmente en el Sur. Esa campaña termina con un triunfo moral en 1954, con la declaración de la Corte Suprema en *Brown v. Junta de Educación*, el cual determinó que la segregación de las razas en las escuelas públicas (y por implicación otros lugares públicos) era contra la Constitución - aunque hicieron falta muchos más años de movimientos de protesta, desafíos legales, y acción federal, legislativa y ejecutiva antes de que se implementara el principio.

El litigio de los derechos civiles ya no tiene que depender enteramente de las contribuciones privadas o del servicio voluntario. Las leyes federales ahora permiten que los (*plaintiffs*) triunfantes en acciones federales de derechos civiles recobren tarifas de abogados, y estas tarifas ahora ayudan a financiar el litigio en esta área.

c) La expansión y la crítica del activismo de derechos

En los años '60 y '70, muchos grupos siguieron la estrategia del movimiento de derechos civiles para lograr declaraciones de derechos en las cortes, y, entonces, presionar para legislatura o acción administrativa al igual que el litigio para efectuar los derechos. Estas estrategias a veces tenían éxito, porque la Corte Suprema de los Estados Unidos, otros jueces federales, y los partidos de la mayoría en el Congreso simpatizaban con que grupos de los de “afuera” no tuvieran discriminación “irracional” ni tratamiento gubernamental casual y arbitrario. Los que se beneficiaron más de la ley de antidiscriminación fueron los negros y las mujeres (y luego, las personas con impedimentos físicos); pero

4. “Exitoso”, esto es en retrospectiva histórica. Los abolicionistas en realidad perdieron la mayoría de sus casos más grandes. Ellos no tuvieron éxito en lograr que los tribunales decidieran que las Leyes de Esclavos Fugitivos (Fugitive Slave Acts, leyes nacionales que requerían a los habitantes del norte del país su asistencia para atrapar a los esclavos fugitivos provenientes del sur del país, esclavista) eran inconstitucionales, o que estados occidentales nuevos no podían legalmente establecer la esclavitud. Pero por supuesto el norte ganó la Guerra de Secesión, y los abolicionistas fueron a partir de entonces capaces de lograr mediante la reforma de la Constitución Federal lo que no habían establecido a través de casos litigiosos.

también niños ilegítimos, inmigrantes y extranjeros residentes. Los que se beneficiaron del nuevo derecho al “proceso ley” de tratamiento justo por el gobierno fueron los defensores de criminales, los prisioneros, los jóvenes acusados de crímenes, los reclusos de instituciones mentales, las madres que reciben bienestar público, empleados del gobierno y otros que reciben dádivas del gobierno, y estudiantes disciplinados. El período se conoce, de hecho, como la “Revolución de los Derechos”.

La Revolución de los Derechos ha cambiado la sociedad de los Estados Unidos. En particular, la ley de antidiscriminación ha ayudado a crear una clase media negra y atraer a mujeres a trabajos que les eran vedados tradicionalmente y a subir su sueldo a un nivel más cercano al que percibía un hombre.⁵ Pero como cualquier otro movimiento de cambio social básico, las ambiciones de la Revolución de los Derechos fueron a menudo frustradas y sus triunfos se lograron con fuertes costos; y hasta muchos activistas que aprueban los objetivos generales de este movimiento, ahora han tenido algunas dudas sobre la estrategia del activismo de derechos. Los mismos éxitos del movimiento crearon resistencia y corriente inversa. Los blancos del Norte que apoyaron la destrucción del régimen oficial del Sur de apartheid racial, resistieron la integración racial en sus propias escuelas y sus vecindarios. El apoyo para la igualdad racial por parte del Partido Demócrata Nacional, llevó a que los blancos del Sur votaran por el Partido Republicano conservador, que ha usado esos votos para ganar cinco de las últimas siete elecciones presidenciales. Los legisladores tradicionales, temiendo el cambio del rol de los géneros sugerido por el movimiento de las mujeres, impidió lo que iba a ser el logro triunfante del movimiento, una enmienda a la Constitución declarando la igualdad de los derechos para las mujeres. Los conservadores culturales culparon a las cortes por los derechos que crearon para la eliminación de tratamiento arbitrario, por haber debilitado el orden social destruyendo el apoyo por la autoridad legítima de la policía, de los maestros y de los padres. También ha habido una corriente inversa en cuanto al apoyo institucional de la Revolución de los Derechos en el remplazo de jueces federales que se jubilaron por otros conservadores y en el corte de presupuestos de abogados de Servicio Legal que se consideran los seguidores sólidos de la ideología del activismo de derechos.

Algunos activistas han tenido que pensar - dos veces sobre algunas de las estrategias del activismo de derechos. Es un debate complejo, que aquí sólo puedo mencionar. Una crítica es que la estrategia dependió demasiado de las cortes. El éxito en las cortes, dicen los críticos, sólo trae la ilusión de la victoria: los activistas por los derechos pueden descuidar el trabajo duro de implementación y organización política, el trabajo de construir una maquinaria burocrática que trabaje los detalles, y más importante, la construcción de una base política que continuará y velará esa implementación. De hecho (dicen otros críticos), llamando las demandas de un grupo “derechos” peculiares, a ese grupo se le puede impedir la construcción de coaliciones políticas duraderas, fragmentando grupos desavanteageados en partes incapaces de alianza por un

5. Es materia de controversia cuánto mérito por estos cambios se le debe a las victorias legales de la Revolución de los Derechos (y los cambios en la conciencia social que esas victorias podrían haber ayudado a engendrar) y cuánto mérito por estos cambios se le debe a fuerzas sociales y económicas independientes.

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

bien mutuo y que compiten entre sí por fondos públicos escasos. De hecho, llamando “derechos” a unas demandas, puede llevar a que los activistas descuiden el hecho de que las demandas por los derechos pueden también ser demandas por recursos comunes -que el grupo que hace las demandas debe pagar por esos derechos abandonado o dejando otras cosas que quieren o necesitan. Y, finalmente, claro, las demandas por los derechos confligen - un oponente puede desplazar sus propias demandas por los derechos para neutralizar o triunfar sobre los efectos legales y morales de las demandas por los derechos.

Aunque las críticas sean válidas, los movimientos sociales y sus abogados no abandonarán su activismo por los derechos. En la política fuertemente legalizada de los Estados Unidos, las demandas por los derechos constitucionales tienen un poder ideológico y una reputación de logros prácticos sin igual.

III. LOS ABOGADOS POR EL INTERÉS PÚBLICO: LA TRADICIÓN REPUBLICANA

Las dos opiniones de las funciones de los abogados descritas antes -que los abogados mantienen la vitalidad de los derechos de procesamiento y de sustancia de los individuos luchando por sus clientes en el sistema adversario, y que los abogados mantienen vivos y verdaderos los viejos derechos y ayudan a crear nuevos derechos sustantivos por medio del activismo por los derechos- son, probablemente, las opiniones que muchos abogados tienen hoy día. Hay, sin embargo, otra tradición de trabajo legal de “interés público”, que ahora está en retroceso pero que continua siendo viable. Llamaré a esta tradición “republicana-cívica” o simplemente “republicana”, que hasta los abogados privados son funcionarios públicos y ciudadanos con responsabilidades excepcionales para ayudar a mantener y manejar las leyes de marco público. Un resumen breve:

a) La profesión legal como la “aristocracia” de Tocqueville de abogados-estadistas

La Revolución Americana ayudó a cambiar la cultura política de los Estados Unidos. Primero, terminó abruptamente las tendencias en la sociedad colonial del siglo XVIII de desarrollar una clase hereditaria de la nobleza con derecho a la dominación política y social. En la América pos-revolucionaria, claramente, no había nobles. Segundo, como ya mencionamos, la experiencia colonial llevó a una desconfianza fuerte del gobierno burocrático central: el estado americano no sería controlado por un servicio civil jerárquico profesional basado en el modelo europeo. Sería una sociedad predominantemente comercial, donde los que fueran ambiciosos encontrarían éxito en los negocios, en vez de un puesto en la corte. Alexis de Tocqueville, visitando los EEUU en los años 1820 y 1830, notó que una sociedad comercial-demócrata sufriría al querer liderazgo político, aunque teóricamente gobernaba la gente, la mayoría de la gente no estaba interesada en el negocio público, sin embargo, no querían líderes de tipo europeo, por ejemplo, aristócratas y burócratas.

Tocqueville creía que la profesión legal, o por lo menos la elite de la profesión, ayudaba a llenar la laguna. Esta era una creencia posible. Los abogados, por su liderazgo en la Revolución y durante la época cuando se escribió la Constitución, habían jugado el rol de autoridades culturales y de líderes. Dominaban los puestos federales y del estado más importantes, los electos y los designados, y (después de algunos experimentos con jueces laicos) habían llegado a monopolizar el cuerpo jurídico mayor. Casi todos los abogados exitosos estaban envueltos en la vida pública, los abogados se movían fácilmente de la práctica privada al servicio público y entonces de nuevo a la práctica y la mayoría de ellos eran activos política y cívicamente en la práctica.

La opinión de Toqueville era que los abogados formaban un tipo de clase separada en la vida americana, unidos por su conservadurismo instintivo, su amor por el precedente y por la ley común y por los procedimientos familiares y regulares. Así constituían un contrapeso para los políticos demócratas impetuosos. Los abogados elitistas americanos tenían una opinión más positiva del rol del abogado-estadista: no apoyaban la ley tradicional ni los derechos tradicionales, pero constituían una fuerza creativa, una clase intelectual que -dentro y fuera de la oficina, en puestos de la legislatura y la administración, como jueces y profesores y autores de leyes y asuntos públicos- modernizarían el marco de las leyes y de las instituciones políticas para lograr las necesidades de la república comercial. Los abogados también apoyarían las leyes al representar a los clientes - su trabajo era enseñarle la ley al cliente y asegurar que el cliente cumpliera con ella. Estas opiniones del rol público del abogado - limitación conservadora del exceso demócrata, político creativo, maestro de la ley para sus clientes y el público general- sugirieron que los abogados podían eficaz y legítimamente servir estas funciones porque eran desinteresados -es decir, no conectados con las clases o facciones o elementos orgánicos de la sociedad, sino capaces de tener y seguir una opinión independiente.

Este ideal del abogado-estadista republicano era ciertamente más que optimista, especialmente en que el organismo de abogados pudiera ser desinteresado e independiente de otras facciones en la sociedad civil. Nunca había riesgo de que la profesión legal de los Estados Unidos fuera dominada por el estado, como en Europa; el estado americano no era tan fuerte, y en todo caso era controlado por abogados que no practicaban en ese momento. Pero la profesión no estaba organizada para hacerse independiente de los clientes ni las presiones de la competencia del mercado. En contraste a los abogados ingleses, que se prohibían tomar anticipos o establecer relaciones regulares con cierto cliente o ciertos clientes, los abogados americanos desde muy temprano formaron alianzas con banqueros, compañías de seguro, los comerciantes y fabricantes, que pagaban tarifas legales y ayudaban a financiar sus campañas políticas. Desde 1840 a 1890, casi todos los abogados de la elite recibían anticipos de uno de los ferrocarriles más importantes, después de 1890, el logro del éxito financiero y el prestigio de un abogado llegó a definirse, como lo es hoy, por una sociedad en una firma legal metropolitana grande que servía a clientes de corporaciones. La lealtad a la profesión raramente triunfaba sobre la lealtad hacia clases o regiones, en el conflicto que llevó a la guerra Civil, por ejemplo, los abogados del sur, tomaron una opinión sureña de la Constitución, y los del norte, una opinión norteña.

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

El ideal del abogado-estadista, sin embargo, no era una mera fantasía. Los abogados de la élite ocupaban los puestos más importantes del estado, y, a veces, los administraban en cierta forma que trascendía el estrecho e inmediato interés de los clientes. Esto se explica por el hecho de que los “negocios” en los Estados Unidos constituyen un grupo monolítico de interés por las corporaciones. Los distintos clientes de negocios a menudo tienen objetivos sociales divergentes y conflictivos. A menos que un abogado cruce líneas claras en el campo “enemigo” -por ejemplo, que sea un crítico agresivo del capitalismo- no será capaz de quemar sus puentes con el universo entero de posibles clientes de corporaciones, que a menudo desarrollan respeto positivo por las destrezas de impositores agresivos de leyes regulatorias y que tratan de readministrar esas destrezas por beneficio propio. Los puestos más altos de póliza extranjera por mucho de nuestra historia fueron ocupados por abogados que no practican, generalmente de las corporaciones de Nueva York. Los abogados que se hacían jueces a veces maldecían a sus antiguos clientes -al igual que los presidentes que los seleccionaron- por su sentido de independencia. Aunque los organismos de abogados han sido sólo portavoces de prejuicios populares o grupos de clientes poderosos, han jugado también el rol que Tocqueville estableció para ellos como guardianes de lo legal -del derecho a la representación y al proceso ley para criminales, y disidentes, el acceso a los servicios legales, y los derechos humanos internacionales- al igual que el rol más positivo de consejeros expertos en la reforma legal (por medio de instituciones como el Instituto Americano de Leyes y la Comisión Nacional de las Leyes Uniformes Estatales, organizaciones de abogados practicantes, jueces y profesores de derecho). Hay evidencia - aunque los hechos son poco claros- que los abogados cuyos clientes son negociantes, frecuentemente han jugado el rol público del ideal del abogado-estadista, el rol de aconsejar a los clientes a cumplir con la palabra y el espíritu de las leyes.

Los profesores de derecho. La independencia de otra rama de la profesión legal, la rama académica, se ha beneficiado de la debilidad temprana de la profesión. Después de la Revolución, los monopolios organizativos de todo tipo llegaron a ser ciudadelas del privilegio aristocrático. La profesión legal no tuvo éxito en ganar control del entrenamiento, el ingreso y el estándar de la práctica hasta fines del siglo XIX. En ese momento, las universidades -guiadas por Harvard- ya habían empezado a controlar la educación legal profesional al establecer escuelas de derecho como cursos graduados en la universidad. Por la mitad del siglo XX, graduarse de la escuela de derecho llegó a ser la única forma de practicar leyes. Las escuelas de derecho basadas en el modelo de Harvard (y todavía lo son) consistían en un programa de tres años que aceptaba sólo a alumnos que habían ya egresado de un programa universitario de cuatro años. Los profesores enseñan a tiempo completo. Aunque los organismos estatales de abogados y los jueces a veces dictan un requisito mínimo de cursos de graduados de las escuelas de derecho, hay bastante libertad por parte de las facultades de derecho para enseñar y examinar a sus propios alumnos. Los que soliciten a los organismos de los abogados, deben aprobar un examen estatal. La libertad extraordinaria de las facultades de derecho bajo estos arreglos institucionales -que no hubieran sido posibles bajo un organismo más fuerte- ha permitido que los profesores de derecho tengan la libertad de expresar sus ideas, y trabajar proyectos de reforma de interés público,

que son relativamente independientes de los elementos poderosos de la elite de los abogados y sus clientes.⁶

b) La continuación de la tradición republicana. El modelo “Progresivo” de la ley del interés público

Para fines del siglo XIX, los grandes abogados empezaban a ver el hecho de que el organismo de abogados dependiera de y se identificara con sus clientes de negocios como un riesgo al prestigio y a la independencia de la profesión. Su respuesta a esta percepción fue mixta. Muchos abogados estatales envueltos en campañas de “buen gobierno” para reducir el rol de soborno y corrupción en la influencia de los negocios sobre la política. Muchos encontraron proyectos públicos -como la reforma de la justicia juvenil o las leyes del alcohol o la corrupción de la policía- que no afectaban a sus clientes privados en forma directa. Algunos rompieron con sus clientes y huyeron a la práctica privada en forma de servicio público. Muchos abogados corporativos, debe mencionarse, aceptaron ser cautivos de sus clientes y cayeron en la ideología de abogacía adversaria hacia sus clientes para justificar su cautivo.

Una minoría pequeña pero influyente de abogados construyó instituciones que, según ellos, facilitarían la práctica del derecho y daría consejos de “interés público”, sin la influencia directa de los clientes poderosos.

(i) Una de estas instituciones era la comisión de expertos. Después de un escándalo que reveló un horror social -explotación de niños en el trabajo, carne venenosa, soborno de los ferrocarriles, de los legisladores o comisiones a clientes preferidos, círculos de prostitución, fraude de seguro- los reformistas persuadieron a las legislaturas para establecer comisiones con el poder de investigar, procesar, y hacer recomendaciones. El personal consistía en voluntarios amateurs, generalmente abogados. A veces, se convertían en agencias permanentes de administración.

(ii) Otra -imitando a las sociedades de reforma de los derechos como la Sociedad Anti-Esclavitud- era el trabajo del consejo legal para el grupo de interés público que representaba un distrito electoral amorfo y difuso - Ciudadanos para el Buen Gobierno o la Liga del Franquicio Público, o el Comité de Cien para el Mejoramiento de la Educación. Al representar un cliente tan abstracto, el abogado de interés público tenía mucha discreción en cuanto a cómo usar su influencia. El maestro en este tipo de institución era el abogado Louis Brandeis, de Boston, un abogado corporativo exitoso conocido como el Abogado del Pueblo por sus causas de interés público. Brandeis condujo muchos litigios para la Liga Nacional de Consumidores (que apoyó la legislación de horas-máximas y sueldo-mínimo) y también testificó ante legislaturas y comisiones administrativas a favor de las reformas legislativas. (Después de

6. Digo “relativamente” porque los estudiantes de derecho dependen del empleo en el colegio de abogados, y las escuelas de Derecho públicas dependen de fondos de la legislatura estadual: entonces, si una escuela de Derecho, especialmente una escuela de derecho local o una escuela de Derecho pública se desvía mucho de lo convencional, va a perder el apoyo financiero de la profesión y sus alumnos no encontrarán trabajo. Pero estas limitaciones parecen ser bastante indeterminadas en cuanto que hasta las escuelas públicas y locales de derecho parecen ser capaces de enseñar muchas asignaturas que la mayoría de los abogados practicantes pueden encontrar demasiado “teóricas” o bien de poca utilidad práctica.

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

haber sido seleccionado para la Corte Suprema en 1916, continuó dirigiendo sus cruzadas de interés público por medio de su agente y discípulo Felix Frankfurter. El modelo de Brandeis ha sido imitado mucho en años recientes. A fines de los años '60 y a principios de los años '70, el modelo se desarrolló en el rol de representante del “interés público” en procedimientos administrativos. Hasta entonces, los procedimientos administrativos de decisión de agencia -como casos de la construcción de proyectos de energía, como plantas nucleares, o la renovación de licencias de radio o televisión- habían sido dominados por representantes de la industria regulada. Los nuevos abogados de “interés público” atestaban que otros distritos electorales -telespectadores, amantes de la naturaleza y el ambiente, consumidores, futuras generaciones- también tenían un interés en la decisión. Los abogados decían que representaban esos intereses. Con el ánimo de las cortes, a los abogados de interés público se les permitió intervenir en los procedimientos, y desafiar las decisiones jurídicas, y, desde entonces, son un lugar común en cuanto al hacer decisiones.

Los representantes del “interés público” a veces han podido convertir sus distritos electorales abstractos e imaginarios en verdaderos. El “movimiento ambiental”, por ejemplo, comenzó con algunos activistas de vanguardia; pero ha usado su activismo para crear un movimiento masivo de clase media, movilizado y bien auspiciado.

(iii) Otra institución, ya mencionada, fue la escuela de derecho universitaria, comenzando en los años '20 y '30, algunas escuelas de derecho llegaron a ser puntos de ventaja desde los cuales los profesores criticaban los establecimientos legales y recomendaban reformas en la doctrina jurídica y en la legislación. Cuando se efectuó el programa del Nuevo Pacto del presidente Franklin Roosevelt en 1933, muchos profesores de derecho fueron a Washington, como funcionarios o consejeros para la Administración, y escribieron mucha de la legislación del Nuevo Pacto. Los profesores de derecho también ayudaron a establecer una gran transformación de la doctrina de la ley privada -la expansión de *enterprise liability*- donde los fabricantes de productos defectuosos son responsables por sus consumidores heridos. Desde los años 60, las escuelas de derecho han servido como bases de organizaciones de reforma legal y abogados por el activismo de los derechos, que también son parte del profesorado de esas escuelas.

(iv) Los abogados privados también sirven el “interés público” en una manera que tiene una tradición histórica, como “procuradores generales privados”, es decir, exigentes privados de la ley pública. Este rol es otra consecuencia de un estado débil, siendo carente de un personal burocrático amplio, el estado debe buscar partidos privados para cumplir con la ley. Los abogados libertarios, que piensan que el trabajo de un abogado privado es defender a los clientes del estado, olvidan que por siglos los abogados han tenido un rol en el cumplimiento público de las leyes bajo estatutos que llegan a demandantes ofendidos, o informantes, o ciudadanos ocupados para recobrar de los que actúan mal en acciones privadas. En el siglo XX muchos de los nuevos estatutos -por ejemplo, aquellos contra el fraude de seguridad, o el fraude en los contratos de gobierno de consecución, o violaciones de las leyes anti-confianza- incluyeron provisiones para el cumplimiento privado de las leyes, algunos ofreciendo tarifas de abogados para animar a los demandantes privados

y sus abogados. Algunas “firmas de leyes de interés público” sobreviven principalmente con estas tarifas.

c) La ley neo-liberal del interés público

La defensa del “interés público” empezó en la época de la reforma progresiva como contrapeso del poder de los negocios de mandar talento legal e influir el decreto y la imposición legal. Las pequeñas empresas de “interés público” han disfrutado de ciertos éxitos. Pero, como los activistas con los que eran asociados, su éxito ha atraído competidores. “La ley de interés público” ya no es un monopolio de abogados “progresistas” (de la izquierda o centro-izquierda, socio-demócratas). Muchas organizaciones nuevas de “interés público” y firmas legales fundadas desde 1980 son neo-liberales en su ideología y su misión. Según ellas, lo que requiere el “interés público” es una destrucción de la regulación ineficaz (especialmente la ley de antidiscriminación y la regulación de salud y seguridad) y un retorno a los principios del mercado libre. Estas firmas son bien auspiciadas por grupos de negocios. También desde el lado académico, las propuestas de reforma no son exclusivamente de los liberales izquierdistas: hay una industria grande de economía legal neo-liberal, con sede central en la Universidad de Chicago y muchos de sus estudiosos más famosos sirven como jueces federales. Las propuestas de esa escuela neo-liberal ha influido casi en cada rincón de la ley común, la ley constitucional, la interpretación jurídica de estatutos (especialmente las leyes de anti-confianza), y la póliza administrativa. El neoliberalismo ha producido la simbiosis más cercana entre la teoría académica y la doctrina legal desde las alianzas de la teoría progresiva del Nuevo Pacto.

d) Dilemas de la ley del “interés público”

El abogado del “interés público” siempre ha sido vulnerable frente a la siguiente pregunta: ¿A quién representa? Si se representa a sí mismo, si es genuinamente “desinteresado”, para un abogado sin clientes sino sólo una causa, ¿cuál es la base de su legitimidad? Si no es verdaderamente “desinteresado”, sino que tiene lazos con un distrito electoral o con sus clientes, ¿no debería representar sus intereses de forma justa según la ética de abogacía? Y si este fuera el caso, ¿cómo asegura que su trabajo es fiel a los intereses de sus clientes? En algunos contextos -como el del abogado que escribe un artículo, que testifica frente a una legislatura, o que se contrata como *amicus curiae*- la respuesta es que el abogado es simplemente un ciudadano bien informado. Otros contextos causan dificultades. Los abogados que escriben reportes por el organismo de abogados o por una comisión de reforma generalmente representan un organismo de la profesión legal, que como cuerpo corporativo tiene un interés particular en y una responsabilidad para mantener y mejorar el marco de las leyes. Esto funciona mejor cuando el grupo afirma un principio legal abstracto, como que cada individuo tiene el derecho de procedimiento y representación, o cuando el grupo esté envuelto en un proyecto no controversial de reforma “técnica” legal -por ejemplo, prescribiendo las formalidades necesarias para un deseo válido. Pero, a veces, las posiciones son muy controvertibles- posiciones en que hay

Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos

una división del organismo de abogados. (Los organismos de abogados en años recientes han ratificado resoluciones afirmando que los comunistas, como agentes de un poder extranjero, no tenían derecho a la representación; resoluciones que los comunistas, como causa no popular, siempre tienen el derecho a la representación; resoluciones condenando y apoyando la guerra de Vietnam; resoluciones afirmando el derecho al aborto).

Estos dilemas de representación son más difíciles y dolorosos cuando el abogado es, como tienen que serlo los abogados de interés público, un agente auto-seleccionado para un distrito electoral grande y desorganizado - “mujeres”, “consumidores”, “el ambiente”, “los padres de niños negros que quieren una mejor educación”. En estos casos, puede no haber mecanismos para añadir las opiniones y las preferencias de los constituyentes y para asegurar que éstas sean representadas fielmente, de hecho uno de los roles del abogado de interés público posiblemente debe ser de vanguardia, desarrollando y articulando posiciones que los miembros aislados e inexpertos del público nunca han tenido la oportunidad de concebir. Es claro que el activismo responsable de interés público finalmente requiere que los que hablen por un grupo tomen medidas para llevar al grupo en un tipo de existencia institucional que pueda instruir, dialogar y responsabilizar a sus representantes.

Con respecto a algunas formas de activismo de interés público, como el litigio por los grupos, estos mecanismos institucionales ya han sido creados en forma de casos civiles de “acción de clase”, que tienen procedimientos elaborados que gobiernan la forma en que los litigantes opten dentro o fuera de la clase, y confirman o anulan las decisiones de sus abogados-representantes. Desafortunadamente, los casos de acción de clase parecen haber intensificado el problema de la representación sin haberlo solucionado. El problema surge cuando los abogados del “interés público” son atraídos por la posibilidad de tarifas o dádivas grandes. ¿Cómo puede evitarse que tal abogado maximice las ganancias por sí mismo- por ejemplo, arreglando el caso antes de trabajar mucho en él? El problema no se limita con situaciones donde los abogados tienen motivaciones materiales, el grupo representado puede ser dividido ideológicamente también. Los abogados de la NAACP, por ejemplo, que después de *Brown* siempre han definido su misión como la de la integración racial de las escuelas, pronto descubrieron que a muchos de los padres que representaban les importaba menos enviar a sus niños a escuelas con blancos (a veces hostiles) que mejorar la calidad de las escuelas negras.

Pero esos dilemas son de toda representación democrática - más dolorosos por el hecho de que el rol tradicional del “abogado” requiere una lealtad fuerte a sus “clientes”. Finalmente, estas diferencias pueden resolverse al formar nuevos grupos -que con el tiempo pueden diluir la capacidad de todos los grupos al actuar eficazmente- o, al construir formas organizativas que son duraderas y flexibles y salidas para procesar y resolver disputar internas y dar legitimidad a sus representantes. Los grupos con esas organizaciones, sin embargo, pueden llegar a ser grupos orgánicos de interés. Son los que son políticamente débiles, los que no articulan, los que aspiran a un futuro que todavía no ha encontrado un distrito electoral sólido ni una forma duradera de institución organizada, quienes necesitan más los abogados de “interés público”, que, al “representar” un cuerpo que todavía no existe, puede ayudarlo a existir.

