

## PRESENTACIÓN

### PENSAR LA ABOGACÍA

Este magnífico trabajo de Juan Jesús Garza Onofre nace —como lo expresa el propio autor— de un malestar, de una fuerte disconformidad con un cierto estado de cosas respecto del modo en el que actúan y son percibidos los abogados; de la forma en que son formados en las escuelas de derecho de México —aunque podría extenderse el caso al resto de América Latina—; malestar por lo que implica ejercer la profesión, por las luces y las sombras que arroja la academia jurídica sobre la actividad de estos profesionales, por las ausencias y las presencias sesgadas de este actor que parece opacado y desplazado por otros que han atraído la atención de la teoría jurídica, la filosofía y la sociología, como por ejemplo, y, sobre todo, los jueces. El abogado como actor a veces ausente, otras invisible y en muchas ocasiones ignorado. Así, Garza Onofre se propone llenar ese relativo vacío, o al menos contribuir a hacerlo, proponiendo una mirada atenta y siempre crítica sobre este personaje, trayéndolo de los márgenes al centro, poniéndolo debajo de la lupa de un autor que por momentos parece un “detective salvaje” que indaga en la historia de la profesión que ha elegido para sí y que empezó por mirarla con desconfianza para terminar, creo yo, amándola en sus propios términos. Un autor que mira al abogado desde un enfoque interdisciplinario rico en facetas y pliegues, porque el abogado no debe ni merece ser colocado en los márgenes del derecho. Ser abogado no es un chiste.

Garza Onofre tiene un malestar que es compartido por muchos de sus colegas de América Latina, sobre todo en lo que respecta a la formación de los abogados en las facultades de derecho de la región, a su desempeño y a su ética. Si bien no abundan, no son escasos los trabajos sobre la sociología de la profesión de los abogados, pero sí son pocos los autores en el mundo que han asumido la tarea de construir una especie de filosofía de esta profesión que derivaría también en su ética. En Estados Unidos se destacan obras de diversas perspectivas teóricas como la de Anthony Kronman, *The Lost Lawyer*; la de David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, o la de Duncan Kennedy, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, entre tantos otros intentos por enlazar la teoría jurídica con la teoría de la profesión y,

en consecuencia, una cierta idea acerca de cómo debe ser la enseñanza del derecho y la práctica de la abogacía. En América Latina, no hemos tenido un debate robusto en la materia, al menos en la academia, hasta entrada la década de los noventa del siglo pasado, con lecciones no siempre escritas como la de Carlos Nino y el trabajo de algunos de sus discípulos, en el caso de Argentina, mi país. Antes de eso, pero desde el campo del activismo, surgieron trabajos críticos sobre la educación de los abogados en la región, vinculados al movimiento de “Derecho y desarrollo” que surgiera en Estados Unidos en la década de los cincuenta y que se extendería de la mano de la Fundación Ford a países como Chile. Si bien esta iniciativa dejó planteadas algunas líneas de trabajo, el movimiento se debilitó paulatinamente hasta que algunos de sus ejes fueron retomados por una nueva ola de iniciativas que buscaron instalar la enseñanza clínica en las facultades de derecho de América Latina hacia comienzos del siglo XXI. Contemporáneamente cobró impulso un movimiento paralelo dirigido a difundir el denominado litigio de interés público como práctica de activismo en materia de derechos humanos, también comprometiendo a abogados pro bono, ONG, estudiantes y profesores de clínicas. Lo que motiva esta obra es, entonces, un malestar respecto de una carencia que requiere, antes de pasar a una propuesta normativa, de algún intento de explicación respecto de su existencia. Garza Onofre, nuestro detective en esta historia, encuentra una pista en el lugar dominante que ha tenido el positivismo jurídico y el formalismo en nuestra cultura legal, y creo que tiene razón.

Los países de América Latina son herederos de la tradición jurídica continental que les fue legada por sus metrópolis, sobre todo España y Portugal. Esta tradición parte de dos presupuestos fundamentales, uno asociado a una teoría política y otro a una teoría jurídica, y ambos conectados por lo que podríamos llamar la estrategia de la codificación. La tradición continental tiene en el centro de su galaxia jurídica al Código Civil, considerado como la norma fundamental del sistema, desplazando incluso a las Constituciones y también a los límites que provienen más modernamente del derecho internacional. Si bien esta tendencia puede estar siendo revertida por el movimiento de constitucionalización del derecho privado, es notable la resistencia que desde el derecho civil se opone al reconocimiento de cualquier límite normativo a esa norma central del sistema. Esa resistencia alcanza incluso a los cambios que pudieran introducir los propios legisladores, salvo que se trate de una “reforma del Código”.

El Código, si bien redactado generalmente por expertos, es considerado como una expresión de la voluntad parlamentaria por encima de la cual no se reconoce autoridad alguna en una concepción monista de democracia,

en el sentido que Bruce Ackerman etiqueta a posturas democrático-radicales como la de John Ely en su libro *Democracia y desconfianza*. En esta teoría política de la codificación se percibe la influencia napoleónica, así como la de la propia Revolución francesa. El Código Civil es a la vez expresión de la voluntad popular y resultado de una labor científica. Por ambos motivos, por su raíz democrática y por su contenido técnico, se torna crucial protegerlo de toda posible manipulación política, blindándolo de futuras reformas y de “tergiversaciones” producto de la interpretación judicial. Si bien resulta paradójico asociar a los códigos con una raíz democrática, pues los más importantes de la historia no son el resultado de un debate popular que tuviera lugar en el seno de la comunidad política —basta mencionar los códigos de Justiniano o de Napoleón—, de todos modos el mito nos dice que este cuerpo normativo total y fundamental, aprobado por el Parlamento, es expresión de la voluntad del pueblo y, por eso, es la norma central y fundante del sistema, por lo que es posible establecer una conexión íntima entre la codificación y una teoría política democrática acerca de la autoridad del derecho. Esta relación explicaría, desde mi punto de vista, por qué los países de la Europa continental que han adoptado como forma de gobierno el parlamentarismo comparten también de la tradición jurídica continental, reconociendo ambas, la forma de gobierno y la tradición jurídica, y al Parlamento, una centralidad que no tiene en regímenes de *Common Law* o en sistemas presidencialistas.

Esta teoría política está acompañada de una teoría jurídica que es compatible y consistente con ella: aquella que considera que el derecho puede ser atrapado por el texto que lo expresa y que puede ser reducido a él. Cierta tipo de positivismo jurídico y de formalismo son consecuencia de esta concepción del derecho. Se dice que Napoleón, luego de sancionado su famoso Código Civil, cuando tomó conocimiento de que un jurista había escrito un artículo interpretando una de sus cláusulas, expresó con frustración: “Mi Código ha muerto”. Esta anécdota, probablemente falsa, es, sin embargo, la expresión de la expectativa —o de la ilusión— de que el Código podía ser sólo su texto y no ese texto y su interpretación. El Código, como expresión de la voluntad popular, como norma completa y consistente, ordenadora del sistema jurídico, como cosmos perfecto, debe ser aplicado de modo tal que nadie altere la voluntad popular que lo legitima, ni la perfección científica que representa. Los jueces estarán así impedidos de interpretarlo y deberán limitarse a aplicarlo, a lo sumo con la asistencia de la ciencia que hemos desarrollado para ello: la dogmática jurídica.

No cargo las tintas sobre la tradición continental y sus presupuestos porque asuma que en otras tradiciones jurídicas como en el *Common Law* no

existan expresiones de la tesis formalista. De hecho, juristas como Antonin Scalia, quien fue por muchos años juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha escrito específicamente acerca de por qué era necesario que los jueces del *Common Law* de su país debían emular a los jueces de la tradición continental europea en el sentido de aplicar la ley sin agregar valoraciones y, en consecuencia, “crear derecho”. Es preciso recordar que el principal enemigo teórico de juristas como Scalia es el denominado activismo judicial. En este sentido, y aunque parezca paradójico, las propuestas teóricas desde el campo conservador, del que proviene este juez, y las del campo progresista coinciden en que el activismo judicial representa una amenaza al respeto de la ley, en el caso de las primeras, y de la voluntad popular, en el caso de las segundas. Para Scalia, el formalismo de la tradición continental sería el antídoto por él deseado contra aquellos jueces que se proponen “hacer justicia” en lugar de aplicar la norma positiva de un modo automático sin agregar valoración.

La expectativa de la tradición continental es que el Código —completo, sin fisuras ni contradicciones, sin vaguedades ni omisiones— cubra, como una manta perfectamente diseñada, todas y cada una de las posibles situaciones de conflicto que surgirán en el futuro. Los jueces sólo tendrán que, mediante silogismos, aplicar la ley a casos concretos sin alterar su contenido. Así, esta idea acerca de los usos políticos de la codificación como proveedora de seguridad jurídica y certidumbre, respaldada por una teoría jurídica que cree que es posible la aplicación del Código de forma automática por parte de los jueces, tiene consecuencias fundamentales para el diseño institucional y, en particular, para el diseño de los programas y métodos utilizados para formar a los abogados. Esta visión del Código y de los jueces tiene implicaciones enormes que afectan nuestras prácticas. Si los magistrados están obligados a aplicar la ley evitando interpretarla —en el sentido de “hacerle decir” al texto legal aquello que creen que significa—, entonces carece de sentido publicar sus decisiones, pues su labor de aplicación no agrega nada relevante acerca del sentido de la ley. Si la tarea de adjudicación consiste sólo en la aplicación de silogismos, los argumentos son innecesarios y, en consecuencia, también la fundamentación de las sentencias con las razones que les dan sustento, el cual ya fue ofrecido por el legislador al momento de codificar, ahora sólo resta aplicar la norma al caso. Por los mismos motivos, tampoco es preciso que, en los órganos judiciales colectivos se den a conocer las opiniones de los miembros disidentes de esos tribunales colegiados. Mirjan Damaška decía que las disidencias en estas cortes pluripersonales de la tradición continental son como los zánganos que alimentan a la abeja reina, pues, luego de nutrir la construcción de la decisión judicial, ellas deben

morir y desaparecer, ya que su subsistencia sólo aportaría dudas sobre el significado de la ley. La opinión y el fundamento disidente sugiere que una decisión diferente a la tomada también podría ser posible, y eso es inadmisibles para un régimen que hace de la certeza jurídica y de la aplicación del texto del Código el principio basal del orden jurídico.

Ahora bien, si el derecho es expresión de la voluntad popular, que además coincide con el saber científico, y si su aplicación puede realizarse sin recurrir a valoraciones ni argumentos por medio de la actividad de jueces que parecen más burócratas administrativos que filósofos dworkinianos, entonces, ¿qué tipo de abogados deberían producir las facultades de derecho? ¿Para qué servirían los abogados en un mundo en el que los argumentos no son necesarios para saber qué dice la ley? Cerca del final de este libro Garza Onofre nos invita a imaginar un mundo sin abogados. El mundo de la codificación podría ser ese mundo, pues la figura del abogado se torna casi irrelevante cuando el derecho se entiende como un hecho evidente en lugar de concebirlo como argumentación. La centralidad del Código y su aplicación formalista no sólo deriva en una figura del juez como parte de una burocracia mecanizada y autómatas, sino que requiere de una figura del abogado también burocratizada y autómatas, cuya imagen irradiada desde el saber popular ha provocado el desprestigio de la profesión que molesta al autor de esta obra. En un mundo donde los jueces no argumentan, donde sus decisiones no deben ser publicadas porque no agregan nada nuevo, donde la interpretación de la ley puede ser evitada, donde los casos decididos por los tribunales no son relevantes para el estudio del derecho, las facultades de derecho y sus programas y métodos de enseñanza se caracterizarán por estar dominados por la transmisión a los estudiantes de abogacía de la única *información* que precisan para ejercer la profesión: el articulado del Código. “Enseñar” derecho será una tarea a cargo de profesores que conocen el Código y que se lo transmiten a sus alumnos, tarea que también permitiría imaginar un mundo sin profesores y dominado por manuales que, de sólo leerlos, permitirían al estudiante convertirse en abogado. “Aprender” derecho consistirá en la habilidad de memorizar ese articulado y desarrollar la capacidad de encontrar la norma aplicable al caso en el cuerpo del Código. Con los actuales desarrollos tecnológicos, tema que también aborda el autor de este libro, esta tarea puede hoy ser realizada por programas de inteligencia artificial. De hecho, en algunos países, las firmas de abogados ya se encuentran reemplazando a sus profesionales más junior por computadoras y *apps*. “Ejercer” la abogacía se torna así en una actividad gris y mecánica.

Sin embargo, esta especie de distopía jurídica surgida a partir de los presupuestos y la práctica del derecho de la tradición continental, al no cap-

turar la verdadera esencia del derecho, no ha podido evitar que se produzcan fisuras por las que se cuele una práctica de la abogacía y de la judicatura radicalmente diferente y que resulta inevitable. Por más enormes que sean los esfuerzos que se hagan para evitar la interpretación de los textos legales, ésta es insoslayable. Y si ello es así, entonces la argumentación también es inevitable. Las *apps* de los modernos estudios de abogados pueden darnos más información que un ejército de jóvenes abogados en una fracción de segundo, pueden también incluso proveernos con precisión el dato de las probabilidades de éxito de un litigio en particular, pero no pueden desarrollar los mejores argumentos que convencan a los jueces de seguir o, mucho más complicado aún, de cambiar una jurisprudencia. Eso sólo es posible lograrlo con buenos abogados capaces de pensar creativamente y hacer su aporte a la construcción del derecho como práctica social. La enseñanza del derecho requerirá así mucho más que el conocimiento y memorización de los textos legales. Será preciso discutir en las aulas los argumentos utilizados por los jueces al interpretar ese derecho, analizar las razones que se ofrecen en las opiniones mayoritarias y en las disidencias, pensar variantes alternativas a los hechos y las interpretaciones utilizadas, analizar los precedentes judiciales a la luz de teorías jurídicas a modo de poder detectar inconsistencias y continuidades. Los mejores abogados, incluso en naciones de la tradición continental, son y serán siempre aquellos capaces de argumentar mejor su caso.

A este paisaje se agrega un elemento más que viene a desafiar los presupuestos del formalismo y a complejizar nuestra visión de la adjudicación y de la práctica de los abogados: la incorporación de Constituciones y del control de constitucionalidad. La teoría democrática “monista” que subyace a la codificación se ve así modificada por una decisión normativa (constitucional) que limita la libertad de decisión del Parlamento o de la mayoría del pueblo en él representada. El Código tiene ahora una Constitución por encima de él. Ese dualismo ackermaniano nos obliga a interpretar la ley, pero también a interpretar la Constitución y finalmente a analizar la compatibilidad entre una y otra. El panorama se complica aún más con el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos que agrega otro nivel normativo que también debe ser interpretado. La visión ingenua del formalismo, ya insostenible en el contexto en el que el Código era la única norma relevante del sistema, se vuelve aún más imposible de sostener. Argentina es un caso extraño, pues su ordenamiento jurídico adoptó el modelo codificador y el modelo estadounidense de control judicial de constitucionalidad desde el mismo comienzo de su historia jurídica a mediados del siglo

XIX, pero Europa Continental enfrentó este nuevo escenario al terminar la Segunda Guerra Mundial con la incorporación de los tribunales constitucionales. El resto de América Latina oscila entre ambos casos.

El malestar de Garza Onofre es también un malestar respecto de cierto escepticismo acerca de la potencialidad de la profesión de los abogados para operar como instrumento de cambio social. Nuevamente, ese escepticismo se desprende de una concepción generalmente aceptada de la labor de los abogados como simples instrumentos a favor de la defensa de los intereses de sus clientes. Sin embargo, la abogacía está también sometida a una ética que se desprende de una determinada concepción del derecho. Si el derecho es una práctica social que se construye como la catedral sugerida en la metáfora de Nino, o la novela encadenada propuesta por Dworkin, entonces la intervención del abogado es un aporte central en esa construcción. Así como los jueces poseen en cada una de sus decisiones una cuota de creatividad limitada por el deber de mantener la integridad de la práctica, los abogados también tienen un margen de maniobra limitado por esa misma integridad. Pero ambos, jueces y abogados, cuentan con un espacio importante para la construcción de argumentos nuevos que permitan utilizar al derecho como herramienta de cambio social. Esta visión acerca de la tarea de los abogados implica también que deben asumir una enorme responsabilidad como operadores dedicados a la preservación de la integridad del derecho, pero también como agentes de cambio social, el cual es requerido por esa integridad y que no responde a la mera voluntad política de ese abogado o de sus clientes o de las causas que estos últimos defiendan. Por supuesto que el abogado tiene que defender los derechos de su cliente, pero debe hacerlo de modo de no alterar la integridad de la práctica social que llamamos derecho. Esa práctica requiere un compromiso del abogado con los valores fundamentales que la nutren, obligando al profesional a sumarse a causas políticas que tienen por objeto preservar la integridad de la práctica. Un mundo sin abogados es un mundo en el que el cambio social por medio del derecho sería imposible.

En suma, Garza Onofre encara aquí un enorme desafío: llenar un relativo vacío en nuestra discusión académica sobre la filosofía de la profesión del abogado, rescatando a ese actor ausente, invisible o ignorado para llevarlo al centro de la escena, reconocer sus potencialidades y sus compromisos con la ética de su profesión.

Roberto P. SABA