

EDWIN REKOSH

Director ejecutivo del Public Interest Law Initiative y profesor de la Facultad de Derecho de Columbia, Estados Unidos. Profesor visitante en la Universidad de Europa Central, Hungría.

RESUMEN

Este artículo analiza la abogacía de interés público en el contexto de Europa Centro-Oriental desde dos perspectivas: su fundamento conceptual y las implicaciones prácticas de estrategias para la protección de los derechos humanos y la promoción de la democracia. Y señala que el significado del término “interés público” es menos importante que la cuestión de quién participa del proceso de su definición y por qué medios esto tiene lugar. A partir del caso estadounidense, el artículo desdobra tres concepciones distintas de abogacía de interés público: la social, la sustantiva y la procesal. De este análisis derivan varios objetivos estratégicos: la ampliación del uso de instrumentos legales por parte de las organizaciones de la sociedad civil para fortalecer el discurso en la esfera pública; la aproximación entre teoría y práctica en el estudio del derecho; y el fomento de la cooperación entre los distintos actores – asociaciones de abogados, órganos administrativos y organizaciones no gubernamentales – para consolidar un principio de igual acceso a la justicia para todos. [Texto original en inglés.]

¿QUIÉN DEFINE EL INTERÉS PÚBLICO?

Estrategias del derecho de interés público en Europa Centro-Oriental*

Edwin Rekosh



En los países de las regiones central y oriental de Europa – y genéricamente en toda Europa continental –, la expresión “derecho de interés público” es inusual, aunque ya comience a ser adoptada. Lo más importante es que son cada vez más los profesionales y activistas del campo jurídico que de hecho adoptan estrategias del derecho de interés público, independientemente del hecho de que las identifiquen con esta denominación.

Al discutir cómo el derecho de interés público se relaciona con Europa Centro-Oriental, quisiera detenerme en dos aspectos específicos de esta noción. Primero, su fundamento conceptual, que, se admite, es problemático; segundo, las implicaciones prácticas de las estrategias para proteger los derechos humanos y promover la democracia y el Estado de Derecho.

Ya es un lugar común entre los que han estudiado el fenómeno del derecho de interés público, en los Estados Unidos y en otros lugares, exasperarse ante la necesidad de presentar una definición que pueda ser generalizada o que implique alguna precisión intelectual. Muchos prefieren adherir al famoso comentario del juez Stevens, de la Suprema Corte norteamericana, sobre la pornografía: “La reconozco cuando la veo”.

En vez de empeñarme en dar una definición universal, creo que es más útil examinar los múltiples significados

*Este artículo es una versión revisada y ligeramente ampliada de una conferencia realizada en la Universidad Europea, en Budapest, el 22 de noviembre de 2000. © 2005 Public Interest Law Initiative – Columbia University Kht.

presentes en esta expresión. Al menos tres concepciones distintas de “interés público” y de “derecho de interés público” merecen ser exploradas. La idea de “derecho de interés público” se originó en los Estados Unidos, por lo tanto se trata de un buen lugar para comenzar. Una de las primeras personas en articular el fundamento conceptual del derecho de interés público, muchos años antes de que tal noción fuera ampliamente adoptada, fue el abogado Louis Brandeis, que más tarde se convirtió en juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En una célebre conferencia en Harvard Ethical Society, en 1905, afirmó: “En vez de mantener una posición de independencia entre los ricos y el pueblo, preparados para refrenar excesos de ambos lados, innumerables abogados competentes aceptaron subordinarse a las grandes corporaciones y negligenciaron su obligación de usar sus poderes para proteger a la población”. Afirmó también: “La gran oportunidad de los abogados norteamericanos es y será erigirse nuevamente, como lo hicieron en el pasado, listos para proteger también los intereses del pueblo”.¹

1. L. Brandeis, “The Opportunity in the Law”. *American Law Review*, v. 39, pp. 55-63, 1905.

La lectura que hizo el juez Brandeis de la historia puede ser cuestionable, y él tampoco brinda muchas justificativas teóricas; con todo, estas dos frases encierran la esencia de la manera en que los defensores del interés público en Estados Unidos comenzarían a definirse a sí mismos décadas más tarde.

La efervescencia social de la década del 60 terminó por crear las condiciones para difundir las máximas del juez Brandeis y muchos licenciados en derecho estadounidenses pasaron, ya en la década del 70, a autoidentificarse como “abogados del interés público”, para diferenciarse de aquellos que se “subordinaban a las grandes corporaciones” mencionados por el juez Brandeis. Se atribuían el papel de representantes de los intereses de los pobres y demás subrepresentados en la sociedad, en parte para equilibrar la desproporcionada influencia de intereses económicamente poderosos.

Sin embargo, si es posible decir que algunos abogados norteamericanos practican el derecho de interés público, ¿dónde podemos encontrar el cuerpo de leyes de interés público que aplican? ¿Dónde está codificado el derecho de interés público? Esta cuestión, que probablemente sonaría como una tontera para muchos de estos abogados, no es un invento. Al oírme hablar sobre algunas de las preocupaciones fundamentales de la

comunidad ligada al derecho de interés público, en los Estados Unidos y en otros lugares, más de un abogado del Este Europeo me pidió un modelo de estas leyes que pudiera ser adoptado en su propio país.

¿Cómo definir el concepto de interés público?

Entonces, ¿qué es el derecho de interés público ya que no posee un cuerpo de leyes? En Estados Unidos, la respuesta a esta pregunta está en el propio origen de la expresión. Esta no fue adoptada para describir un campo específico del derecho, sino para identificar a **quién** estaba siendo representado por aquellos abogados. En vez de defender los intereses económicos de los poderosos, habían optado por ejercer su profesión en defensa del “pueblo”, en palabras del juez Brandeis. Esto no significa que todos los abogados de interés público en Estados Unidos se vean como defensores de los pobres. El campo del derecho de interés público en ese país abarca una multitud de objetivos: derechos civiles, libertades civiles, derechos del consumidor, protección ambiental, y cosas parecidas. Pero originalmente este campo está más directamente ligado a la idea de contrabalancear la influencia de los intereses económicos poderosos en el sistema jurídico; independientemente de sus objetivos, los abogados norteamericanos de interés público siguen inspirados por la ética del “luchar por un don-nadie”. A esto denominaré concepción **social** del derecho de interés público.

Una segunda concepción del derecho de interés público puede pensarse como **sustantiva**. Tal enfoque comienza con la pregunta: “¿Qué es exactamente el ‘interés público’ presumiblemente protegido por estos abogados, y cuáles son sus implicaciones sustantivas, doctrinarias?”. Por cierto, aunque no hay un código de leyes de interés público, hay innumerables referencias al “interés público” en la legislación y en la jurisprudencia de Estados Unidos y de otros países. En realidad, una rápida búsqueda en los bancos de datos de la Justicia Federal norteamericana localizó más de 300 leyes así identificadas.

Por capricho decidí buscar el término “interés público” en algunos diccionarios de derecho y casi me sorprendí al comprobar que los editores habían osado presentar una definición. Por cierto, se trata de una clara indicación de que la noción de “interés público” posee implicaciones doctrinarias.

2. Bryan A. Garner (ed.),
Black's Law Dictionary. 7.ed.
St. Paul, Minn.: West
Publishing Co., 1979.

3. Steven H. Gifis,
Law Dictionary. 4.ed. Nueva
York: Barron's Educational
Services, 1996.

4. Freedom of Information
Act, 5 USC, parágrafo 552
(a)(4)(A)(iii).

Cuando cursé la facultad de derecho (en Estados Unidos), todo estudiante poseía un ejemplar del diccionario jurídico *Black*. He aquí como este respetado diccionario define interés público: “(1) El bienestar general del público que asegura reconocimiento y protección; y (2) Algo en el que el público como un todo posee interés; especialmente un interés que justifique la reglamentación por parte del gobierno”.² Resulta difícil imaginar una definición más tautológica. Significa poco más que decir que el interés público consiste en el interés legal del público. ¿Esto nos llevaría a algún lado?

La definición presentada en el *Barron*, otro diccionario jurídico, tiene un poco más de sentido. Tal como el anterior, afirma que interés público es “aquello que representa lo mejor para la sociedad como un todo”, pero añade que se trata de “una determinación subjetiva por parte de un individuo, por ejemplo un juez o un gobernador, o de un grupo, como una [...] legislación que hace referencia a lo que es para el bien general de todo el pueblo” (subrayado nuestro).³

Aunque tampoco sea muy rigurosa, esta definición al menos reconoce una importante verdad práctica. Cuando un órgano legislativo adopta una ley que menciona el “interés público”, ofrece en esencia una indicación a la discrecionalidad del Poder Judicial o del Ejecutivo. Indica que una autoridad ejecutiva o judicial debe considerar, en su decisión sobre una cuestión específica, una definición necesariamente subjetiva de lo que es mejor en términos de interés público. Un ejemplo usado con frecuencia en Estados Unidos es el dispositivo de nuestra Ley de Libertad de Información, que obliga a los funcionarios administrativos a dispensar o a reducir las tarifas cobradas para costear la reproducción de los documentos requeridos, si la “revelación [...] es de interés público, porque es probable que contribuya significativamente a la comprensión pública de las operaciones o actividades del gobierno y que no sea especialmente del interés comercial del requirente”.⁴

Serían muchos los resultados arbitrarios e inconsistentes, si los burócratas del gobierno no sufrieran restricciones al interpretar criterios definidos de manera tan amplia. Pero sus decisiones están sujetas a revisión judicial, lo que, en última instancia, transfiere una buena parte del poder discrecional a los tribunales. Y los tribunales, a su vez, tienen sus propios medios para limitar decisiones arbitrarias e inconsistentes.

El interés público en Europa Centro-Oriental

¿De qué manera todo esto se relaciona con Europa Central y Oriental? La manera por la cual el término “interés público” se usa como concepto sustantivo en Estados Unidos ofrece un contrapunto a una de las deficiencias generales del proceso de desarrollo del Estado de Derecho en varios países de Europa Centro-Oriental. No sé cuántas veces se menciona el “interés público” en la legislación de los países de esta región, pero existen ciertamente expresiones paralelas que presentan una semejanza sustantiva. Por ejemplo, hay en muchos códigos de proceso penal un dispositivo que estipula que los tribunales deben garantizar a los acusados la representación de un abogado, sin honorarios, si “el interés de la justicia” así lo exige. ¿A qué se refiere la expresión “interés de la justicia”, si no constituye también una codificación de la discrecionalidad, en los mismos moldes en que se utiliza “interés público” en Estados Unidos?

Un enfoque del derecho de interés público bajo esta perspectiva implicaría un poder discrecional por parte de las autoridades ejecutivas – y de jueces – al perseguir nociones abstractas de bienestar general, tal como la de justicia. Sin embargo, esto pone de manifiesto un impasse institucional serio, que se profundizó durante el más reciente período de reformas. Mientras la administración estatal posee – como está comprobado – menos autoridad para legislar que bajo el régimen socialista, estando el proceso legislativo en el ámbito de la competencia del parlamento, los cambios legislativos ampliaron cada vez más el poder discrecional de los órganos gubernamentales en la toma de decisiones. A pesar de ello, fue poca la atención brindada a establecer patrones y prácticas significativos para dar una orientación individual a los funcionarios públicos para el ejercicio de este arbitrio. Esto dio como resultado una implementación desigual de la ley y una ineficiencia en los mecanismos creados para mantener la credibilidad del gobierno frente a la población.⁵

La situación es semejante en lo que refiere al Poder Judicial, pues el ejercicio del arbitrio por parte de los jueces también está muy poco desarrollado en Europa Centro-Oriental. Ewa Letowska, la primera *ombudswoman* de Polonia – actualmente jueza de la Suprema Corte Administrativa del país – explicó brevemente cómo tal situación hunde sus raíces en la herencia

5. Véase E. Rekosh (ed.), *The Vicious Circle: Weak State Institutions, Unremedied Abuse and Distrust*. Budapest: Open Society Institute, 2005.

6. Ewa Letowska, Response to Questionnaire for *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*. Washington, DC: USAID, 2001 (archivo del autor).

* La expresión *civil law* se refiere al sistema de tradición románico-codificada, mientras *common law* hace referencia al sistema de tradición consuetudinaria. [NT]

7. Jan Hrubala, Response to Questionnaire, id. Nota 6, supra.

8. J. Habermas, "Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy". (Trad. William Rehg). Cambridge: MIT Press, 1989, p. 27.

socialista: "Los tribunales [bajo el derecho socialista] estaban limitados no solo por la ley, sino también en cada acto normativo. [...] El sistema jurídico no era solamente un sistema de estatutos legales, sino también un sistema de normas creadas por la administración. Los tribunales afirmaron que no les era permitido [ejercer] controles sobre el Poder Ejecutivo, aunque este promulgara una ley inconstitucional".⁶

Como consecuencia de este contexto, el razonamiento jurídico en países post-socialistas, en comparación con otros países de *civil law*,* tiende a depender aún más de la interpretación estricta del derecho positivo, y está mucho menos predispuesto a enfrentar resultados inconsistentes, ilógicos o inconstitucionales producidos por la aplicación literal de la ley. Esta afirmación amplia es, por cierto, aplicable en grados distintos de acuerdo con el país, la cultura jurídica en vigencia y otros factores. Eslovaquia ofrece un buen ejemplo de país donde se puede demostrar este punto con facilidad. Jan Hrubala, ex-juez y actualmente jefe del Departamento Anticorrupción del Gobierno, describe la situación en su país de la siguiente manera: "A pesar de los cambios democráticos en la sociedad, ciertos representantes de la clase jurídica siguen comportándose como si los jueces fueran nada más que servidores públicos cuya obligación es satisfacer la voluntad de los que actualmente detentan el poder y aceptar sin reservas las decisiones de los funcionarios de la administración pública".⁷

Esto nos lleva a la tercera concepción de derecho de interés público, tal vez la más relevante para Europa Centro-Oriental, y probablemente la que mejor se articula con la noción procesal de esfera pública, concepto estrechamente asociado a Jürgen Habermas, quien afirma:

*La sociedad civil se compone de asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente y que, sintonizados con la resonancia de los problemas del ámbito social en las esferas de la vida privada, seleccionan tales reacciones y las transmiten, ampliadas, a la esfera pública. El núcleo de la sociedad civil comprende una red de asociaciones que institucionalizan discursos de resolución de problemas de interés general en el cuadro de las esferas públicas organizadas.*⁸ (Subrayado nuestro.)

Para Habermas, un foro abierto al debate – que rotula como esfera pública – constituye el elemento crítico de la democracia. ¿Esto

qué tiene que ver con el derecho de interés público? Yo diría que, para Europa Central y Oriental, tiene mucho que ver. Para aquellos que participaron de la creación de un movimiento de derecho de interés público en Estados Unidos a fines de la década del 60 y durante la del 70, la noción de esfera pública, así como también el papel de la sociedad civil dentro de ella, **no** constituía el problema principal. Sus preocupaciones eran otras; en particular, como mencioné anteriormente, pretendían corregir los desequilibrios surgidos por el hecho de que los abogados privilegiaban los intereses económicos más poderosos de la sociedad.

Ellos no estaban tan interesados en discutir la naturaleza de la esfera pública, porque tal aspecto de la vida política norteamericana estaba activo y bien, a pesar de la efervescencia social de los años 60; o tal vez, incluso, como consecuencia de la misma.

El contraste con la sociedad europea fue explorado por primera vez por Tocqueville, pero una observadora más relevante para nuestros propósitos fue Hannah Arendt. Poco después de ir a vivir a Nueva York, en 1946, escribió en una carta a Karl Jaspers, uno de sus mentores: “la gente aquí se siente responsable de la vida pública de un modo como jamás vi en un país europeo”.⁹ Para ejemplificar el motivo de su generalización, Arendt citó el vendaval de protestas que siguió a la detención en campos de concentración de norteamericanos descendientes de japoneses, durante la Segunda Guerra Mundial. Relatando una experiencia personal, escribió en la carta:

Visité en la época a una familia norteamericana en Nueva Inglaterra. Eran personas absolutamente comunes – lo que se llamaría “pequeña burguesía” en Alemania – y, estoy segura, nunca habían visto un japonés en la vida. Como me enteré después, ellos y muchos de sus amigos le escribieron inmediata y espontáneamente a su representante en el Congreso, insistiendo en los derechos constitucionales de todos los norteamericanos, independientemente de su ascendencia y declarando que, si algo del género ocurriera, ellos mismos ya no se sentirían más seguros (estas personas eran de ascendencia anglosajona, sus familias vivían en el país hacía varias generaciones, etc.).

Los defensores de los derechos humanos en Europa Centro-Oriental se pondrían muy contentos pero se sorprenderían si se depararan con un comportamiento análogo. En Hungría, por

9. Véase Lotte Kohler y Han Saner (eds.), *Hannah Arendt/Karl Jaspers: Correspondence*. Nueva York: Harcourt Brace & Company, 1992, p. 30.

10. Véase Viktoria Mohacsi, "Government Initiatives: Hungary's School Integration Program". In: E. Rekosh y M. Sleeper (eds.), *Separate and Unequal: Combating Discrimination against Roma in Education*. Public Interest Law Initiative/Columbia University, 2004.

ejemplo, el gobierno adoptó una admirable política educacional legal para disminuir la discriminación contra los gitanos, una minoría étnica marginada, revirtiendo la amplia segregación *de facto* de esta población en el sistema escolar.¹⁰ Esta política fue fundamentalmente impulsada por los estándares internacionales y europeos, por la presión política de los propios gitanos y por la buena intención de un círculo dedicado, pero reducido, de tecnócratas, especialistas en educación y organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, hay una notable ausencia de apoyo comprometido de la mayoría de la población.

A lo largo de décadas, y hasta hace poco tiempo, la esfera pública en Europa Central y Oriental estaba aletargada. El concepto de "interés público", sin embargo, no estaba ausente de modo alguno de la teoría jurídica socialista. Teóricamente, la principal función de la *Prokuratura* era – munida de sanciones criminales y civiles – proteger el interés público. Pero la gran diferencia en relación a los conceptos liberales que componen el derecho de interés público gira en torno a la noción de esfera pública. No había espacio en la teoría jurídica socialista para voces alternativas que compitieran para ser escuchadas en el proceso discursivo imaginado por Habermas. Los límites de la consideración a los intereses públicos en general eran definidos por la cúpula, en un proceso no democrático, e implementados de manera jerárquica rigurosa por las autoridades ejecutivas y, en los tribunales, por la todopoderosa procuraduría.

Este estado de cosas también tiene implicaciones para la importancia del razonamiento jurídico mencionado anteriormente. La herencia del sistema legal socialista corroe nuestra confianza en el poder discrecional de las autoridades ejecutivas y justifica la necesidad de estimular y desenvolver las funciones discrecionales del Poder Judicial. Además, el legado de este enfoque se mantiene evidente en las limitaciones del propio lenguaje usado para distinguir entre estatal y público en países que fueron socialistas. El interés del Estado equivale al interés público, y literalmente no existe en los idiomas nacionales correspondientes un vocabulario que distinga los intereses públicos de aquellos que son del Estado.

A pesar del contraste con el estado saludable de la esfera pública en los Estados Unidos, este aspecto también estaba presente cuando el campo del derecho de interés público comenzó a definirse, en las décadas del 60 y 70. Un paradigma es Thurgood

Marshall, que siguió la tradición de Louis Brandeis al ejercer como directivo y principal abogado del Fondo de Defensa Legal de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – la primera organización de defensa de los derechos civiles en Estados Unidos –, antes de ser juez de la Suprema Corte. En un discurso en la American Bar Association [Asociación de Abogados de Estados Unidos], en 1975, el juez Marshall declaró:¹¹ “El derecho de interés público busca cubrir algunas lagunas en nuestro sistema legal”. Como era de esperarse, estaba enfatizando los aspectos de la reforma jurídica del derecho de interés público. Él y sus predecesores venían asumiendo tal enfoque hacía décadas – en nombre de organizaciones no gubernamentales como la NAACP y la American Civil Liberties Union (ACLU) –, antes de la expansión y de la consolidación del campo del derecho de interés público en los Estados Unidos de los años 70. El juez Marshall prosiguió el discurso reconociendo las importantes contribuciones obtenidas por los abogados del derecho de interés público para sus clientes, los individuos subrepresentados de la sociedad, pero fue más allá al decir:

Tal vez, en lo fundamental hicieron más: ellos hicieron funcionar mejor nuestro proceso legal. Expandieron el flujo de informaciones hacia aquellos que toman decisiones. Posibilitaron que administradores, legisladores y jueces evaluaran el impacto de sus decisiones en todos los intereses y minorías afectadas. Y al ayudar a abrir las puertas a nuestro sistema jurídico, nos acercaron un poco más al ideal de justicia igual para todos.

Por lo tanto, al menos en la concepción del juez Marshall, ampliar y fortalecer la esfera pública constituye un importante objetivo del derecho de interés público también en los Estados Unidos. La distinción que hay que hacer en relación a Europa Centro-Oriental puede ser de grado. Allí es mucho más dramático, pues la esfera pública tendrá que ser creada a partir de cero, o reanimada tras décadas de adormecimiento.

Volviendo a la pregunta de “¿Quién define el interés público?”. En una sociedad liberal, la respuesta tal vez sea: usted y yo. Todos somos participantes de la definición de lo que es – y de lo que no es – de interés público, siendo el interés público elaborado en el debate resultante de valores y opiniones. La cuestión es: no necesitamos preocuparnos tanto con **qué** es el

11. T. Marshall, “Financing the Public Interest Law Practice: The Role of the Organized Bar”. *American Bar Association Journal*, v. 61, pp. 1487-1491, 1975.

interés público, sino con **quién** logra participar de su definición y a través de qué medios.

Aquí llegamos a las implicaciones estratégicas de este análisis conceptual. Describí tres enfoques distintos para la conceptualización del derecho de interés público: la concepción social, la sustantiva y la procesal. Tomándolas en un orden inverso, comenzaré por la concepción procesal de la esfera pública.

Concepción procesal. En Europa Centro-Oriental, la noción de esfera pública tiene implicaciones estratégicas de extraordinaria importancia para abogados y activistas que trabajan con derechos humanos y otras cuestiones de interés público. Si admitimos que un elemento crítico de desarrollo democrático es la expansión de la esfera pública, esto implica un enfoque de la ley radicalmente distinto – al menos desde el punto de vista histórico – de la tendencia predominante en la región. La ley es uno de los principales pilares del ejercicio de gobernar. Pero, si aceptamos que la ley debe ser producto del debate en la esfera pública, en vez de una entidad monolítica recibida de alguna autoridad superior, debemos dar oportunidades para discutir la ley. De esta forma, esta pasa a ser instrumental no solo para las autoridades gubernamentales, sino para todos. No se trata ya de un mero instrumento de control social, sino de un foro para la resolución de conflictos y la elaboración de nociones que compiten sobre aquello que es de interés público.

¿Qué significa esto en la práctica? Significa que las organizaciones no gubernamentales volcadas a objetivos sociales amplios, como los derechos humanos, pueden y deben añadir el sistema legal a su arsenal. Y podemos ver claramente que esto está sucediendo. El empleo estratégico e instrumental de la legislación de derechos humanos se evidencia cuando las organizaciones no gubernamentales utilizan el mecanismo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, una dependencia excesiva de la Corte Europea como principal foro para la reconciliación del interés público mediante la aplicación de normas internacionales genera sus propios problemas. La Corte cubre una jurisdicción inmensa, aún en expansión. No es práctico que este sea el único campo de batalla para resolver cuestiones de interés público. Necesitamos fortalecer la capacidad de los sistemas jurídicos nacionales para enfrentar reivindicaciones de interés público que rivalicen entre sí, tal como

lo hace la Corte Europea; en caso contrario, el componente legal de la esfera pública no estaría de hecho en la esfera pública, y permanecería solo allá, en Estrasburgo.

Esto quiere decir que las organizaciones no gubernamentales deben ser creativas y buscar maneras de, parafraseando a Marshall, abrir las puertas a sus propios sistemas jurídicos. En otras palabras, deben presionar a los tribunales comunes para que consideren el análisis constitucional y el derecho internacional al aplicar las leyes nacionales, utilizando mejor los tribunales y foros constitucionales en revisiones judiciales, ampliando la participación pública en los procedimientos administrativos y garantizando un mayor acceso a la información mantenida bajo el control del Estado.

Algunos argumentarían que estas estrategias legales son más apropiadas al sistema del *common law* que a la tradición del *civil law*. Yo respondería que, ante todo, tal distinción es a menudo exagerada, ya que los enfoques del *common law* y del *civil law* vienen convergiendo hace décadas y, lo que es más importante, creo que tales medidas constituyen un antídoto necesario a hábitos que cuentan décadas, formados en el contexto de una esfera pública debilitada.

Concepción sustantiva. Otro componente de la agenda estratégica de los abogados y activistas volcados al interés público putativo en Europa Centro-Oriental se refiere a lo que califiqué como concepción sustantiva del derecho de interés público. La incorporación explícita de la discrecionalidad en la ley se convierte en un complemento fundamental de los objetivos estratégicos ya mencionados. Esto, a su vez, depende de que los administradores y jueces reevalúen sus papeles y adopten nuevas líneas de razonamiento, menos usuales. Resumiendo, en muchos países de Europa Central y Oriental se hace presente la necesidad de un cambio cultural más amplio.

¿Cómo podría darse esto? Muchos alegan que un obstáculo central es la llamada mentalidad de los jueces. En otras palabras, la cultura legal no es propicia. Pues bien, si coincidimos en que el razonamiento judicial está enlazado a la cultura legal, entonces tendría sentido centrar el foco en las facultades de derecho. Las facultades de derecho constituyen también “fábricas” de cultura legal. Es ahí que los futuros abogados, fiscales y jueces aprenden a pensar como futuros abogados, fiscales y jueces.

Así, los objetivos estratégicos fundamentales dentro de las facultades de derecho deberían ser: perfeccionar la capacidad de pensamiento crítico de los licenciados en derecho e insertar aspectos prácticos de la ley tal como es aplicada, para desafiar el mito en que la ley se concibe como un reino monolítico y positivista de teoría pura. Para fortuna de los abogados de interés público, las facultades de derecho vienen mostrando una extraordinaria voluntad de aproximar la teoría a la práctica. Tanto los estudiantes como los profesores observan cada vez más la falta de ajuste entre la ley tal como se la percibe en el ambiente plácido de la facultad de derecho y su existencia de hecho, en el turbulento mundo externo. El rápido crecimiento de la obligatoriedad de pasantías en asistencia jurídica gratuita, en la cual los estudiantes aprenden mientras prestan asistencia a clientes reales, constituye solo uno de los indicadores de esta tendencia.

Estrategias similares se recomiendan para escuelas de administración pública y otros cursos destinados a perfeccionar y aumentar la competencia profesional de los administradores públicos. Un desafío específico en esta área es el hecho de que el estudio administrativo de la ley y su práctica no recibieron la misma atención dada al Poder Judicial durante la última década de reformas en Europa Centro-Oriental. En consecuencia, hay una necesidad preliminar de estudiar y comprender el modo por el cual están de hecho siendo tomadas las decisiones administrativas, e identificar qué tipo de perfeccionamiento sería más eficaz.

Concepción social. Finalmente, la concepción social de derecho de interés público está empezando a tener relevancia estratégica también en Europa Centro-Oriental. Basta prestar atención a las elucubraciones de George Soros, un férreo defensor del mercado libre, para encontrar pruebas de ello. Primero, en un artículo polémico intitulado “The Capitalist Threat”,¹² y en otros libros posteriores, incluyendo *Open Society: Reforming Global Capitalism*, Soros nos hace acordar al juez Brandeis. En la introducción de *Open Society*, escribe: “Los fundamentalistas del mercado sostienen que se atiende mejor el interés público cuando la gente puede alcanzar sus propios intereses. Se trata de una idea atractiva, pero es nada más que una verdad a medias. El mercado se presta eminentemente a la lucha por los intereses privados, pero no fue concebido para velar por el interés común”.¹³

La laguna identificada por Soros y por otros en Europa

12. George Soros, “The Capitalist Threat”, *The Atlantic Monthly*, v. 279, n. 2, feb. 1997, pp. 45-58.

13. G. Soros, *Open Society: Reforming Global Capitalism*. Nueva York: Public Affairs, 2000, p. xii.

Central y en la Oriental es la misma sobre la cual el juez Brandeis llamaba la atención en Estados Unidos en el pasaje del siglo pasado. La ley y los abogados al servicio de lo que Soros llama “fundamentalismo de mercado” corren el riesgo de convertirse en meros subordinados de las grandes empresas, como censuraba Brandeis. Es evidente que pocos discordarían de la opinión de George Soros de que el interés público está servido, en parte, por individuos que persiguen sus propios intereses privados. Pero, como él mismo oportunamente argumentó, el mercado solo jamás abordará muchos de los aspectos importantes de interés público.

Un ejemplo de este tipo de falla del mercado se refiere al acceso a los servicios legales. En Europa Centro-Oriental, donde los servicios legales están cada vez más sujetos a las reglas del libre mercado, un número creciente de individuos vienen recibiendo un tratamiento de segunda categoría por parte del sistema jurídico. En otras palabras, estamos alejándonos todavía más del ideal de igual acceso a la justicia para todos.

Para los activistas y abogados de interés público, la consecuencia estratégica está en dedicar más atención a los mecanismos – de fuentes estatales o privadas – capaces de ampliar las oportunidades de ayuda legal a aquellos excluidos por los precios prohibitivos del mercado.

Concluyendo, podemos identificar diversas estrategias críticas para el sostenimiento de la red de valores e ideales presente en el concepto de derecho de interés público. Primero, las organizaciones no gubernamentales pueden y deben hacer un uso más eficiente de la ley como instrumento para alcanzar propósitos sociales, lo que contribuiría al desarrollo de una esfera pública más vigorosa. Además, los profesores – que preparan a los futuros abogados – deben seguir acercando teoría y práctica, empeñándose en afinar el razonamiento crítico de los futuros jueces y demás profesionales del campo jurídico. Asociada a este esfuerzo, está la necesidad de comprender mejor el funcionamiento de los procesos administrativos y desarrollar instrumentos para perfeccionar el ejercicio del poder discrecional también por parte de los funcionarios públicos. Finalmente, las asociaciones de abogados, los tribunales, los órganos estatales y las organizaciones no gubernamentales deben explorar nuevas formas de colaboración para asegurar una ayuda legal adecuada, acercándonos así al ideal de igual acceso a la justicia para todos.