

THE EXPANDING SCOPE OF PREVENTIVE LAW¹

Bruce J. Winick

I. Introducción: La Ley Preventiva encuentra a la Justicia Terapéutica

La concepción original de “abogado preventivo” era un tanto obtusa. Se preveía el asesoramiento de los abogados a sus clientes acerca de cómo llevar a cabo sus objetivos, de manera que éstos evitaran futuros problemas legales. Ampliamente aplicada en áreas patrimoniales y de negocio, la ley preventiva pretendió enfatizar el papel del abogado como un planificador y facilitador. El abogado preventivo asistiría al cliente para alcanzar sus objetivos, minimizando riesgos legales. A través de comprobaciones legales periódicas, el abogado preventivo identificaría potenciales dilemas legales futuros y ayudaría a su cliente a evitarlos mediante el uso de diversos enfoques creativos, técnicas creativas de resolución de problemas, mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

A finales de los años 90 se dio una expansión significativa del modelo de ley preventiva. Con Dennis Stolle actuando de casamentero, la Jurisprudencia Terapéutica y la Ley Preventiva se introdujeron; flirtearon en Los Ángeles; tuvieron una cita en San Louis y después de un breve noviazgo decidieron consumir su unión. La atracción fue mutua. La Ley Preventiva ofreció a la Justicia Terapéutica procedimientos prácticos para el bufete y enfoques de asesoramiento a clientes que ayudarían a alcanzar la misión de la Justicia Terapéutica de incrementar el bienestar psicológico mediante la ley y proporcionarle una estructura actual mediante la que la ley se podría aplicar más terapéuticamente. La Justicia Terapéutica ofreció a la Ley Preventiva un marco analítico para justificar el bienestar emocional como prioridad importante en la planificación legal y podría proveerle de una muy necesitada perspectiva interdisciplinaria y de una sólida fundamentación empírica y teórica basada en un ya consistente cuerpo de ciencia social e investigación legal.

De este modo, una integración de los dos campos pareció mutuamente ventajosa y ha servido para expandir y energizar a ambos. Realmente, aunque el matrimonio es todavía joven, ha dado mucho fruto. El matrimonio engendró recientemente un libro editado por Dennis Stolle, David Wexler, y yo mismo, una antología de trabajo que busca reconstruir la práctica de la ley como una profesión de ayuda. Adicionalmente, produjo un informe de un simposio de Psicología, Política Pública y Ley que edité con David Wexler y Ed Dauer que explora el modelo integrado de justicia terapéutica y ley preventiva y sus implicaciones en la práctica legal y en la educación.

II.- La Ley Preventiva en un Contexto de Litigio

Aunque la ley preventiva se fijó originalmente en el asesoramiento legal en el contexto de la planificación de bienes inmuebles y de negocios, la integración de la ley preventiva con la justicia terapéutica se ha dirigido a una concepción más amplia de ley preventiva aplicable en todas las áreas de la práctica legal. Como una tarea importante de la ley preventiva ha sido siempre la evitación del litigio, la concepción puede haber provocado que la ley preventiva tuviera poco que ofrecer a los abogados. Una vez que el litigio llegaba a ser necesario o había comenzado ya, se podía asumir que la ley

¹ Artículo Publicado en la *Florida Coastal Law Journal*, Primavera 2002.

preventiva había fallado y que era hora de remitir a los clientes a los abogados, esos gladiadores de la profesión legal que lucharían la guerra que no había podido evitar el abogado preventivo. De esta manera se ha sugerido que la profesión legal podría estar claramente dividida en dos áreas separadas: los abogados del bufete que se dedicarían a la planificación legal y pretenderían evitar que sus clientes llegaran a verse enredados en litigios, y los abogados (litigantes) que lucharían la batalla una vez que llegara a ser necesaria. Pero a diferencia del Reino Unido, donde la profesión legal se divide entre los procuradores y los abogados, y donde sólo estos últimos van a los Juzgados, en Estados Unidos muchos abogados cumplen ambas funciones. Por lo tanto, parece algo artificial pensar que los abogados no necesitan conocer el modelo de ley preventiva.

Sugiero que todos los abogados, tanto si se consideran asesores jurídicos de sus clientes, como si se consideran abogados, o las dos cosas, pueden y deben comprender el modelo de ley preventiva y aplicarla en la práctica. Algunos de los recientes estudios que ha resultado de la integración de la Justicia Terapéutica y de la Ley Preventiva ha llevado explícitamente el modelo de ley preventiva a diversos ámbitos del litigio. En “Planificación de Principios de Prevención de Recaída para la práctica Penal”, David Wexler muestra cómo los abogados defensores pueden hacer efectivo el uso de diversas tecnologías emergentes de rehabilitación, intentando obtener un término de libertad vigilada antes que una sentencia de encarcelamiento.

En “Redefiniendo el papel del abogado defensor en la negociación de la defensa y de la sentencia: Un modelo de Jurisprudencia Terapéutica y Ley Preventiva” analizo cómo los abogados defensores pueden explorar opciones de rehabilitación con sus clientes, animándolos a entrar en programas rehabilitadores, usando su éxito en tales programas como argumento en los procedimientos de negociación y sentencia para reducir sentencias y presentar tal rehabilitación post-delito en apoyo de argumentos para una salida a la baja bajo las directrices de la sentencia. Cuando no hay suficiente tiempo entre la toma de decisión del cliente para entrar en rehabilitación y la audiencia sentenciadora, como para demostrar la clase de progreso que justificaría una sentencia reducida, yo muestro cómo los abogados defensores pueden pretender y los jueces sentenciadores pueden otorgar una sentencia aplazada para permitir que la rehabilitación comience a dar sus frutos. Representar un papel activo en la rehabilitación de sus clientes es un papel nuevo y más amplio para el abogado defensor. Es un papel totalmente apropiado a través del cual el abogado puede prevenir o minimizar la pérdida de libertad del cliente y maximizar las oportunidades del cliente para que llegue a rehabilitación, evitar la repetición del comportamiento criminal y sacarlo del problema en el futuro. Propiamente entendido, éste es un papel de ley preventiva.

En Justicia Terapéutica y en el papel del Asesor en el Litigio, yo muestro cómo los abogados (litigantes) tanto en la práctica civil como en la penal pueden usar técnicas y principios de Justicia Terapéutica para minimizar el estrés, la ansiedad y otras reacciones emocionales negativas de sus clientes que el proceso puede producir. Mientras muchas de las sugerencias hechas en este artículo tienen poco que ver con la ley preventiva, muchas otras sugerencias pueden verse incluidas dentro de su ámbito.

Un ejemplo importante es el acuerdo. En el litigio, ya sea civil o penal, hay siempre una posibilidad de llegar a un acuerdo antes del fallo final y a veces hasta después de éste. Incluso antes de que el abogado haya formalizado una queja en el área civil, las posibilidades de acuerdo deberían ser exploradas en un esfuerzo por evitar el litigio. Después de que la queja haya sido formalizada, el acuerdo debería ser estudiado en el periodo anterior al juicio para evitar descubrimientos costosos y el propio juicio. En el proceso penal, el acuerdo se produce a través de una negociación de defensa, que

en una abrumadora mayoría de los casos produce una defensa de culpabilidad negociada o una defensa de “nolo contendere” que evitará el proceso y una sentencia más larga. Tanto en casos civiles como penales, el acuerdo es siempre posible, incluso durante el juicio, y a veces hasta después. En muchos supuestos se llega a un arreglo durante la deliberación del jurado, y en otros después del veredicto para evitar una apelación cara y una potencial repetición de juicio.

Los abogados del proceso, por lo tanto, deberían estar siempre alerta para un probable acuerdo. El acuerdo evitará litigios que siempre son costosos, arriesgados y estresantes. Las técnicas de llegar a acuerdos en las discusiones y convencer a los clientes de sus valores son instrumentos importantes para la ley preventiva que todo abogado debe poseer.

A menudo, sin embargo, el cliente no querrá un acuerdo. Algunos clientes están demasiado enfadados con sus adversarios para discutir nada, prefieren la resolución de sus conflictos en solitario. Algunos querrán aferrarse al conflicto e incluso castigar a sus adversarios a través de un proceso de litigio. Algunos estarán llenos de abnegación, racionalización o minimización –mecanismos de defensa psicológica que les dificultarán conocer su delito (lo que ha hecho mal) y ver lo apropiado de llegar a acuerdos en la resolución de conflictos o en la negociación de defensa. Algunos experimentarán mecanismos de defensa psicológica similares que les creará dificultades para comprender correctamente la conducta y los propósitos de sus adversarios, tal como la esposa en un proceso de divorcio que rehúsa conocer que la relación de pareja ha terminado. El papel del abogado ayudando al cliente a ver el valor del acuerdo, estructurando cómo debería ser la resolución del conflicto, aclarando los malos entendidos que a menudo plagan los conflictos, viendo posibilidades creativas de acuerdo, y consiguiendo convenios que eviten futuras actitudes de litigio, supone un gran desafío y requiere diferentes habilidades que muchos abogados no poseen. El modelo de justicia terapéutica y ley preventiva tiene mucho que ofrecer al abogado en todos los procesos importantes, explorando e intentando conseguir un aceptable acuerdo de la controversia.

Para que un acuerdo tenga éxito no basta con que finalice el conflicto sino que se alcance un grado de cura necesario para evitar futuros conflictos. Muchos litigios son de tipo recurrente. Por ejemplo, un juicio matrimonial puede zanjarse con una orden que recoja cómo las partes funcionarán después del divorcio. La orden resolverá un conflicto acerca de la distribución de los bienes y las responsabilidades en la custodia de los hijos, y regulará el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la custodia, y a veces se establecerá el pago de la pensión alimenticia.

La sentencia, sin embargo, no siempre resuelve finalmente el conflicto. A veces las partes continúan enfadadas entre sí y reclaman una “lucha” adicional, o están insatisfechas con el resultado del juicio y quieren reabrirlo. A veces una de las partes rehusará para poder acatar la sentencia. Además las situaciones cambian. Una de las partes puede perder su trabajo o tener un cambio importante en su situación económica. Uno de los ex cónyuges puede volver a casarse, e irse a vivir a otra ciudad. Las necesidades de los hijos cambian. El conflicto puede estallar intentando detallar las pautas de visitas o el cuidado de las necesidades médicas o educativas de los hijos. En todos estos contextos, la posibilidad de que la controversia se vuelva a repetir es grande y por lo tanto es probable que se regrese al juzgado para un nuevo litigio.

¿Cómo puede el abogado matrimonialista representante de una parte en el procedimiento inicial de divorcio prevenir un futuro litigio? ¿Cómo puede el abogado

ayudar a mitigar el enfado o el resentimiento de los clientes y facilitar la solución y un nuevo comienzo para el cliente? ¿Qué clase de mecanismos de resolución de conflictos puede hacer que las partes se sientan más satisfechas e incrementen la probabilidad de que acatarán la resolución a la que hayan llegado o le haya sido impuesta?. ¿Qué clases de acuerdos pueden tener la flexibilidad necesaria para adaptarse en un futuro si cambian las circunstancias?. ¿Qué clases de enfoques alternativos a la resolución de conflictos pueden sugerirse para tratar futuras disputas, y cómo se pueden redactar los acuerdos para que las partes usen cada uno de estos mecanismos en lugar del pleito? ¿Pueden las partes estar de acuerdo previamente en mediar o arbitrar futuros conflictos, o emplear un modelo de ley colaboradora para tratar con ellos?

Además, tales litigios recurrentes se dan también fuera del contexto matrimonial. Los conflictos entre dueños y arrendatarios frecuentemente producen litigios recurrentes, así como los conflictos entre suministradores y fabricantes y otras gentes de negocios ocupadas en una línea de conducta continuada. Algunos conflictos entre empleado y empleador son continuados como lo son los conflictos entre vecinos por causa de los ladridos de perros, paredes comunes, molestias y cosas por el estilo. Cuando estas disputas finalizan en un litigio, los abogados deberían entender que existen muchas posibilidades de que el conflicto vuelva a producirse y deberían utilizar herramientas de ley preventiva y justicia terapéutica para pretender evitar futuros litigios. De este modo, el abogado, aunque trabaje como un gladiador en la lucha por su cliente, también puede funcionar como pacificador y curador. El abogado puede ayudar a estructurar cuestiones, de manera que se maximicen las probabilidades de que la paz se mantenga y se llegue a la curación.

La Ley Preventiva tiene mucho que ofrecer al abogado y la justicia terapéutica tiene mucho que ofrecer a la función preventiva del abogado. A menudo se establece la analogía entre la ley preventiva y la medicina preventiva. Tal como los médicos y otros profesionales de la salud pueden prevenir futuras enfermedades a través de los chequeos y pruebas periódicas o de las vacunas contra enfermedades infecciosas, y asesorar acerca de la nutrición y del ejercicio adecuado, los abogados (incluyendo incluso a los que acuden a juicios) pueden usar diferentes mecanismos para identificar y evitar futuras dificultades legales.

Además, para que los médicos y otros profesionales de la salud puedan realizar tareas de medicina preventiva se requiere un grado de lo que se ha denominado “maneras de cabecera” (bed-side manner), los abogados preventivos necesitan desarrollar lo que podría llamarse “maneras de banquillo” (desk-side manner) para funcionar efectivamente como abogados preventivos. La Justicia Terapéutica tiene mucho que ofrecer al abogado preventivo utilizando este símil. Se reclama una gran sensibilidad psicológica en la relación abogado-cliente, un conocimiento de los principios básicos y técnicas de psicología, habilidades interpersonales realizadas, técnicas de entrevista y asesoramiento, y enfoques para indentificar y tratar con los que se ha denominado los “puntos débiles psicolegales” (psycholegal soft spot).

Lo necesario de estas nuevas habilidades puede ser ilustrado al considerar el papel del abogado defensor al asesorar a un cliente con un problema de delincuencia recurrent, por ejemplo, un segundo o tercer cargo de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Muchos clientes negarán su problema con la bebida o minimizarán su impacto. Este dilema puede verse como un ejemplo de “punto débil psicolegal”. Un tema emergente en la literatura de la justicia terapéutica y la ley preventiva es cómo los abogados defensores pueden asesorar a sus clientes acerca de la delicada cuestión de si aceptar o no la responsabilidad del delito y someterse o no a rehabilitación.

Estas conversaciones son particularmente difíciles cuando el cliente, aun ante una abrumadora evidencia de culpabilidad, niega o minimiza su responsabilidad en el delito, y como resultado, se resiste a explorar la posibilidad de entrar en una rehabilitación post-delictual, que si tiene éxito puede ser utilizada por el abogado defensor para obtener una defensa o sentencia más favorable. El abogado preventivo cuando trabaja en el contexto delictivo no se preocupará sólo por obtener una disposición favorable para el caso, sino también por ayudar al cliente para prevenir futuras dificultades delictivas. Si al cliente se le acusa de nuevo por conducir bajo los efectos del alcohol, el riesgo de ir a prisión será considerablemente más alto, así como el riesgo de que el cliente dañe o incluso mate a alguien, convirtiéndose en responsable no sólo del agravio sino también de las cargas criminales.

Para dar una efectiva representación, los abogados defensores que actúan como abogados preventivos necesitan saber cómo tratar con el cliente cuando éste opone resistencia, pero les pueden faltar las herramientas para hacerlo. A menudo, los abogados utilizan bastante el enfoque de mano dura “realista” (“get real”) con tales clientes. El enfoque de mano dura puede a menudo incrementar la resistencia del cliente. En un reciente artículo, Astrid Birgden, una psicóloga forense, describe conceptos psicológicos relativos a etapas de cambio del ofensor y entrevistas motivacionales, y sugiere cómo pueden utilizarse por los abogados defensores al entrevistar y aconsejar a sus clientes. Estas técnicas psicológicas basadas en la no confrontación realzan el enfoque centrado en el cliente para la práctica de la ley penal al incrementar la autonomía y la toma de decisión del cliente. Este enfoque es amable, y tiene en consideración la posibilidad de la inocencia del cliente incluso cuando la evidencia de culpabilidad parece abrumadora. Los abogados que desean practicar la justicia terapéutica/ley preventiva en el contexto penal pueden incrementar su habilidad para dar una representación efectiva al entender y aplicar estas estrategias psicológicas. Pueden realizar una representación más efectiva al relacionar más efectivamente a los profesionales de la salud mental que asistirán al cliente en tareas rehabilitadoras, lo que puede incrementar su habilidad para prevenir futuros problemas legales y de otro tipo de sus clientes.

Si la ley preventiva proporciona un enfoque a la abogacía y un surtido de herramientas legales para llevarlo a cabo, la justicia terapéutica proporciona técnicas mediante las cuales ese enfoque se puede aplicar en la relación abogado-cliente. El modelo de jurisprudencia terapéutica y ley preventiva debería enseñarse a todos los abogados, tanto a aquellos que se consideran exclusivamente abogados litigadores, como a los estudiantes de Derecho.

III.- Los abogados en la sombra del litigio: La Ley Preventiva en el contexto del Derecho Administrativo

Muchos pleitos ocurren en la sombra del litigio. Algún problema importante se está preparando, y a menos que se desvíe por otro camino, lo más probable es que sobrevenga el litigio. Esto, a menudo, se produce en el contexto del derecho administrativo, cuando un cliente que conoce las señales de tormenta, pero no puede conocer precisamente cómo tratar con ellas, consulta a su abogado.

Una variedad de agencias reguladoras (en los niveles federal, estatal y local, por ejemplo) impone diversos requisitos de cómo debe el cliente llevar sus asuntos. Debe

haber informes que recojan los requisitos o agencias de inspección o citaciones dirigidas a asegurar la conformidad con esos requisitos reguladores. A veces el cliente sabe que no está de acuerdo, o tiene miedo de que el acuerdo no pueda producirse. A veces, al cliente se le pide que complete un formulario que podría exponerle al riesgo de las sanciones oficiales o del litigio, una devolución de impuestos, por ejemplo, o un archivo requerido por la Secretaría de Trabajo, o un departamento local de salud. A veces el cliente está preocupado sobre el potencial de procedimientos disciplinarios de un comité de regulación profesional o agencia similar.

Éstos son todos los contextos en los que la abogacía puede verse como actuando a la sombra del futuro litigio, y en los que la evitación de cada litigio es una misión importante de la ley preventiva. Por tanto, el abogado administrativo o especialista en algún área de la ley reguladora también necesita comprender el modelo de justicia terapéutica y aplicarlo en el asesoramiento de sus clientes. Muchos conflictos con oficinas administrativas que están esperando a que ocurra pueden evitarse o el grado y el riesgo de la discusión puede verse disminuido a través de la ley preventiva.

Existe una variedad de enfoques preventivos. Los abogados administrativos pueden consultar con la oficina administrativa relevante acerca de cómo evitar los problemas, clarificar requisitos, y asegurar acuerdos de parte de sus clientes. Muchas de éstas son técnicas informales en las que el abogado consulta con el oficial administrativo pertinente o con el abogado de la oficina, a veces lo hace por teléfono. ¿Qué necesita o quiere realmente la oficina en estas circunstancias, y cómo puede ver el cliente mejor satisfechas sus demandas?. A veces hay mecanismos formales para resolver tales cuestiones, tales como los procedimientos de juicio declaratorio de la agencia. Uno puede buscar un dictamen de ingresos de Hacienda, por ejemplo, en el que Hacienda informará de cómo responderá en circunstancias específicas, lo que le permitirá entonces al cliente estructurar sus asuntos de manera que minimizará las consecuencias del impuesto.

A veces la oficina tiene la autoridad para expulsar al cliente del negocio, o incluso para privarle de libertad. A un cliente que está libre bajo palabra, por ejemplo, el comité de palabra puede revocársela, basándose en la violación de una condición significativa de la libertad bajo palabra. Un cliente puede recibir una orden de deportación del servicio de inmigración. Un cliente sujeto a una licencia de trabajo se le puede revocar o suspender a causa de una mala conducta profesional

Otro buen ejemplo, aunque no es actual (o por lo menos, no por ahora), relaciona la capacidad del Consejo de Servicio Selectivo para llamar a un joven al servicio militar. La ley de Servicio Selectivo y sus regulaciones contienen provisiones intrincadas relativas a posibles aplazamientos y exenciones para el servicio militar y los procedimientos para obtenerlas. Los clientes que fueron clasificados por el Consejo local como 1-A, indicando su disponibilidad para el servicio militar, visitarían frecuentemente abogados de servicio selectivo. A veces tales abogados serían visitados por sus clientes mucho antes, quizás incluso antes de su registro para la llamada a filas a los 18 años, buscando consejo de cómo evitar el servicio militar.

En cualquier sentido significativos, estos abogados de servicio selectivo estuvieron jugando una función de ley preventiva. Sus tareas fueron comprender las posibles vías de aplazamiento o exención, para explicarlas a sus clientes, y ver cuáles podrían aplicárseles. ¿Qué programas educacionales podrían garantizar el aplazamiento de un estudiante?, ¿Qué trabajos podrían capacitar para un aplazamiento ocupacional? ¿Podría un cliente con inclinaciones pacifistas reunir las condiciones necesarias para

obtener la exención por objetor de conciencia? Al explicar cuidadosamente los requisitos legales de diversos aplazamientos y exenciones, y ayudando al cliente a estructurar sus asuntos de una manera diseñada para presentar una causa discutible para la autorización, el abogado de los llamados a filas estuvo funcionando en la sombra del litigio, asistiendo al cliente para evitar la recepción de una orden de incorporación a filas y el posible litigio que se produciría si ésta no se acataba.

Las consecuencias de no acatar la orden de incorporación a filas incluyen frecuentemente la persecución penal, algo que la mayoría de los jóvenes que intentan evitar el servicio militar preferirían no encarar. Así muchos jóvenes que se enfrentaban al servicio militar, particularmente en la época de una guerra impopular como la del Vietnam, estaban tan deseosos de evitarlo que la prisión o la emigración a Canadá o a otro país constituyeron una posibilidad real. La junta militar local, compuesta por “pequeños grupos de vecinos” que a menudo eran ex veteranos de guerra, que consideraron que su misión era reclutar virtualmente a todos los registrados dentro de su jurisdicción, frecuentemente actuaron fuera de la ley. Otorgaban los aplazamientos y las exenciones muy restringidamente o se negaban a conceder a los inscritos los procedimientos a los que tenían derecho según el estatuto las regulaciones pertinentes. Estos consejos frecuentemente cometían errores en los procesamientos de los casos, lo que posiblemente dio lugar a absoluciones en las persecuciones por rehusar al llamamiento a filas. No obstante, el estigma y el riesgo de la persecución penal hizo que una causa penal fuera un vehículo especialmente traidor para pretender reivindicar a través de ella los derechos de los clientes. Todo esto fue así porque la ley restringió el ámbito del juez penal a una revisión de las determinaciones de hecho de la junta militar de la manera más estricta posible, insistiendo en que el juez no podría revocar las decisiones a menos que éstas no tuvieran una base de “hecho”.

En respuesta a este dilema, los abogados del servicio selectivo de la época de la guerra del Vietnam propusieron dos modelos de litigio pioneros. Ambos pueden verse como enfoques de ley preventiva, incluso aunque impliquen litigio. El primero implicaba permitir al cliente que aceptara la incorporación a filas en el servicio armado, pero entonces inmediatamente iniciar un “habeas corpus”, una acción que desafiaba la legalidad de la custodia del individuo por los militares en la medida en que la junta había cometido una clasificación equivocada o había actuado inapropiadamente. Otra técnica suponía una revisión judicial, previa al llamamiento, de la acción del servicio selectivo, un juicio civil que pretendía: 1) prohibir el llamamiento pendiente del cliente; 2) declaración de resarcimiento concerniente a su derecho de aplazamiento o exención determinado; y 3) mandato de resarcimiento que requería que la junta militar concediera al individuo el deseado aplazamiento o exención.

Estas técnicas de litigación innovadoras de la ley de Servicio Selectivo fueron diseñadas para evitar la más arriesgada y problemática persecución penal que de otro modo se produciría. Se pueden ver como enfoques de ley preventiva incluso aunque conlleven litigación archivada en nombre del cliente. Por supuesto, tal litigación a menudo estaría acompañada por un esfuerzo del abogado del servicio selectivo para acordar el caso con el gobierno. Mientras el comité casi nunca consideraría un acuerdo, el abogado del Estado que representaba al Sistema de Servicio Selectivo del distrito, y que defendería la acción del habeas civil o la acción del pre-llamamiento o perseguiría el caso criminal, a menudo podría ser asequible y, en el caso en que se pudiera demostrar un claro error del comité, convencería frecuentemente al Sistema de Servicio Selectivo para cancelar la llamada a filas y reclasificar al registrante. Incluso cuando el acuerdo no era posible, tal persecución de base no penal que desafía las acciones de la

junta militar podía tener éxito al reivindicar los derechos del cliente sin la necesidad de enfrentar la persecución penal.

La experiencia del servicio selectivo sugiere que los abogados administrativos generalmente y los litigadores (defensores) en particular puedan utilizar remedios judiciales creativos para prevenir lo que de otro modo sería el desastre legal para sus clientes. Ambos, tanto la acción de habeas corpus como el procedimiento de revisión previa del llamamiento a filas descrito en el contexto del servicio selectivo, permitió resolver los problemas eficazmente. Mientras un pleito que persigue el resarcimiento convencional de daños y perjuicios, puede languidecer en las listas del juzgado durante muchos años hasta que sea juzgado, un pleito que busca el habeas corpus o el interdicto de resarcimiento se le da mayor prioridad en la lista del juzgado. De hecho, cuando un daño irreparable se siguiera del hecho de que tal resarcimiento no llegara, el juzgado debe marcar una vista en pocos días o incluso en horas desde que se ha realizado la queja, a veces incluso basándose en una ex parte, y debe conceder una orden de restricción temporal o un interdicto preliminar cuando proceda. Tal daño irreparable podría producirse en el contexto del servicio selectivo cuando la incorporación a filas dentro de la armada interrumpiera la escolarización del cliente, le costara su trabajo, o si era objetor de conciencia, comprometiera sus principios. Un interdicto de incorporación del cliente prevendría el daño y lograría los objetivos del cliente. De modo similar, los abogados administrativos en otros contextos prácticos pueden prohibir con éxito la deportación de sus clientes por el Servicio de Inmigración y Naturalización, el cierre de sus negocios por la Food and Drug Administration o el departamento de salud, o la revocación o suspensión de una licencia por el comité militar federal o estatal.

Una acción de interdicto, incluso aunque implique iniciar un pleito, puede verse como un instrumento de ley preventiva. Igualmente, acciones de declaración de resarcimiento o mandato de resarcimiento que requieren un funcionario para realizar una función legalmente obligatoria, pueden verse como planteamientos que se acercan a la ley preventiva en los casos apropiados. Un juicio declarativo que clarifica los derechos legales y las responsabilidades de las partes bajo la ley o bajo un acuerdo en el cual ellos son partes, puede evitar la toma de posición del adversario del cliente, lo que podría significativamente ser más caro, arriesgado y desagradable. De modo semejante, el mandato de resarcimiento que exige que un funcionario o una agencia gubernamental haga algo que la ley requiere, tal como otorgarle una clasificación de servicio selectivo que difiera o le exente del servicio militar u otorgarle una licencia para la que él/ella está cualificado, puede evitar las consecuencias más serias que podrían resultar de la libertad o del negocio del cliente si la agencia fracasa al realizar su función apropiadamente.

IV.- Conclusión

Las Facultades de Derecho, en su confianza en el “estudio de caso” como una invención educativa, su énfasis en enseñar habilidades de la abogacía, y su deificación del sistema de adversarios como un modo de resolver conflictos, adoctrinan a sus alumnos con una mentalidad de la abogacía caracterizada por la adversariedad. Los jóvenes abogados crecen dentro de una cultura profesional que considera el litigio como una abogacía de primera clase y relega el asesoramiento, la resolución de problemas y la prevención a un *status* de segunda clase. Pero el alto costo, los largos retrasos, la tensión emocional, y los desafíos morales de participar en la litigación, la hacen un

método singularmente inapropiado para la resolución de los conflictos de la mayoría de los clientes. Necesitamos cambiar esta cultura profesional si nuestra labor es servir a las necesidades y a los intereses de nuestros clientes de la manera más efectiva posible. El modelo de abogacía de justicia terapéutica/ley preventiva representa el futuro, apuntando la manera de transformar las prácticas legales en formas que satisfagan más al cliente y al abogado.

Aunque el litigio, a menudo, se ha visto como la antítesis de la ley preventiva, hay que reconocer que a veces es necesario. En tales supuestos, el litigio puede y debe verse en un contexto en donde la ley preventiva es posible. Los clientes llegan al juzgado con unas circunstancias que restringen las posibilidades de la abogacía. El abogado preventivo toma estos hechos como datos e intenta trabajar efectiva y preventivamente dentro de los límites impuestos por los recursos, necesidades, restricciones, cultura y ambiente del cliente. Al ayudar al cliente a alcanzar sus objetivos, evitando problemas legales y de otro tipo, el abogado preventivo debe trabajar con esas circunstancias, negándose a permitir que ninguna de ellas se convierta en una barrera insalvable para alcanzar los objetivos del cliente. La falta de recursos económicos de un cliente por ejemplo, o la existencia de un compromiso legal o emocional, constituyen el telón de fondo contra el que la ley preventiva debe luchar. Éstos simplemente son circunstancias con las que la ley preventiva debe trabajar, planeando maneras creativas de lograr los objetivos del cliente.

Sugiero que el litigio o los conflictos legales no son cualitativamente diferentes de esas circunstancias con las que el abogado preventivo debe contender, sino que son una subespecie de ellos. Así como el proceso de ley preventiva debe contender con cada una de las circunstancias, como la situación familiar del cliente, valor neto, y las restricciones impuestas por el mercado en el que funcionen sus negocios, debe también contender con un conflicto que está en litigio. En lugar de cambiar de una planificación a una orientación hacia el litigio, una vez que éste haya comenzado, el abogado preventivo debería considerar el litigio como una parte del paisaje dentro del que la ley preventiva debe operar. Si el litigio se ve desde este punto de vista, la distinción entre planificar y defender, que tradicionalmente se ha hecho en la ley preventiva, llega a ser artificial. Como las planificaciones del estado o de negocios, el litigio puede convertirse en una oportunidad para la abogacía preventiva. El litigio además no representa una ocasión para abandonar el proceso de ley preventiva, sino simplemente es una de las muchas circunstancias que debe ser tenida en cuenta por el abogado preventivo. Estos hechos pueden dirigirse a minimizar futuros problemas y proporcionar al cliente un entendimiento holístico, mejorado, de soluciones más creativas para el conflicto en el que está inmerso.

Quizás podamos comprender mejor el papel del litigio en la empresa de la ley preventiva volviendo a considerar la analogía con la medicina preventiva que ha influido tanto en la conceptualización de la ley preventiva. En la medicina preventiva, hay tres dominios de prevención: prevención primaria, que se centra en prevenir que aparezca la causa de la enfermedad; prevención secundaria, que se centra en evitar, si aparece la enfermedad, que la causa tenga efectos negativos para la salud; y prevención terciaria, que se centra en cómo minimizar los efectos negativos de la causa y los resultados. Esto se puede ilustrar considerando el problema de la malaria, una enfermedad extendida por los mosquitos que todavía constituye un grave problema en muchas regiones del mundo. Un enfoque de prevención primaria para la malaria incluiría drenar los pantanos donde se crían los mosquitos. Un enfoque de prevención secundaria aconsejaría a la gente en áreas de alto riesgo dormir con mosquiteras, vestir

con camisetas de manga larga, y usar repelente de mosquitos. Un enfoque de prevención terciaria incluiría la distribución de quinina para adelantarse a la explosión de la enfermedad. Cada plan preventivo de salud debería considerar los tres dominios. Aplicando esta analogía a la ley preventiva, el litigio puede considerarse prevención terciaria en la mayoría de los casos, secundaria en algunos (cuando implica los remedios legales de interdicto y juicio declaratorio), e incluso primaria, cuando se crea un precedente para evitar situaciones recurrentes del problema. En lugar de estar fuera del dominio de ley preventiva, el litigio puede propiamente verse como un instrumento importante en la abogacía preventiva.

El alcance de la ley preventiva de este modo se ha expandido espectacularmente en los últimos años. Su integración con la justicia terapéutica le provee de un papel más amplio y humanizador para el abogado preventivo. El reconocimiento de que todos los abogados, incluso los litigadores y abogados administrativistas que trabajan en la sombra del litigio, pueden usar los instrumentos y planteamientos que la ley preventiva dirige al modelo de ley preventiva en una nueva dirección y nos hace comprender que todos los abogados necesitan conceptualizarse como abogados preventivos.

Unas buenas funciones legales, incluyendo muchas que no se considerarían a priori dentro del enfoque de ley preventiva, se pueden beneficiar considerablemente de los puntos de vista de la ley preventiva. Todos los abogados necesitan comprender cómo evitar y establecer conflictos en nombre de sus clientes. Cuando esto no es posible, los abogados necesitan entender cómo utilizar remedios administrativos y judiciales que pueden minimizar los efectos negativos que de otra manera podrían experimentar los clientes. Todos los abogados deberían ser capaces de solucionar, de manera creativa, los problemas para ayudar a sus clientes a evitar las dificultades legales y la litigación siempre que sea posible. Todos los abogados y los estudiantes de Derecho deberían aprender técnicas y procedimientos de ley preventiva y de habilidades de “maneras de banquillo” (“desk-side manner”) que la justicia terapéutica aporta a la empresa de ley preventiva.

La educación legal y la formación continuada, incluyendo aquellos que se centran en el entrenamiento de habilidades legales, debe ser ampliado para incluir un énfasis en los ideales y técnicas de la ley preventiva. Ésta es una agenda revolucionaria muy necesaria y que puede ayudar a remodelar la profesión legal en una que llegue más efectivamente a las necesidades de sus clientes y produzca en mayor medida satisfacción para ambos, cliente y abogado. Una profesión legal que domina el arte de resolver y evitar problemas de manera creativa, y que practica con gran delicadeza las dimensiones psicológicas de la relación abogado/cliente y una ética de los cuidados, puede hacer mucho para cambiar la imagen de los abogados entre nuestros clientes así como nuestra propia imagen. Si podemos transformar la ley en una profesión de ayuda de tal manera que se valore el papel del abogado como sabio consejero, que soluciona y evita problemas, y es pacificador y sanador, podemos hacer mucho para transformar las vidas de nuestros clientes y de nosotros mismos y de la sociedad en que vivimos.