



SÉPTIMO. DERECHO ESTADOUNIDENSE EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI.	165
La abogacía	167
Centro y periferia	173

SÉPTIMO

DERECHO ESTADOUNIDENSE EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

A principios del nuevo siglo sigue siendo cierto que el derecho, los procesos legales y el sistema jurídico son sumamente importantes en la sociedad estadounidense. ¿Por qué es éste el caso? Hemos mencionado algunas razones con anterioridad. Una sociedad compleja y heterogénea, una sociedad en la cual las personas están en constante interacción con extraños y constantemente dependen de extraños, una sociedad transformada por la tecnología es, necesariamente, una sociedad que para gobernarse a sí misma requiere un fuerte apoyo del derecho. Esto es cierto para cualquier sociedad moderna —Finlandia, Japón, Nueva Zelanda, Israel—. Quizás sea especialmente cierto para los Estados Unidos puesto que es un país más grande que casi todos los demás, con una sociedad más compleja y más diversa; y también gracias a su añeja tradición de sustento en el derecho y en los procesos legales, así como en los abogados.

Al inicio de este libro mencionamos la existencia de miles y miles de leyes y reglamentos en vigor en los Estados Unidos. El proceso continuó a través del siglo XX: más y más legislación, más y más agencias administrativas, más y más reglamentos y reglas. El Código de Normatividad Federal (*Code of Federal Regulations*), como su nombre lo indica, contiene todas las reglas emitidas por las agencias federales y consiste en múltiples estantes de material compactamente acomodado. Algunas de las reglas son amplias y generales, otras son increíblemente detalla-

das. Cualquier persona que importe avestruces que “excedan de 36 pulgadas de altura o de 30 libras de peso” tendrá que hacerlas inspeccionar por un veterinario, ya sea en la ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, o en el Aeropuerto Stewart en Newburgh, Estado de Nueva York. Esta es una norma del Servicio de Inspección para la Salud Animal y Vegetal (*Animal and Plant Health Inspection Service* o APHIS, por sus siglas en inglés) del Departamento de Agricultura.¹³⁶ Otras normas de la APHIS se ocupan de cualquier animal imaginable, incluyendo el hipopótamo y el tenrec. Una disposición expedida por la Administración de Alimentos y Medicamentos (*Federal and Drug Administration* o FDA, por sus siglas en inglés) describe las condiciones bajo las cuales la “resina de acrilato-acrilamida” y la “resina de poliacrilamida modificada” pueden ser utilizadas de manera segura en los alimentos.¹³⁷ Una disposición expedida por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission* o EEOC, por sus siglas en inglés) prohíbe a los patrones forzar a los empleados “a hablar únicamente inglés en todo momento dentro del lugar de trabajo”; dicha restricción sería considerada “gravosa” y resultaría en un “ambiente de trabajo discriminatorio” y no está permitida salvo que se “justifique por una necesidad del negocio”.¹³⁸

Detrás de cada norma subyace una política de mayor amplitud y alcance. La norma de la EEOC deriva de una ley que prohíbe la discriminación con motivo del origen nacional de una persona. La FDA debe garantizar la seguridad de los productos alimenticios. Existen también razones sanitarias para inspeccionar animales exóticos en los puertos de entrada. No es posible operar un estado administrativo solamente con disposiciones de carácter general y amplio. La FDA requiere contratar a químicos y determinar (en forma lo suficientemente precisa) los elementos que

¹³⁶ 9 CFR sec. 93.105.

¹³⁷ 21 CFR secs. 173.5, 173.10.

¹³⁸ 29 CFR sec. 1606.7

pueden o no ser utilizados para que un productor de alimentos sepa exactamente lo que debe o no hacer. En la medida que el Congreso establece políticas o lineamientos de carácter general, las agencias gubernamentales requieren expedir normas con un mayor nivel de detalle.

Las agencias gubernamentales son dirigidas por seres humanos que cometen errores. Indudablemente muchas de estas normas carecen de sentido o están erróneamente enfocadas. Gran parte de su éxito depende de la manera en que dichas normas se ejecutan —si las agencias muestran la vara correctiva o sólo recuerdan gentilmente su cumplimiento—. La mayoría de los miles de normas no están dirigidas al público en general. Usted y yo no fabricamos automóviles, ni matamos animales en un rastro, ni construimos edificios. Las empresas y otros negocios son los que tienen que lidiar con la mayoría de estas normas. Existe una lucha interminable en torno a la reglamentación, en la cual los *lobbyists* (cabilderos) juegan un papel muy importante. Idealmente las normas debieran ser justas para las empresas y para el público, ni demasiado duras ni demasiado suaves; no obstante, con frecuencia los resultados no alcanzan este balance ideal.

LA ABOGACÍA

El sólo tamaño de la profesión jurídica es un buen indicio del importante papel que juega el derecho en esta sociedad. Hay más o menos un millón de abogados en los Estados Unidos. Es, por mucho, el gremio de abogados con más adeptos del mundo. A principios del siglo XX había alrededor de 100,000 abogados. El siglo XX ha sido un siglo de formidable crecimiento para la abogacía.

En los Estados Unidos siempre ha existido un numeroso contingente de abogados, en comparación con otros países, por lo menos desde la independencia. Estados Unidos fue, después de todo, el primer país de clase media. En contraste con Inglaterra,

donde un pequeño porcentaje de la población —la alta burguesía— detentaba prácticamente toda la tierra y básicamente todo lo demás, millones de personas en los Estados Unidos eran dueños de granjas, de un lote en la ciudad o de una pequeña tienda en el pueblo. Estos millones de personas estaban en el mercado de los servicios legales: requerían ayuda para redactar testamentos e hipotecas, para cobrar créditos o para comprar y vender terrenos. En la medida que el país se industrializó, los negocios (grandes y pequeños) desarrollaron un apetito por los servicios de los abogados. En los Estados Unidos los abogados no eran principalmente eruditos o intelectuales; eran jóvenes ambiciosos y persistentes; eran ágiles y flexibles para resolver problemas; sabían como hacerse útiles y cómo colarse en cada grieta del mercado de la información. Esto era verdad en aquel entonces y lo es ahora. De hecho, en décadas recientes el número de abogados ha incrementado asombrosamente —creciendo casi tan rápido como el número de programadores de computadoras (o de delincuentes)—. En una sociedad donde el “derecho” está en todas partes, hay siempre una demanda de personas que sepan como usar y abusar de él.

Hemos hablado lo suficiente de la demanda de abogados. En el lado de la oferta existían menos obstáculos para entrar a formar parte del gremio que en muchos otros países. Durante la mayor parte del siglo XX era fácil convertirse en abogado. Muchos abogados aprendieron su profesión como aprendices —eran mandaderos en las oficinas de abogados consumados—; allí recibían trozos de información, leían libros de derecho, copiaban documentos y, en general, se hacían útiles.¹³⁹ Después de hacer este tipo de trabajo por uno o dos años, el aprendiz comúnmente acudiría ante un juez local, respondería algunas preguntas y listo. La tiranía del examen de admisión a la barra estaba aún en el futuro. En países con sistema de derecho continental la profesión era un

¹³⁹ La historia estándar de la educación jurídica es la de Stevens, Robert B., *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* (1983).

asunto mucho más serio académicamente hablando; se enseñaba en universidades con un contenido importante de teoría y lógica. Esta no era la tradición del *common law*. Existían escuelas de derecho en el siglo XIX en los Estados Unidos, pero eran todo menos centros intelectuales; eran básicamente cursos intensivos de derecho, impartidos a manera de cátedra y preparaban sólo a un pequeño porcentaje de los miembros del gremio.

1870 fue un año de revolución en la educación jurídica. Fue el año en que la Escuela de Derecho de Harvard recibió a un nuevo y arrojado decano, Christopher Columbus Langdell, quien cambió enormemente la educación jurídica. Su propósito era enseñar derecho como una “ciencia”; reemplazó las áridas cátedras con la interacción del método socrático y compiló los primeros “libros de casos” que serían utilizados como instrumentos en la enseñanza del derecho. En cierta forma, Langdell también inventó al profesor de derecho. Antes de Langdell las escuelas de derecho invitaban a abogados consumados y a jueces a dar conferencias como un trabajo de medio tiempo. Langdell contrató a jóvenes inteligentes con poca o ninguna experiencia en el mundo práctico, pero con habilidad para enseñar —al menos para enseñar conforme Langdell pensaba que las cosas debían enseñarse—. El método de Harvard de preguntas y respuestas y de análisis de casos era lento e impráctico; hasta en Harvard tenía opositores. No fue sino hasta principios del siglo XX cuando conquistó a todos sus rivales. El método de aprendices estaba en camino hacia su extinción; quizás lo que aniquiló a dicho método fue el surgimiento de los despachos de abogados y la revolución en la forma en que las oficinas estaban organizadas: con secretarías, dictado, máquinas de escribir, teléfonos, etcétera. Estas “modernas” oficinas hacían una clara distinción entre el personal profesional y el personal de apoyo; el aprendiz, que era un poco de ambos, se volvió obsoleto. El método Langdell, con su pretensión y rigor científicos, trajo también prestigio a la enseñanza del derecho. Si los alumnos aprendían mucho o poco (contenido) era casi irrelevante; aprendían a pensar —o eso se suponía—. En

cualquier caso, la Escuela de Derecho de Harvard era mucho más dura que antes y lo mismo sucedía con las escuelas que adoptaron su método. Las escuelas tenían la función de filtrar a los aspirantes débiles. Esta era una valiosa ayuda para los despachos de *Wall Street* y otros abogados corporativos que querían contratar a los mejores y nada más que a los mejores.

En comparación con las escuelas de medicina, la operación de las escuelas de derecho es barata, así que se multiplicaron durante el siglo XX. Existían escuelas de medio tiempo, escuelas nocturnas, escuelas privadas y prestigiosas como Harvard y Yale, así como escuelas estatales en casi todos los estados (para el 2000, Alaska era el único estado sin escuela de derecho.) Las escuelas de élite abastecieron a los grandes regimientos de trajes grises de *Wall Street* y sus equivalentes en otras ciudades. Las escuelas nocturnas y las escuelas locales suministraron los abogados de la localidad, los abogados de escarapate, los abogados que se encargaban de divorcios y de accidentes automovilísticos —y también produjeron élites de poder locales, jueces regidores y líderes étnicos—.

Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos los abogados fueron principalmente “profesionistas independientes”; ejercían su profesión en forma individual. Algunos abogados se reunieron en sociedades, que generalmente eran pequeñas en el siglo XIX. Apenas en 1950, un bufete de 150 abogados era considerado un verdadero gigante. Solo había unos cuantos despachos de este tamaño: la mayoría en la ciudad de Nueva York, en Chicago y en unas cuantas áreas metropolitanas. Actualmente el ejército de abogados estadounidenses tiende más y más a organizarse en despacho de abogados de enormes dimensiones. Hoy existen bufetes con más de mil abogados y aún en lugares relativamente pequeños hay despachos que hubieran sido grandes para la ciudad de Nueva York no hace mucho tiempo. De acuerdo con un directorio de abogados para 2001, un despacho en Providence, Rhode Island, tenía cincuenta y tres abogados; y Gough, Shanahan, Johnson & Waterman, ubicado en el número

33 de South Last Chance Gulch en Helena, Montana, tenía no menos de dieciocho. Además, los despachos de abogados de las grandes ciudades habían empezado a abrir oficinas en otros sitios. En la década de 1950, muy pocos despachos tenían filiales: un bufete de Denver era un bufete de Denver, uno de Chicago era de Chicago y punto. Unos cuantos despachos de Nueva York tenían una o dos filiales fuera del país, o en Washington, D. C. Sin embargo, a principios del siglo XXI, Baker & McKenzie, uno de los bufetes más grandes, tenía sucursales o filiales en más de cincuenta ciudades, muchas de ellas fuera del país; Sullivan & Cromwell, un despacho de Nueva York, tenía filiales en Washington, D. C., y también en Londres, París, Melbourne y Frankfurt, entre otras ciudades.

Los abogados estadounidenses hacen todo tipo de trabajo: defienden y persiguen criminales, ayudan a las personas a divorciarse, a vender sus casas, a hacer frente a una auditoría fiscal o a cobrar una reclamación a una aseguradora; demandan a los doctores por negligencia o los defienden, ayudan a las personas en la preparación de sus testamentos y en su planeación sucesoria. No obstante, por mayoría abrumadora los abogados se encargan de asuntos mercantiles. Los despachos pequeños asesoran a empresas pequeñas y los despachos grandes asesoran a empresas grandes. Algunos despachos manejan asuntos enormes, fusiones de empresas de miles de millones de dólares y mega-operaciones en las que un coloso engulle a otro. Una economía gigante —que se calcula en trillones de dólares, no en billones— es una economía que genera convenios, constituciones de sociedades, fusiones y adquisiciones; es una economía con gigantescas investigaciones por prácticas monopólicas, enormes demandas de indemnización por daños, acciones colectivas (*class actions*) que duran años y requieren de verdaderos ejércitos de abogados, asuntos de patentes y derechos de autor de los cuales depende el destino de cierta industria y más. Es una economía que flota en un mar de abogados.

Todas las economías modernas requieren abogados. El caso de los Estados Unidos no es único; fue un pionero en el tema, pero otros países parecen estar poniéndose a la par. El número de abogados está creciendo rápidamente casi en todas partes: en Alemania, Francia y Gran Bretaña, en Italia, Argentina y Venezuela. La excepción son algunos países pequeños y pobres y, aunque parezca extraño, algunos de los dragones económicos del lejano oriente. Japón, Taiwán y Corea tienen muy pocos abogados en comparación con países de occidente y controlan rigurosamente su oferta de abogados. Los exámenes de admisión a la barra constituyen un enorme obstáculo: únicamente el 2% de los sustentantes son admitidos. No obstante, Japón se encuentra bajo presión para incrementar número de miembros de la barra —y hay en Japón, después de todo, miles de personas que estudiaron derecho y no pasaron el examen de admisión a la barra y que, por lo tanto, no pueden ejercer ante una corte, pero tienen ciertos conocimientos jurídicos que pueden utilizar en su trabajo—. Las economías modernas simplemente no pueden existir sin contratos, convenios y formalidades; las economías modernas no pueden apoyarse en la confianza ni en apretones de manos (cuando menos, no en forma exclusiva); deben contar con hombres y mujeres entrenados para estructurar operaciones y ejecutar sus términos y condiciones. El gobierno en todos sus niveles emplea miles de abogados; y miles de personas en el gobierno y en la industria privada laboran por, mediante o con motivo del derecho.

La demografía de la profesión jurídica estadounidense ha sufrido cambios drásticos. Hasta 1870, todos los abogados eran hombres. En el último tercio del siglo XIX, unas cuantas mujeres valientes y poco tradicionales irrumpieron en el monopolio masculino. Sin embargo, las mujeres constituían solamente una pequeña porción de la población de abogados hasta la década de 1950: en el año de 1955, las mujeres eran un poco más del 1% del total de abogados. Harvard abrió sus puertas a las mujeres en 1950. En la década de 1960, un torrente de mujeres inundó las

escuelas de derecho. Las mujeres representaban el 4 % de los estudiantes en 1965, el 16 % en 1973 y el 42 % en 1995.¹⁴⁰ Las mujeres empezaron a aparecer en las cortes como jueces; en 1981, Sandra Day O'Connor se convirtió en la primera Ministra en la Suprema Corte de los Estados Unidos; Ruth Bader Ginsburg fue la segunda. Algunas mujeres han servido como ministro presidente en varias cortes estatales, incluyendo la de California, y el número de jueces y abogados afroamericanos, hispanos y asiáticos ha incrementado sustancialmente desde 1960.

CENTRO Y PERIFERIA

El cambio de dirección hacia el centro, hacia Washington, fue una de las tendencias más fuertes del siglo XX y continúa siéndolo. El gobierno federal fue una de las historias de crecimiento más grandes del siglo. ¿Cómo podría ser de otra manera? Cultural y económicamente Estados Unidos es más y más un solo país. Esta afirmación puede sonar extraña en estos días de igualdad plural. Ciertamente, cuando menos parece que el país estuviera más fragmentado que nunca; por todas partes hay vigorosos grupos de identidad reclamando sus derechos. Pudiéramos preguntarnos (y muchas personas lo hacen) si aún existe aquello que llamamos Estados Unidos o si simplemente existen docenas de Estados Unidos, uno afroamericano, uno gay, uno irlandés, uno judío, uno armenio, uno de mujeres, de gente mayor, de estudiantes, de jóvenes ejecutivos, de Mormones, de sordos y así sucesivamente. Irónicamente, podemos sentir la creciente unidad detrás del clamor de todas estas voces. Las personas en busca de sus "raíces" son, en su inmensa mayoría, personas que han perdido su identidad propia; que se ha vuelto parte del gran crisol (*melting pot*) estadounidense.

¹⁴⁰ Friedman, Lawrence M., *American Law in the Twentieth Century* (2002), p. 458.

Toda esta asimilación no es casualidad. La existencia de una economía única y fuertemente unida es una realidad. Las mercancías fluyen fácilmente por las fronteras de los estados. La economía se está volviendo cada vez más homogénea. El clima en Alaska y en Florida quizás sea completamente diferente, pero las mismas cadenas de tiendas llenan los centros comerciales, ya sea en Anchorage o en Tampa. Los gustos y la cultura están en todas partes de la nación. Evidentemente, existen variaciones regionales, pero se están haciendo cada vez más pequeñas. Ciertamente existen diferencias entre la picante California y el Cinturón Bíblico (*Bible Belt*),* entre la helada Alaska y el tropical Hawaii; pero todos (más o menos) ven los mismos programas de televisión y las mismas películas, bailan la misma música ruidosa, visten el mismo estilo de ropa, cantan las mismas canciones, compran en centros comerciales que, más y más, parecen cortados con la misma tijera.

De acuerdo con Tip O'Neill, quien fuera vocero de la Cámara de Representantes, toda la política es local. Pero ¿realmente tenía razón Tip O'Neill? En cierta forma, toda la política parece ser nacional. El estadounidense promedio ve al presidente en la televisión todos los días —al presidente, su esposa y su familia, sus colaboradores, la casa en la que vive, sus mascotas, sus hábitos y sus muertos en el armario—. El estadounidense promedio no sería capaz de mencionar el nombre del representante de su estado ni siquiera bajo amenaza de muerte, ni tampoco el nombre de su representante ante el consejo del condado. La política local se apretuja en canales de televisión recónditos y en programas de medianoche. Y, mientras la cultura gravita alrededor de un núcleo, también lo hace el derecho. Durante buena parte de nuestra

* *Nota del traductor.* La expresión Cinturón Bíblico o *Bible Belt* se utiliza para hacer referencia al área de los Estados Unidos en que el protestantismo evangélico tiene una influencia importante en la cultura y se manifiesta en una sociedad conservadora, en general. Es decir, se considera que el Cinturón Bíblico abarca el territorio comprendido entre Texas al suroeste, Kansas al noroeste, Virginia al noreste y el norte de Florida al sureste.

historia, los estados (y gran parte de la población) se oponían a cualquier forma de centralización y las “prerrogativas de los estados” eran un grito de guerra. Esto era cierto no sólo en el sur. El gobierno federal era débil; un Gulliver atado con múltiples cuerdas. Todo esto ha cambiado por completo. El gobierno federal puede hacer casi cualquier cosa —puede legislar cualquier materia— y las restricciones que le impone el federalismo no lo limitan en realidad. La costumbre de mirar hacia Washington está firmemente arraigada. La población exige soluciones nacionales a problemas nacionales. La Suprema Corte puede afinar los límites; algunas materias pueden ser conferidas a los estados; sin embargo, es prácticamente un hecho que el núcleo, el núcleo federal, permanecerá fuerte e intacto. En momentos de crisis —la Gran Depresión, las dos guerras mundiales, el brutal ataque al *World Trade Center* en septiembre de 2001— el país mira hacia su líder y su centro, hacia el gobierno nacional. Ni el Seguro Social, ni la bomba atómica, ni la guerra contra el terrorismo serán puestos en manos de Kentucky o de Vermont.

Esto no ocurrió de la noche a la mañana ni sin resistencia. El Nuevo Acuerdo fue un parteaguas. El Congreso tiene facultades, conforme a la Constitución, para regular el “comercio interestatal”. Esta era una facultad trascendental pero, por buena parte del siglo XX, rara vez fue ejercida. Durante el siglo XX, cuando menos después de los primeros años del Nuevo Acuerdo, se convirtió en una facultad para regular casi todo. Un caso decisivo fue *Wickard vs. Filburn* (1942).¹⁴¹ La controversia se relacionaba con una ley del Nuevo Acuerdo, la Ley de Ajuste Agrícola (*Agricultural Adjustment Act*). En respuesta a los precios desastrosamente bajos de los productos agrícolas, esta ley se diseñó para controlar la producción y eliminar la sobreoferta en el mercado. Roscoe Filburn era un granjero de Ohio; vendía leche, huevo y pollo de su granja, también plantaba trigo para alimentar a su familia y a sus animales. No vendía ni un solo grano en el

¹⁴¹ 317 U.S. 111 (1942).

mercado; sin embargo, plantaba en su granja más trigo de lo permitido por la Ley de Ajuste Agrícola. ¿Qué podría ser más local y menos “interestatal” que el trigo de Filburn, el cual se destinaba por completo a alimentar a su familia, a sus pollos y a sus vacas? A pesar de ello, la Suprema Corte confirmó la ley, la cuota máxima y la multa a Filburn por producir en exceso de lo permitido. El país tenía miles de Filburns y el trigo de todos ellos, en conjunto, efectivamente afectaba el mercado interestatal.

Ahora, si el Congreso podía controlar el trigo de Filburn, podía controlar prácticamente todo. En 1964, la gran Ley de los Derechos Civiles prohibió la discriminación en hoteles, restaurantes y otros establecimientos de servicio al público. En el caso *Katzenbach vs. McClung* (1964),¹⁴² por votación unánime la Corte reafirmó y aplicó la ley a Ollie’s Barbecue, un pequeño restaurante que compraba toda la comida que preparaba en el mercado local y atendía únicamente a clientela local. Sin embargo, algunos de los ingredientes que compraba venían de fuera del estado y eso era suficiente para la Corte. Casos como este parecían indicar era la cláusula de “comercio interestatal” difícilmente podía considerarse una restricción a las facultades del Congreso. El Congreso podía, esencialmente, legislar todo aquello que quisiera.

Los conservadores generalmente piensan que todo gobierno es malo y que los gobiernos centrales son los peores de todos. Durante la última década del siglo XX, la Suprema Corte bajo el mando de Rehnquist mostró cierto interés en dar nueva vida a la relegada doctrina de las prerrogativas de los estados. En un caso que cimbró a la academia jurídica, la Suprema Corte invalidó una ley aduciendo que el Congreso no tenía facultades para legislar en cierta materia. La materia de la controversia fue la Ley de Zonas Escolares Libres de Armas (*Gun-Free School Zones Act*) de 1990. Esta ley convirtió en delito federal portar un arma dentro de una zona escolar. Alfonso Lopez, Jr., un alumno del

¹⁴² 379 U.S. 294 (1964).

último año de la escuela preparatoria llevó un pistola y cinco balas a la escuela, donde fue detenido y, posteriormente, procesado y condenado a seis meses en prisión. Una estrecha mayoría en la Suprema Corte revirtió la sentencia condenatoria. El Congreso tenía plenas facultades para legislar el comercio entre estados; sin embargo, la conexión entre armas, escuelas y comercio interestatal era demasiado tenue para que la validez de la ley fuera ratificada.¹⁴³

Ésta fue la primera vez, desde los días de Nuevo Acuerdo, que la Corte restringió el poder del Congreso en el área del comercio interestatal. Éste y otros casos resueltos por la Corte de Rehnquist alarmaron a algunos académicos del derecho; no obstante, los casos no tienen gran alcance ya que realmente son “pequeños piquetes” y no “puñaladas al corazón”. Ciertamente, el federalismo clásico ha muerto. El gobierno federal otorga fondos a los estados —enormes cantidades de dinero para asistencia social, conservación del medio ambiente, etcétera— que éstos pueden emplear conforme a sus necesidades y políticas. Sin embargo, el Congreso puede decidir no otorgar dichos fondos; puede también decidir supervisar o no su aplicación; y el enorme y vasto cuerpo de normas federales subsiste —las miles de páginas del Código de Normatividad Federal, que ya mencionamos, no ha mostrado señal alguna de debilitamiento—.

Por supuesto, esto no implica que Washington rija todo lo que ocurre en el país. Además de la asignación de fondos federales, algunos programas de carácter federal son, de hecho, fundamentalmente descentralizados. “Federal” no necesariamente implica un estricto control por parte del centro; simplemente implica que el centro puede ejercer dicha facultad si el Congreso así lo determina; en ocasiones lo hace, pero no siempre. Las dependencias de gobierno local y las administraciones regionales soportan gran parte de la carga que implica la normatividad federal.

¹⁴³ El caso fue *United States vs. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

Al final del día, los estados siguen siendo sumamente importantes y poderosos como entidades jurídicas. El gobierno se ha expandido de manera tal en el siglo XX que las facultades y el alcance de los gobiernos estatales (y de los gobiernos locales) ha incrementado radicalmente, aun cuando dichas facultades se redujeron en términos relativos (es decir, frente al gobierno federal). Los estados tienen gran ingerencia en la forma en que se gobierna el país. Si queremos divorciarnos, si queremos adoptar un niño, si queremos tramitar la sucesión de nuestra tía, si queremos demandar al vecino por invadir nuestra propiedad, hacemos todo ante una corte estatal. La educación es, principalmente, un programa estatal. La mayoría de las demandas en materia de daños y de contratos son de carácter estatal. Los estados controlan el uso de suelo y muchas áreas de salud y seguridad. Los delitos comunes son también materia estatal: es el estado (y no el gobierno federal) el que juzga a los ladrones, a los violadores, a los homicidas —o te impone una multa por exceso de velocidad—. Las prisiones estatales retienen a la mayoría de los delincuentes del país. Los estados y las ciudades expiden y ejecutan los reglamentos sobre zonificación; los reglamentos de construcción son de carácter local. Salvo por las grandes autopistas interestatales, las carreteras que surcan los estados son caminos a cargo del gobierno estatal o del condado; y las calles y avenidas de nuestras ciudades o pueblos son de jurisdicción local. El gobierno federal juega un papel en (y destina dinero a) todas estas áreas; no obstante, estas áreas permanecen, primordialmente, dentro del ámbito estatal. Las “prerrogativas de los estados” son aún causa y motivo de quejas por parte de los conservadores. En algún momento, en los estados sureños ésta era una expresión cifrada para aludir a la supremacía blanca —una excusa para decir al gobierno nacional: “saca las manos de las relaciones raciales y no interfieras con el «estilo de vida sureño»”—. A finales del siglo XX, la situación era distinta. Indudablemente, las administraciones conservadoras de Reagan y de los dos Bush estuvieron ansiosas por regresar algunas facultades a los estados; incluso la

administración Clinton hizo su parte, permitiendo a los estados “reformular” la asistencia social tanto como quisieran.

Pero el eje de atención se ha reubicado en el centro, en forma un tanto radical, particularmente debido a los medios de comunicación masiva. Lo que es más, el centro de atención del público es el presidente y la Presidencia. El presidente está investido de un poder extraordinario. Esta es una de las historias más importantes del siglo XX en materia jurídica y una de las historias más importantes de la sociedad en general. La “Presidencia imperial” es un hecho con el que coexistimos; el presidente es el hombre con el dedo en el botón. Puede ser un hombre pequeño, limitado, incluso estúpido, pero el cargo (en sí mismo) ya no puede ser pequeño. En asuntos exteriores, el presidente sostiene las riendas que pueden soltar a los perros de la guerra. Conforme a la Constitución, el Congreso tiene facultades exclusivas para declarar la guerra; pero, actualmente, estas son palabras vacías. De hecho, por cincuenta años ha sido el presidente quien declara la guerra —quien la declara, la dirige y la concluye— y el Congreso lo sigue dócilmente. La guerra de Corea, la guerra de Vietnam y la guerra del Golfo: éstas fueron guerras reales, con bajas reales y, en ninguno de estos casos, el Congreso dio el primer paso, ni el paso decisivo; lo que es más, en muchos casos el Congreso no dio paso alguno.

Cuando menos desde los días de Franklin D. Roosevelt, el poder de la Presidencia en asuntos nacionales también ha crecido enormemente. El presidente expide “disposiciones administrativas” (conforme a la ley, por supuesto) que inciden sobre la vida de millones de personas. Puede convertir bosques en zonas naturales protegidas o en minas de carbón. Puede declarar áreas de desastre. Puede expedir reglamentos y reglas en una gran variedad de materias. Y mucho de este poder está literalmente centralizado en la Casa Blanca. El gabinete ya no es tan importante como lo era antes. Es cierto, los hombres y las mujeres que conforman el gabinete tienen autoridad, pero la comparten con el equipo de trabajo de la Casa Blanca. Los asesores en asuntos na-

cionales son probablemente mucho más importantes en la formación de políticas públicas que los secretarios de vivienda o de transporte; los asesores en materia económica compiten con el secretario del tesoro; el asesor en materia de seguridad nacional en ocasiones minimiza el papel del secretario de estado.

El presidente es también un personaje famoso, una celebridad —quizás la celebridad nacional—. Su cara está en todas partes; no pasa un sólo día sin que su imagen aparezca en la televisión. Todo el mundo sabe cómo se ve el presidente, cómo se oye, cómo camina, lo que come, lo que lee, cómo es su familia, etcétera. Todos conocen el sonido de su voz; saben o creen que saben algo sobre su vida sexual. Mucho de lo que saben puede ser propaganda o falsedad, pero al menos tienen la ilusión de estar asomándose por las ventanas de la Casa Blanca. La continua exposición en televisión desarrolla un sentido de familiaridad.

En general, el gobierno es visible hoy en una forma que nunca antes lo había sido. Sin embargo, lo que nosotros vemos no es el “gobierno”, sino imágenes y personalidades. El público sabe menos y piensa que sabe más. El resultado es lo que podríamos llamar el estado de la opinión pública. Dado que las imágenes y la información (o pseudo-información) fluyen tan rápidamente, que hay tantas y tantas conferencias de prensa, oportunidades para ser fotografiados y eventos que son verdaderas puestas en escena, la distancia entre los palacios de gobierno y la casita de Joe y Jane promedio parece haber desaparecido casi por completo. El gobierno y la política tienen hoy una inmediatez que nunca habían tenido. No obstante, el gobierno es aún, en todos los niveles, cautivo de las encuestas, grupos de enfoque y campañas postales; es constantemente sacudido por olas de indignación pública —indignación real, fomentada o fabricada—. En respuesta, el gobierno (en todos los niveles) pelea con sus propios trucos; manipula imágenes, contrata y utiliza encargados de comunicación social y de relaciones públicas; sus voceros explican, halagan, defienden, discuten, modifican, ofuscan y ordenan los mensajes. Existe una paradoja: el poder del presidente ha crecido

enormemente, incluyendo el poder de controlar a los asesores de imagen; sin embargo, ha perdido algo de su privacidad —algo de capacidad para salirse con la suya—. Franklin D. Roosevelt era capaz de ocultar su silla de ruedas al público. John F. Kennedy era capaz de esconder su afición por las mujeres. No obstante, las intrigas y maquinaciones de Richard Nixon salieron a la luz durante el escándalo de *Watergate*; y William Jefferson Clinton aprendió que no podía ocultar nada —aun el sexo oral en la Oficina Oval, el más privado de los recintos, salió a la luz para vergüenza del presidente—.

Dado que el derecho es un producto del “gobierno”, en su acepción más amplia, es profundamente influenciado por los acontecimientos de la vida diaria del estado moderno —el estado de las celebridades, el estado de los medios de comunicación, el estado de las relaciones públicas—. Las leyes se hacen y se rehacen en medio de una fuerte tormenta de escándalos, incidentes y periodismo creativo. Los candidatos ofrecen programas y propuestas como barras de jabón o refrigeradores nuevos. Los problemas y las políticas públicas se deciden, en buena medida, en el teatro de la opinión pública; pero crear esa opinión pública requiere dinero, publicidad, promoción y las políticas quedan reducidas a *slogans*, verdades a medias y fragmentos de entrevistas.

Quizás el hecho cardinal de la vida estadounidense a principios del siglo XXI es la riqueza del país. La riqueza está dividida de manera muy dispareja; no obstante, todavía existe una vasta clase media —ciertamente, la mayoría de la población—. Es una clase media que tiene algo de dinero extra (y que trabaja duro, por supuesto) y algo de esparcimiento —domingos, vacaciones, noches y días festivos—. Es una clase media que tiene automóviles, televisiones y todo tipo de aparatos electrónicos; que constantemente busca más en el mercado. Principalmente, es una sociedad consumista, una sociedad en la cual el entretenimiento, la diversión, la forma de llenar esas horas libres, las noches, los fines de semana y las vacaciones, son de suma importancia.

Es también una sociedad profundamente individualista, como consecuencia del tiempo libre, la riqueza y el consumo. El individualismo —el énfasis en uno mismo, en la realización personal, en los gustos y deseos personales— pudiera ser un aspecto inevitable del capitalismo. La sociedad está saturada de publicidad, y la publicidad está dirigida al individuo: compramos como individuos, como seres humanos únicos, con gustos y deseos (algunos fabricados) únicos. Por supuesto, también existen compras familiares, pero, de nuevo, con los gustos y deseos únicos de una familia en particular. El profundo individualismo de la vida estadounidense produce el profundo individualismo del derecho estadounidense y su énfasis en los derechos individuales. Asimismo, el individualismo es causa del declive en el sentido de pertenencia y de conciencia de clases. Como lo señaló un autor, el nivel social y el nacimiento “han dejado de ser relevantes en la actual democracia de gasto”.¹⁴⁴

Parece innegable que existe un periodo de feroz individualismo en la sociedad estadounidense, al igual que una conciencia de los derechos. Es una sociedad con muchas personas que se rehúsan a esperar sentados; la gente demanda cuando considera que sus derechos han sido invadidos. ¿Cuántas personas? Quizás no muchas. ¿Pero qué tantas se necesitan?, ¿cuántos ladrones se necesitan en una ciudad para crear un problema de seguridad? La pregunta no es si la mayoría de las personas se aferran a sus derechos y demandan por cualquier cosa, sino si existen o no más personas de este tipo que las que existían antes o más que las que existen en Finlandia o en Japón, por ejemplo.

Existe un énfasis en los derechos. Sin embargo, podríamos preguntarnos, ¿acaso no son estos derechos, especialmente los nuevos derechos, los generados en una era de igualdad plural, derechos que pertenecen (en gran medida) a grupos más que a individuos?, ¿no es esto lo que implica la igualdad plural —dere-

¹⁴⁴ Cross, Gary, *An All-Consuming Century: Why Commercialism Won in Modern America* (2000), pp. 21 y 22.

chos de grupos—? ¿Acaso no es éste el significado del surgimiento del poder y la influencia de los grupos de identidad que son figuras características de la vida política, social —y jurídica— estadounidenses: afroamericanos y homosexuales, discapacitados y feministas, nativos estadounidenses, etcétera? La respuesta es: sí y no; pero, en mayor medida, no. Al final del día, los derechos de grupos son, principalmente, derechos individuales. Los derechos de los discapacitados son derechos a igualdad de oportunidades, es decir, a disfrutar del mismo rango de alternativas que cualquier otra persona. Es el derecho a tomar el autobús, el derecho a trabajar en el tercer piso de un edificio de oficinas y el derecho a leer el periódico. Si para hacer todo eso es necesario contar con una rampa, un elevador o el sistema braille, pues adelante. Los derechos de las mujeres implican el derecho a volar un jet, a trabajar en una mina de carbón o a zurcir calcetines —tener la mismas alternativas que los hombres; en otras palabras, el derecho a elegir por sí mismas, como individuos—. Los derechos de los homosexuales, de los estudiantes, de las personas de raza asiática, hispana o negra, todos pueden ser analizados en forma similar. El grupo busca poder, el grupo busca derechos —pero ¿para qué?— Principalmente, para permitir a sus miembros tomar un amplio rango de decisiones individuales que les permitan alcanzar su realización personal.

Las cortes forman parte de las instituciones encargadas de hacer cumplir estos derechos. Por supuesto, en primer lugar el trabajo pertenece a otras ramas del gobierno: la policía, las agencias, los consejos y sus empleados. Pero detrás de ellos está el poder de las cortes para inducirlos al cumplimiento de la ley. De hecho, el enorme poder de las cortes es un suceso cotidiano en los Estados Unidos. Esto es particularmente cierto por lo que respecta a la Suprema Corte de los Estados Unidos, que siempre ha sido una institución importante —siempre ha sido políticamente

relevante—. El infame caso de *Dred Scott*¹⁴⁵ contribuyó, cuando menos parcialmente, al inicio de la Guerra Civil. Algunos académicos opinan que la intransigencia de las cortes federales y estatales, a finales del siglo XIX y a principios del XX, tuvo un impacto decisivo en la forma en que se desarrolló el movimiento laboral estadounidense.¹⁴⁶ La Suprema Corte intervino decisivamente en la reñida elección presidencial de 2000, en el famoso (o infame) caso de *Bush vs. Gore*. De hecho, la —muy controvertida— resolución de la Suprema Corte eligió al presidente de Estados Unidos (George W. Bush). En cierta medida, la Suprema Corte en este caso revirtió o modificó decisiones de la Suprema Corte de Florida. Después de todo, las cortes estatales son también actores políticos dentro de su propia esfera y, frecuentemente, de gran relevancia.

Todas las áreas del derecho yacen desarropadas y expuestas a la opinión pública, pero unas mucho más que otras. El derecho penal —la justicia penal, en general— es especialmente vulnerable a las explosiones de la opinión pública. Los medios de comunicación están saturados de historias de delincuentes. El delito parece casi tan fascinante como el sexo. La televisión y las películas agonizarían sin policías, juicios, jueces, abogados y prisioneros. Hay una conexión directa entre toda esta atención, la avalancha de leyes estrictas y el hecho que una enorme cantidad de personas se encuentren amontonadas en las prisiones a principios del siglo XXI. Un niño es secuestrado, violado y asesinado —y el dolor de millones de personas se convierte en una especie de nueva ley draconiana, que responde psicológicamente (si no lógicamente) a las demandas del público—. Por ejemplo, este fue el caso de la llamada “Ley Megan”, nombrada en honor de una

¹⁴⁵ *Dred Scott vs. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857); véase Fehrenbacher, Don E., *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics* (1976).

¹⁴⁶ Véase Forbath, William E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement* (1991).

niña llamada Megan Kanka.¹⁴⁷ Un agresor sexual que salió de prisión y vivía en el vecindario asesinó a la pequeña niña. La “Ley Megan” (originalmente promulgada en Nueva Jersey) señala que, de ser necesario, los agresores sexuales deben ser registrados y conocidos por sus vecinos. Es una especie de campana de leproso al cuello de las personas que han sido sentenciadas por delitos sexuales. En poco tiempo, casi todos los estados adoptaron una especie de “Ley Megan”.

El derecho penal es un caso extremo, pero el derecho fiscal, las leyes de asistencia social y el derecho familiar son también asuntos que potencialmente despiertan la atención del público. Un gran accidente de aviación o un catastrófico caso de contaminación llamarán igualmente la atención y exigirán acciones rápidas. También pueden utilizarse ciertas técnicas de miedo y propaganda para derribar o evitar la promulgación de nuevas leyes, o bien para mancillar la reputación de leyes existentes. Un torrente de anuncios sepultó el plan de salud del presidente Clinton. Las aseguradoras y otros negocios han lanzado campañas en contra lo que consideran excesiva responsabilidad por daños; los medios se les unieron con entusiasmo y publicaron historias horribles, algunas de ellas totalmente fabricadas: la psíquica que obtuvo un millón de dólares por la pérdida sus poderes psíquicos; la anciana que obtuvo millones por tirarse encima café caliente de McDonald’s; el ladrón que se lastimó mientras robaba una casa y demandó a los dueños.¹⁴⁸ Estas acciones probablemente tuvieron impacto en la opinión pública y llevaron al público a creer en la codicia de sus conciudadanos y en la insensatez de los jueces y los jurados.

Las legislaturas limitaron —un poco— el alcance de dichas leyes. Impusieron límites máximos a los daños punitivos o a la

¹⁴⁷ La Ley Megan se encuentra en New Jersey Stats. Ann. 2C:7-1 al 7-11 (1994).

¹⁴⁸ Véase Hayden, Robert M., “The Cultural Logic of a Political Crisis: Common Sense, Hegemony and the Great American Liability Insurance Famine of 1986”, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 11 (1991), p. 95.

indemnización por dolor y sufrimiento, en ciertos estados. Sin embargo, la explosión del derecho aún está en expansión. En el 2001, uno de los temas más importantes debatidos en el Congreso fue el derecho de los pacientes a demandar a las Organizaciones para la Conservación de la Salud (*Health Management Organizations* o HMOs, por sus siglas en inglés). La administración y muchos republicanos se resistieron a la idea, pero pudiera ser una causa perdida. Existe una gran exigencia para que se tomen acciones al respecto, demasiadas historias de mala conducta flotando por allí, demasiadas personas que se consideran víctimas de sus aseguradoras o HMOs. Mientras escribo estas líneas, la apuesta es que eventualmente nacerá una nueva causa de acción legal.*

El dominio de la opinión pública, el escándalo y los acontecimientos en el proceso de formación de la ley, son testimonio mudo del inmenso poder de los medios —y especialmente de la televisión—. La televisión, entre otras cosas, nos enfrenta a la ilusión del ojo que todo lo ve. Nos permite entrar a ciertos mundos que fueron, en algún momento, totalmente ajenos a nosotros

* *Nota del traductor.* La Ley de Seguridad de Ingresos de Retiro de los Trabajadores (*Employee Retirement Income Security Act* o ERISA, por sus siglas en inglés) promulgada en 1974, limita el monto que los pacientes que son empleados de empresas privadas (en oposición a entidades gubernamentales) pueden demandar y recibir de las HMOs por concepto de daños. Además, ERISA impone ciertos límites al derecho de los pacientes a demandar a sus HMOs ante los tribunales estatales. Sin embargo, varios estados han aprobado leyes que reconocen el derecho de los pacientes a demandar a sus HMOs cuando éstas hubieren actuado en forma negligente al tomar decisiones respecto a tratamientos médicos. Por ejemplo, Texas aprobó una ley que otorga tal derecho en 1997, California y Georgia en 1999, Washington y Arizona en 2000 y Nueva Jersey en 2001. No obstante lo anterior, en junio de 2004 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos rechazó, por votación unánime, demandas cuantiosas presentadas por dos pacientes en contra de sus HMOs alegando negligencia al emitir recomendaciones relacionadas con tratamientos médicos. A la fecha, el Congreso federal no ha aprobado ley alguna en materia de derechos de pacientes que establezca con claridad los alcances y los límites del derecho a demandar a las HMOs.

—mundos privados—. La televisión creó la sociedad de celebridades. Llena nuestras vidas de cotilleos e imágenes de los ricos y poderosos, de políticos, de líderes religiosos, de estrellas de rock, de jugadores de béisbol, de estrellas de cine. Crea la ilusión de que dichas celebridades son parte de nuestras vidas, de manera tal que cuando la princesa Diana murió, millares de personas le lloraron como si la hubieran conocido. En cierta forma, la conocieron o, por lo menos, eso pensaban.

La televisión moldea y remodela el significado mismo de la autoridad. Los líderes políticos se convierten en celebridades. La imagen lo es todo. George Washington tenía dientes de madera ¿Era un orador acartonado?, ¿tenía carisma?, ¿y Jefferson? Importaba muy poco. Hoy es esencial. Incluso líderes como el Papa y el Dalai Lama se han convertido en celebridades, caras familiares, voces familiares. Anteriormente, los papas y los lamas eran austeros, figuras distantes encerradas en sus palacios. Pero el carácter de celebridad ligado a la autoridad, al liderazgo, implica que la sociedad no es gobernada por la mano invisible, sino por la caja visible —la televisión—. El presidente, como hemos señalado, se ha convertido en una celebridad; de hecho, como lo indica Neal Gabler, es “el jefe del entretenimiento”. Después de todo, si la imagen es de tal importancia, entonces un presidente es juzgado por su imagen y la línea entre política y entretenimiento es tenue, si no es que desaparece por completo. La política —de nuevo en palabras de Neal Gabler— no es sino “la industria del entretenimiento para las personas poco atractivas”.¹⁴⁹

La televisión altera también el significado de “privacidad”. Rompe barreras entre la realidad y el entretenimiento. Miles de personas están dispuestas a todo por quince minutos de fama. Millones de personas siguen los “programas de entrevistas basura”. o *Big Brother* o *Survivor* y alguna parte de estos millones

¹⁴⁹ Gabler, Neal, *Life the Movie: How Entertainment Conquered Reality* (1998), p. 117.

también quiere ser parte de uno de estos programas. Los “programas de realidad” (*reality shows*) son “realidad” únicamente en sentido limitado —los participantes no son actores (por lo menos, no debieran serlo), utilizan nombres verdaderos y expresan sus verdaderas personalidades—. De igual forma, el Internet hace posible que cualquiera sea una estrella.

Vivimos en una sociedad de fisgones y esto tiene profundas implicaciones. La política se ha convertido en uno más de los programas de realidad, como *Survivor* o *Big Brother*, donde el electorado es el público y la campaña es el espectáculo. En un día de elecciones, el público elige cuál competidor va a Washington y cuál se va a casa. Dado que estos “programas” requieren grandes cantidades de dinero para publicidad, folletos, reuniones masivas, correo y para comprar tiempo aire en televisión (el cual es extraordinariamente caro), la política depende hoy más que nunca de la desquiciada competencia por el dinero. Todo el dinero implica ataduras y está demás decir que esto tiene un impacto en la estructura de la política y de las políticas públicas. Sin duda, el proceso de formación de leyes es influido; exactamente en qué medida, no es fácil decirlo.

Nadie puede predecir el futuro. La “explosión del derecho” podría quizás alcanzar algún tipo de altiplanicie; que retroceda parece casi inconcebible. La sociedad está completamente “legalizada”. Demasiados aspectos del derecho son parte de la cultura; las raíces de la “legalización” están profundamente encarnadas en las entrañas del orden social. Una sociedad individualista, consumista y acaudalada, un mercado libre, una sociedad de libre comercio, una sociedad de igualdad plural, no puede existir nada sin la enorme sombrilla del derecho y del proceso legal. El derecho es el pegamento que adhiere las células del cuerpo del Leviatán y de la sociedad misma.