

CAPÍTULO TERCERO

EL PROTAGONISTA INVISIBLE

ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO ANTIFORMALISTA

Convertía la fuga en libertad, incluso si la libertad sólo servía para seguir huyendo.

Roberto BOLANO²³⁵

Bajo los estrechos márgenes que dictan quienes se han encargado de teorizar sobre el fenómeno jurídico desde una óptica positivista, parecería que el estudio de la figura del abogado es un tema reacio a su abordaje. Su ausencia es manifiesta. Sin embargo, la ausencia no necesariamente es motivo para no estar presente.

La gran influencia que tiene la tradición (para el caso específico dentro del canon iusfilosófico contemporáneo) muchas veces encauza al imaginario colectivo hacia la idea de una opción única como alternativa final para el devenir de los tiempos presentes, o que en igual sentido se intente hacer creer que un determinado ciclo de carácter similar se presenta periódicamente cada cierto tiempo, es un despropósito. Un sinsentido que lamentablemente aún encuentra bastante resonancia y suscitan un debate poco fructífero.

A través del artículo “El fin de la historia”, que sería la génesis de sus ideas posteriores y del libro que publicaría tres años después, Francis Fukuyama proclamó la existencia de una lógica unidireccional de evolución en la historia humana, que irremediamente desemboca en la democracia liberal y la economía de mercado.²³⁶ Tratando de defender sus posturas y argumentando una mera confusión semántica sobre la historia en el sentido hegeliano y marxista de evolución de las instituciones,²³⁷ el autor aludía a la

²³⁵ 2666, Barcelona, Anagrama, 2004, p. 244.

²³⁶ Fukuyama, Francis, “The End of History?”, *The National Interest*, núm. 16, 1989, pp. 3-18.

²³⁷ Fukuyama, Francis, “Pensando sobre el fin de la historia diez años después”, *El País*, 1999.

complejidad de encontrar algún otro tipo de modelo alternativo que fuera viable para la sociedad fuera del Estado liberal. Al pregonar un sesgo definitorio, la historia por un momento pudo llegar a percibirse como un destino indubitable, en el que cualquier opción que se llegara a revelar, o incluso a redescubrir, dejara de tener utilidad.

Sin embargo, a la par de las doctrinas dominantes, siempre han existido un sinnúmero de tendencias alternativas encargadas de revelar al consenso como anomalía y a la unicidad como defecto. Cuando lo que supuestamente se adopta como inequívoco, el solo hecho de comenzar a forjar una posibilidad distinta de la institucionalizada propicia un sinnúmero de nuevas representaciones, que irán procesando ideas que eventualmente madurarán para desplegar su potencial y continuar lubricando el sentido perdurable de la historia.

La cualidad impasible de la historia demuestra su irremediable incapacidad para dejar de existir. No obstante, ese estable rasgo se puede ver opacado ante los anhelos de algunos que pretenden distorsionar su sentido.

Cuando Diderot y d'Alembert idearon *La Enciclopedia*, más allá de la importancia de la obra y de su eventual herencia, una de sus principales aportaciones fue la clara manifestación de que un proyecto tan ambicioso sólo pudo haber sido concebido en ese determinado tiempo y espacio, pues enmarcado bajo un grupo de personas privilegiadas, se reflejó un contexto específico en donde la entronización de la razón llegó al extremo de pretender atesorar todo el conocimiento existente. Sin la menor intención de suponer una simetría atemporal entre la época actual y finales del XVIII, sí cabe resaltar una actitud diametralmente opuesta en nuestros tiempos, pues a pesar de las crecientes pretensiones generales por acumular y atesorar, éstas se ven disminuidas por preferir la brevedad y lo compendioso. Y es que la diferencia fundamental radica no precisamente en la expectativa de acaparar conocimiento y contenido, sino en aglutinar información en la menor cantidad de tiempo posible y resumirla ponderando sus atributos cualitativos.

Al momento en que “lo que copa un periodo del pensamiento no es tanto una teoría, una escuela o una corriente bien armada, sino más bien un eslogan, un lema o un emblema que se infiltra de forma difusa en diversas áreas de la cultura”,²³⁸ la conocida frase con la que se inaugura *El dieciocho* *Brumario de Luis Bonaparte* de Karl Marx respecto a que: “la historia se repite

²³⁸ Lloredo, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, vol. 1, libro 2, ed. por R. de Asís, F. J. Ansuátegui, E. Fernández y C. Fernández Liesa, Madrid, Dykinson, 2013, p. 889.

dos veces, una como tragedia y otra como farsa”,²³⁹ puede considerarse el epitafio del presente, buscando la perenne condena de nuestra sociedad de forma anticipada, así como la desconsolada predestinación de la historia. Si hoy en día los aforismos resumen concepciones instantáneas de nuestro entorno y así lo explican, cabe plantearse la posibilidad de que éstos pueden también ser tergiversados para infundir desaliento y evitar expresar lo que se deseaba originalmente.²⁴⁰

El carácter imposible de la historia evoca precisamente aceptar que si bien dentro del transcurso de la misma es posible encontrar episodios parecidos, en ocasiones retomando cosas del pasado y hasta aceptándolos (como dice el filósofo prusiano respecto a que la tradición de todas las generaciones muertas oprime como una pesadilla el cerebro de los vivos),²⁴¹ para nada reconstruye algo cíclico.

Negar la existencia de factores relevantes que puedan encauzar al entorno hacia una eventual repetición de los hechos no representa contemplar a la historia como un circuito. La conjetura de lo probable y lo posible, sin que necesariamente sea contradictorio, sino más bien complementario, plantea caracterizar a la historia como una puerta cerrada que incluye a la vez muchas ventanas abiertas, que sirven de escape, y dan pie a una constante incertidumbre que ampara la ilusión de lo irresoluto.

El estudio de los movimientos alternativos como una clara manifestación que conduce el trayecto lógico de la historia frente a lo institucional resulta primordial para seguir reproduciendo ese carácter imposible e imparable de la historia.

De ahí, precisamente, que valga la pena abordar a la figura del abogado más allá de los tradicionales marcos analíticos, que por lo general propugna el canon de la filosofía del derecho. Intentando adecuar a este operador

²³⁹ Marx, Karl, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, [1852], Santiago, ed. de la Escuela de Filosofía Universidad de Arte y Ciencias Sociales, Biblioteca Electrónica Universidad Arcis, 2005, p. 6. La frase original es: “Hegel dice, en alguna parte, que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se repiten, para decirlo de alguna manera, dos veces. Pero se olvidó de agregar: la primera, como tragedia, y la segunda, como farsa”.

²⁴⁰ Tuvieron que pasar treinta años para que precisamente Federico Engels en el prólogo para la tercera edición del libro de Marx aportara luces que ayudaran a clarificar el sentido de la frase en cuestión aludiendo a que “la gran ley que rige la marcha de la historia, la ley según la cual todas las luchas históricas, ya se desarrollen en el terreno político, religioso, filosófico, ya en otro terreno ideológico cualquiera, no son, en realidad, más que la expresión más o menos clara de luchas entre clases sociales”. Engels, Federico, “Prólogo para la tercera edición de *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*”, en Marx, Karl, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, *cit.*, pp. 4 y ss.

²⁴¹ Marx, Karl, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, *cit.*, p. 6.

jurídico dentro de los parámetros que postulan diferentes movimientos antiformalistas erigidos desde un conjunto heterogéneo de teorías jurídicas, se pretende evitar que el sistema abrume a sus partes para revitalizar, a la vez que destacar, la importante presencia de los abogados no sólo en la práctica jurídica, sino también en su estudio teórico.

Porque el abogado, antes que ser un protagonista ausente en las dinámicas del derecho, es, en todo caso, un protagonista invisible. Alguien que, rehuendo a ser visto, cuya presencia resulta imperceptible, termina inevitablemente por emerger para canalizar y moldear el devenir de los procesos jurídico-políticos de cualquier sociedad a lo largo de la historia. Encontrándose dotado de un enorme sentido de resiliencia y resguardando múltiples cualidades de índole creativa y alteradora, el ejercicio de la abogacía incide de forma constante en su entorno, transformando al mismo, incluso si éste sólo sirve para seguir variando.

De alguna manera u otra, como se verá a lo largo de las siguientes páginas, es posible vislumbrar que, dentro de las denominadas corrientes antiformalistas, la figura del abogado encuentra un mejor escenario para su estudio teórico que el que ofrecía el positivismo. Sin embargo, a pesar de la flexibilidad y el eclecticismo de dichas corrientes doctrinales, de antemano es posible advertir una tendencia por relegar a los abogados frente a otros actores o factores institucionales. No cabe duda que el abogado está presente en muchas de las ideas que desarrollan estas concepciones del derecho, pero existe algo que no termina de convencer. Algo que vuelve a menospreciar las labores de este operador y que evita desarrollar por completo el estudio de sus características. Puede afirmarse, así, que el abogado dentro del análisis iusfilosófico antiformalista está, pero no está, o está, pero de forma invisible.

Se iniciará el desarrollo de este capítulo trazando las generalidades respecto a algunos de los movimientos antiformalistas dentro de la teoría jurídica contemporánea, cuyos principales rasgos brindan pistas para estudiar a la figura del abogado, tratando de entender las formas en las que estos operadores se podrían abordar para potencializar sus cualidades y características particulares. Después se presentan cinco diferentes autores de diversas escuelas de pensamiento jurídico, seccionados en tres grandes apartados, cuya amplitud y relevancia teórica permiten explorar ideas en torno a las cuestiones sociales y el derecho, siendo el abogado un actor crucial para la construcción de dichos vínculos.

A partir de evitar la normalización de lo anormal y contrarrestando el mantenimiento de un sistema desentendido de la sociedad, no cabe duda que el estudio antiformalista ayuda a repensar la abogacía, promoviendo

un modelo de abogado consciente y comprometido con su entorno, que sea movilizado por la creatividad y la crítica jurídica. Sin embargo, su potencial difícilmente podrá ser explotado si se continúa contemplando a este operador como un agente excepcional para su teorización, relegado a los márgenes del análisis iusfilosófico y supeditado a la relevancia coyuntural de otros actores jurídicos, es decir, si se le otorga un rol protagónico, pero al mismo tiempo invisible.

ANTIFORMALISMOS JURÍDICOS

El presente apartado tiene como objetivo desentrañar el lugar del abogado dentro de varios movimientos alternativos en la teoría del derecho, frente a algunas de las concepciones jurídico-filosóficas preponderantes, que (como se pudo constatar en el capítulo anterior) desatienden de forma manifiesta a este operador jurídico.

Los antiformalismos jurídicos, siguiendo a Lloredo, se pueden entender como

un abigarrado conjunto de escuelas, movimientos y teorías que, desde finales del siglo XIX y durante buena parte del XX —especialmente en el primer tercio— han intentado denunciar la pretensión de aislamiento del Derecho y la ciencia jurídica... De uno u otro modo, todos los movimientos antiformalistas han tratado de ligar el Derecho con la sociedad y la cultura, percibiendo el fenómeno jurídico como una manifestación más de las relaciones sociales y no como una urdimbre de normas abstractas, desconectadas de los contextos concretos y manejadas de forma científica y aséptica por una casta de juristas especializados.²⁴²

Así, estas corrientes, en mayor o menor medida, encuentran origen, fundamento y conceptualización a partir del antagonismo frente al denominado formalismo jurídico. Es decir, desarrollándose en contraposición²⁴³ a

²⁴² Lloredo, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos sociales y culturales”, *cit.*, pp. 893 y 894.

²⁴³ Aunque, bien vale la pena mencionar, como afirma Diego López Medina, que “si examinamos aún más la oposición estructural entre «formalismo» y «antiformalismo», podría decirse que se trata de un continuo entre dos polos teóricos e intelectuales del Derecho. Todo sistema jurídico contemporáneo, al menos en Occidente, es una mezcla compleja entre formalismo y antiformalismo y toda sociedad busca un cierto equilibrio y balance entre las técnicas, ventajas y desventajas de estas dos formas de entender las normas”. Véase López Medina, Diego E., “Los conceptos de formalismo y antiformalismo en teoría del derecho”, *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis-Colombia, 2005, p. 7.

una visión que suele centrar el estudio del derecho en sus rasgos “formales” o “estructurales”, distintos juristas europeos y norteamericanos²⁴⁴ comenzaron a lanzar severas críticas cuyo común denominador es la censura frente a la visión del fenómeno jurídico como una práctica estática, autónoma y aislada de cualquier consideración de índole valorativa o social, que en un primer momento se asoció a las teorías positivistas decimonónicas. Dicho cambio de orientación en las direcciones del pensamiento jurídico se encuentra “estrechamente conectado con una época de grandes transformaciones económicas, tecnológicas, culturales, etc., y de fuerte conflictividad social: la forma de organización jurídica y política más característica de las sociedades desarrolladas del siglo XIX, el Estado liberal de Derecho, había entrado en crisis”.²⁴⁵

Aunque de ideas e intenciones bastante diferentes, o muchas veces contradictorias, dentro de los variados autores y escuelas que capitanearon la revuelta contra el formalismo es posible distinguir entre sus postulados una coincidente aspiración por sociologizar el pensamiento jurídico, entendiendo dicho empeño como un reflejo de algunas de las principales aportaciones de Rudolf von Jhering a la filosofía del derecho. En gran medida, fue gracias a sus teorías, enfocadas a entender al derecho como “un instrumento destinado a servir de cauce entre Estado y sociedad, como un instrumento que aquél puede emplear para satisfacer las necesidades siempre cambiantes de ésta”,²⁴⁶ que se posibilitó la eventual aparición y conformación de las primeras orientaciones antiformalistas, tales como el realismo jurídico en sus variantes estadounidense y escandinava, el sociologismo jurídico de Eugen Ehrlich, la Escuela del Derecho Libre de Hermann Kantorowicz, el uso alternativo del derecho y el pluralismo jurídico, la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck, los *critical legal studies*, entre varias corrientes más.

Así entonces, dada la existencia de un amplio y heterogéneo catálogo de movimientos antiformalistas, resulta necesario precisar que la elección

²⁴⁴ Precisamente la expresión “antiformalismo” se forjó por medio del libro *Social Thought in America: the Revolt Against Formalism*, escrito por Morton White, en el que se describía la revolución intelectual desplegada a través de múltiples corrientes de pensamiento en Estados Unidos (que tienen como mínimo común denominador el pragmatismo de John Dewey), no sólo contra diversas manifestaciones jurídicas de naturaleza formalista, sino también abarcando otras disciplinas y campos del saber. Véase White, Morton, *Social Thought in America: the Revolt Against Formalism*, Boston, Beacon Press, 1949.

²⁴⁵ Aienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., p. 279.

²⁴⁶ Lloredo, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, cit., p. 397.

de las concepciones jurídicas que a continuación se exponen obedece eminentemente a un criterio funcional, empatado, sobre todo, con la necesidad de estudiar y tratar de darle cabida al abogado dentro de este capítulo de la historia de la filosofía jurídica contemporánea.

En concreto, la elección de tres grandes corrientes antiformalistas (a su vez subdivididas en distintos autores y escuelas) responde a una lógica que no sólo pretende aprovechar las premisas teóricas que caracterizan a dichos movimientos, sino también debido a que dentro de éstos es posible encontrar distintas ideas que pueden servir de plataforma para pensar al abogado desde ópticas que permitan una mejor comprensión del mismo. Pues aunque los abogados nunca han sido propiamente materia de estudio de la filosofía jurídica, es precisamente bajo la visión antiformalista donde existe un campo de cultivo fértil para el análisis de estos operadores. Y es que, como se verá más adelante, de alguna u otra manera, éstos se encuentran presentes, aunque no visibles, en muchas de las ideas que componen y conforman tales movimientos. De ahí el título del presente capítulo.

También es pertinente advertir que la presentación de las corrientes antiformalistas que se realiza en las páginas subsecuentes no sigue estrictamente un orden cronológico, puesto que la historia de las ideas provoca que no en pocas ocasiones se trasplanten presupuestos teóricos y se retrotraigan los mismos hacia otros contextos y escenarios, de tal forma que el orden de la exposición, aunque manifieste una categorización general, pretende a la vez mostrar puntos conceptuales de partida para organizar y potencializar el estudio de la figura del abogado dentro de la teoría del derecho contemporánea.

1. *Institucionalismo jurídico*

Antes que hablar de teoría institucional del derecho en singular, resulta más sensato aludir al plural, pues la imposibilidad por unificar dichos postulados (como por lo general pasa con cualquier movimiento antiformalista) se enfrenta no sólo a una variedad de autores, sino también a un sinnúmero de contextos que detonan, esparcen y distinguen particularidades concretas en cada formulación. Ahora bien, que sea mejor hablar de teorías institucionalistas para nada impide que éstas puedan agruparse mediante un rótulo unitario ni que dejen de compartir, más o menos, un núcleo común, o como mínimo un cierto aire de familia, que en este caso resulta, claramente, presentar una visión alternativa del derecho más allá de la idea del mandato, desvinculándose del normativismo positivista. En otras palabras, se podría

decir que los postulados institucionalistas son un conjunto de teorías que buscan trascender “la concepción del derecho como mera agrupación de normas”.²⁴⁷

Efectivamente, una de las principales premisas de los institucionalistas parte del rechazo al monopolio del Estado respecto de la producción normativa y, sobre todo, a partir de consideraciones sociales que buscan entroncar el derecho con un determinado tipo de organización (la institución),²⁴⁸ que, dotada de sentido semántico (y quizá también ontológico) se encarga de desplegar este fenómeno de producción normativa a-estatal. Sin embargo, dentro de las diferentes teorías jurídicas que coinciden con las ideas recién descritas, bien vale la pena diferenciar²⁴⁹ dos rubros filtrables y distinguibles: el institucionalismo clásico y el neoinstitucionalismo.²⁵⁰ El primero, el antiguo, desarrollado preponderantemente en la obra de Santi Romano en Italia, Maurice Hauriou en Francia y Carl Schmitt en Alemania, y el segundo, el nuevo, revitalizado durante la penúltima década del siglo pasado por Ota Weinberger y Neil MacCormick, aunque bien vale la pena resaltar que este, más allá de su coincidencia semántica, podría enmarcarse bajo los esquemas teóricos del postpositivismo.²⁵¹

²⁴⁷ Calvo González, José, “Francisco Javier Ansuátegui Roig, El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, vol. XIII, 1996, p. 392.

²⁴⁸ Es importante llamar la atención sobre las diferentes y dispares connotaciones con las que cada autor utiliza este término dentro de sus teorías, así como también advertir sobre su carácter muchas veces oscuro y otras tantas inacabado.

²⁴⁹ MacCormick, Neil, “Concluding for Institutionalism”, en Walker, Neil (ed.), *MacCormick’s Scotland*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012, p. 187.

²⁵⁰ Para un análisis contrapuesto del viejo institucionalismo y el nuevo, véase La Torre, Massimo, *Law as Institution*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2010, pp. 109-115.

²⁵¹ Tuvieron que pasar varias décadas y profundas transformaciones en nuestro entorno para que las teorías institucionalistas fueran revitalizadas dentro del canon de la filosofía del derecho contemporánea. Aunque por lo general desfavorecidas por la preponderancia que otras concepciones del derecho ocupan en múltiples contextos, corresponde, en gran medida, al jurista escocés Neil MacCormick el mérito de haber sabido renovar una visión a caballo entre un exacerbado positivismo y ciertos componentes valorativos, provocando así un normativismo moderado que pudiera llamar la atención respecto al carácter altamente institucionalizado del razonamiento jurídico, como un caso especial de la razón práctica. Véase Bengoetxea, Joxerramon, “Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 26, 2010, p. 272. Para un estudio crítico sobre los cambios que sufrió la concepción jurídica positivista dentro de la trayectoria teórica de MacCormick, véase Villa, Vittorio, “Neil MacCormick’s Legal Positivism”, en Mar, Maksymilian del, y Bankowski, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Londres, Routledge, 2016, pp. 45-64.

Ahora bien, como se ha advertido, el objetivo del presente análisis iusfilosófico no radica en explicar y desentrañar cada una de las teorías jurídicas elegidas para estudiar el lugar del abogado dentro de las mismas. Dicha empresa, además de rebasar los límites de este trabajo, resulta por el momento un tanto redundante debido a la existencia de monografías que abordan dichas concepciones jurídico-filosóficas en específico de forma tan exhaustiva como diligente. Lo pretendido ahora es realizar un barrido respecto de algunas de las teorías del derecho antes referidas cuyos principales postulados pueden dar paso a plantear preguntas sobre el rol del abogado. Modestamente se aspira a teorizar sobre los motivos de la invisibilidad de este operador, o bien a estudiar y reelaborar algún aspecto en concreto que pueda llamar la atención sobre las relevantes conexiones entre abogados y la filosofía del derecho.

En ese sentido, a continuación, se ahonda en la teoría de Santi Romano. En principio, esto obedece a que las ideas de este jurista son las que encuentran notables condiciones afines para intentar pensar y desentrañar a la abogacía dentro de esta concepción iusfilosófica, pues a través de sus postulados, el rol de estos actores cobra especial relevancia, ya que al momento en que despliegan sus labores, por medio de sus discursos, reconstruyen una intrincada red de conceptos y técnicas interrelacionadas que supone un complejo ejercicio no sólo de naturaleza teórica, sino también práctica. Bien vale la pena repensar las oportunidades que puede tener una teoría cuyo centro sean los operadores jurídicos, o donde, por lo menos, éstos sean tomados en consideración con sus propias particularidades.

El gremio de los abogados en el institucionalismo de Santi Romano

A pesar de que los institucionalismos clásicos, de alguna u otra manera, aspiran a dejar atrás el entendimiento del derecho como un orden estrictamente normativo y sometido de forma exclusiva a la voluntad del Estado, estos resultan un caso bastante excéntrico dentro de las corrientes antiformalistas, pues lo hacen desde enfoques más bien renuentes a las transformaciones progresistas: “En Hauriou como consecuencia del tradicionalismo católico en el que se desenvolvía su pensamiento —el tradicionalismo siempre se ha llevado bien con teorías historicistas y socializantes— y en Romano y Schmitt como fruto del socialismo corporativista preconizado por los fascismos alemán e italiano”,²⁵² las tres principales teorías, de forma

²⁵² Lloredo, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos sociales y culturales”, *cit.*, p. 908.

coincidente, aprovechan el nexo entre derecho y sociedad sobre el que basan sus premisas para la consecución de fines políticos conservadores.

No obstante, habrá que matizar el caso de Romano, cuya apesadumbrada biografía revela una compleja personalidad, que, a pesar de encontrarse anclada en el conservadurismo político, y, por ende, permisivo con el régimen mussoliniano,²⁵³ pretendió atacar por medio de sus teorías uno de los pilares fundamentales del Estado en relación con el mantenimiento del *statu quo*.

El mero hecho de plantear la existencia de órdenes independientes al ordenamiento estatal, que aunque no del todo desprendidos del mismo (pero, en definitiva, manteniéndose ajenos a una concepción tradicional del sistema jurídico), fue considerada como una verdadera afrenta en dicho contexto.²⁵⁴ De ahí, tal vez, se puede llegar a explicar una de las razones por las que el institucionalismo de Santi Romano no tuvo la resonancia suficiente para conectar y difundir sus ideas con lo acontecido en aquel determinado momento histórico. Esto sólo sucedería algunas décadas más tarde, cuando se hicieron evidentes las visionarias posturas del italiano sobre la crisis del Estado moderno y surgieron un sinnúmero de nuevas fuerzas sociales cuyos intereses chocaron de manera frontal con la idea tradicional del ordenamiento jurídico.

A partir de su obra *L'ordinamento giuridico*,²⁵⁵ Santi Romano pone en marcha una teoría jurídica fundada sobre la diversidad de las organizaciones sociales. Dividiendo su obra en dos partes, la primera dedicada al concepto de orden legal y la segunda a la multiplicidad de estos órdenes y sus correspondientes relaciones,

el institucionalismo romaniano se presenta así como una doctrina de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y de la apertura de éstos a la sociedad y a sus movimientos. Lo cual se hace sin embargo sacrificando en cierta manera el concepto de norma, al que se contrapone un tanto tajantemente el de institución.²⁵⁶

²⁵³ Santi Romano nunca ejerció como abogado. De hecho, estuvo dedicado casi por completo a la vida académica, a excepción de los años que, compatibilizando sus cátedras en la Universidad, fungió como parte del Tribunal Superior Administrativo italiano (*Consiglio di Stato*), por invitación directa de Mussolini y siendo la primera vez en la historia de dicha institución que alguien sin experiencia como funcionario judicial ocupaba el cargo en cuestión.

²⁵⁴ Sandulli, Aldo, "Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity", *Italian Journal of Public Law*, vol. 1, 2009, p. 25.

²⁵⁵ Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico* [1917], trad. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

²⁵⁶ La Torre, Massimo, "Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)", trad. de Fco. Javier Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 14, 2006, p. 109.

Para Romano, las normas y las instituciones son dos esferas distintas, aunque no por eso imprescindibles las unas de las otras.²⁵⁷ En sus palabras,

el derecho no es o no es sólo la norma que así se establece, sino la entidad misma que tal norma fija. El proceso de objetivación que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia con la emanación de una regla, sino en un momento anterior; las normas no son sino una manifestación, una de sus distintas manifestaciones, un medio con el cual se hace valer el poder de aquel yo social.²⁵⁸

En resumidas cuentas, es posible afirmar que la suma de los elementos: sociedad, orden, y organización, dan como resultado el fenómeno de la institución, en el que radica la esencia del derecho.

Esta particular concepción iusfilosófica obedece, en gran medida, a que si bien Romano osciló entre la filosofía jurídica, el derecho público y el derecho constitucional, desde los primeros años de su formación sus intereses se focalizaron en el derecho administrativo.²⁵⁹ Esta materia en específico, que sólo de forma excepcional suele ser atendida e incluida en los análisis de los iusfilósofos (incluso en muchos casos siendo reducida a meros procedimientos), le proporcionó al italiano la visión predictiva y las herramientas conceptuales necesarias para construir una teoría jurídica que pudiera, en un primer momento, prescindir del monopolio de la producción normativa del Estado, para después dar cuenta de su descentralización en otras entidades organizacionales.

Antes que enfocarse en el carácter regulativo de las funciones derivadas de la puesta en marcha de las instituciones, la visión administrativista de Romano previó una relación tan equivalente como indisoluble entre instituciones y órdenes jurídicos, asentada en la existencia de normas establecidas para organizar y ordenar el funcionamiento de las instituciones. En ese sentido, cada institución conlleva absoluta y necesariamente un orden jurídico

²⁵⁷ Como afirma La Torre, la propuesta de Romano “nunca rechaza la idea de regla como noción importante para la teoría del Derecho. Pero la institución para él, en alguna medida, es una alternativa a la noción de regla en el sentido de «cerrarle el paso» a la regla”. Mora Sifuentes, Francisco, “El derecho y sus conceptos: Entrevista a Massimo La Torre”, *cit.*, p. 125.

²⁵⁸ Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico* [1917], *cit.*, p. 104.

²⁵⁹ En ese sentido, entre distintos juristas del institucionalismo clásico es pertinente advertir una peculiar coincidencia identificada tanto con su formación administrativista como con sus actuaciones dentro del derecho público. Y es que, precisamente, estas notas distintivas constituyeron la base que ayudó a estas teorías para entender el derecho no como un fruto de las personas individuales sino más bien como un fenómeno que responde a diversas identidades socialmente relevantes, como la administración. No por nada la conocida frase de Otto Mayer que afirma: “el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”.

y, de forma paralela, cada orden jurídico una institución; “el derecho no es sólo la norma que se impone, sino la entidad misma que la impone”.²⁶⁰

Así, el derecho, entendido como institución, constituye un ente donde “la ley nunca es el comienzo del derecho: es, por el contrario, un añadido al derecho preexistente o una modificación de aquel”.²⁶¹ Ahora bien, esto no sólo da lugar al declive de la conexión necesaria entre normas (regulativas) y Estado (regulador) —que ataca de lleno el carácter unitario de las fuentes del derecho adjudicadas al poder estatal—, sino que además disipa el monopolio del legislador como creador suficiente de la producción normativa y prescinde de la preponderancia respecto a la figura del juez; entendiendo el funcionamiento coordinado de las instituciones públicas (como las cortes y los tribunales, las legislaturas y los gobiernos, los órganos administrativos, o las fuerzas policiales) a partir de un tipo de organización cuyas acciones (jurisdiccionales, legislativas, administrativas, impositivas) dotan de unidad y coherencia al sistema, en este caso el Estado, al que pertenecen. Las mismas sólo pueden explicarse cuando se conoce la finalidad para la que se supone que funcionan.

Dentro de una postura claramente antivoluntarista, el institucionalismo romaniano se alinea con un método positivista tendiente al evolucionismo, es decir, que aun cuando concibe al derecho como un producto emanado de acciones intencionales de índole humana e histórica, eso no expresa que el significado del mismo escape a sus autores.²⁶² Bajo esa lógica, la figura de los abogados —el ejercicio la abogacía— puede encontrar cabida en esta concepción iusfilosófica al comprenderse como gremio, como asociación con amplias posibilidades de incidir en sociedad a través de prácticas colectivas con intereses comunes, pues “toda fuerza que efectivamente sea social y esté por tanto organizada, se transforma por ello mismo en derecho”.²⁶³

Es decir, el binomio derecho-sociedad cobra especial relevancia a partir de lo gremial, de esa conjunción de intereses generales que posibilita logros comunes institucionalizados. Un par de supuestos que sirven para ejemplificar lo dicho se encuentran tanto en los grandes despachos de abogados como en la abogacía sindical, ya que, de forma invariable, en ambos casos la personalidad individual del litigante es relegada frente a la línea ideológica

²⁶⁰ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, “Teoría de la institución”, *Persona y Derecho*, Navarra, vol. 12, 1985, p. 224.

²⁶¹ La Torre, Massimo, “Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, *cit.*, p. 105.

²⁶² Barberis, Mauro, “Santi Romano, Neoinstitutionalism and Legal Pluralism”, *The Digest. The Law Journal of the National Italian American Bar Association*, vol. 21, núm. 27, 2013, p. 29.

²⁶³ Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico* [1917], *cit.*, p. 132.

y de acción práctica del colectivo, para fungir como una verdadera institución que trascienda y permanezca en el tiempo por medio del fenómeno jurídico. De hecho, la concreción de estas acciones se ve, precisamente, reflejada en dos grandes ramas del derecho: mercantil y laboral, disciplinas que crecieron prácticamente en paralelo o contra el Estado; el primero, en el auge del capitalismo como un intento marcado por el privilegio de los comerciantes para tener una regulación especial, y el segundo, por su parte, como el fruto de las luchas sociales capitaneadas por partidos políticos de izquierda y por múltiples sindicatos que terminaron imponiendo un tipo diferenciado de relaciones sociales.

El derecho mercantil y el derecho laboral no son más que un par de especializaciones del derecho civil, pero que se emancipan como fruto de grandes instituciones sociales, por un lado los empresarios y por el otro los sindicatos, pero, en cualquier caso, guiados por una casta de abogados de mucha influencia local que se constituyen en un frente común por conseguir objetivos; en otras palabras, arropados por grandes instituciones que litigan.

Al final, se podría afirmar que grandes e importantes ramas del derecho han sido tejidas no por el hacer de jueces ni de legisladores omniscientes, sino, al contrario, por organizaciones sociales en las que existieron abogados que supieron traducir demandas sociales en términos jurídicos. No cabe duda que los abogados han tenido un papel central en la evolución del derecho.

Así, la teoría de Romano categoriza al Estado como una “especie” de institución dentro del “género” derecho, y por tanto distingue otras especies de instituciones, que pueden encontrarse bajo, afuera, e incluso enfrentadas contra el propio Estado. Para ilustrar este último tipo de fenómenos, a manera de ejemplo (no exento de polémica) Romano utiliza a una organización criminal como la mafia, que satisface los niveles de elaboración y efectividad requeridos en su categorización. Precisamente este aspecto es criticado por Bobbio al encontrar incongruente “admitir que el derecho presupone la sociedad, o que es producto de la vida social, pero [que] no se puede admitir que toda sociedad sea jurídica”;²⁶⁴ es decir, si bien es cierto que el derecho es organización, no todo lo que organiza también puede ser derecho. Sin embargo, es posible sortear esta crítica bajo el entendido de que

el Estado siempre es una institución diversa de las otras, irreductible a ellas, superior, ya que en un cierto sentido es la institución, la que hace posible la existencia de todas las otras instituciones...., no se considera al Estado como

²⁶⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1987, p. 8.

el ordenamiento exclusivo, puesto que considera que más allá de él existe una tendencia en la sociedad a generar nuevos ordenamientos que permanecen fuera del ámbito estatal.²⁶⁵

En ese orden de ideas, es pertinente advertir que Romano en ningún momento niega la naturaleza jurídica de todas las instituciones existentes, sino que, sencillamente, trata de distinguir el momento en que unas instituciones se relacionan con el Estado, para conocer sus implicaciones jurídicas frente a la institución referida. Y es que “las instituciones que entran en la esfera de competencia del Estado se encuentran condicionadas al reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para sus efectos jurídicos”,²⁶⁶ manifestando que esta institución se impone sobre cualquier otra, que el Estado es la institución de las instituciones.

Siguiendo estos postulados, y bajo una primera impresión, se podría afirmar que los abogados sí son una institución en términos romanianos, pues las condiciones impuestas por este tipo de teoría resultan bastante permisivas para considerar a cualquier cuerpo social medianamente organizado como tal. En efecto, como lo ha criticado Gregorio Robles, parecería que Romano “ve instituciones por todos lados”,²⁶⁷ y, por lo tanto, antes que distinguir instituciones en la realidad, es más difícil descubrir entes que no se identifiquen como tales. Ahora bien, al tener en cuenta que la finalidad de visibilizar la vastedad de organizaciones sociales existentes no se equi-para con cuestiones meramente instrumentales, o quizá centradas de forma exclusiva en un aspecto sociológico-descriptivo de la realidad sino, más bien, en develar la existencia de una pluralidad de ordenamiento jurídicos que aspire a ampliar la proyección parcial de una concepción del derecho obsesionada con el Estado, bien vale llamar la atención sobre un par de consideraciones respecto a las posibilidades institucionales de los abogados.

La primera, si se entiende a los abogados como un todo, es decir, como una colectividad distinguible, en definitiva, difícilmente podrían ser considerados como una institución, ya que a pesar de ser un grupo social que comparte prácticas y reglas sustentadas, carece de una organización propia, y, por tanto, de un orden que posibilite producir derecho. La inconmensurable cantidad y heterogeneidad de abogados impide cualquier aspiración por establecer un fin común dentro de los mismos. Y aunque los abogados com-

²⁶⁵ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, “Teoría de la institución”, *cit.*, p. 233.

²⁶⁶ Garzón López, Pedro, “Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Madrid, núm. 16, julio de 2012, p. 231.

²⁶⁷ Robles, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007, p. 23.

parten determinados rituales, códigos y formas (en otras palabras, una cierta identidad como profesionistas), eso no necesariamente implica una faceta orgánica que genere un grupo social ordenado. Ahora bien, si dentro de dicha gran colectividad de abogados existe un cuerpo social con estructura propia, cuyos elementos están animados y reunidos por una organización, como medio para realizar el orden, entonces se desarrolla el tránsito de la fase inorgánica a la orgánica, es decir, el proceso de su institucionalización.

De ahí la segunda consideración a la propuesta de Romano: si un colectivo determinado de abogados se reúne, independientemente de si por mandato del Estado (el caso específico sería la obligatoriedad de agremiarse a algún colegio o barra para estar en posibilidades de ejercer la profesión) o de forma voluntaria²⁶⁸ (asociaciones de profesionistas, o colectivos de abogados afines a ciertas ideologías o determinadas causas), rigiéndose por normas emanadas de su organización, las cuales ordenan a la misma, se está en posibilidades de institucionalizar dicho grupo social. Entonces, la generación y puesta en marcha de una especie de “organización especial”, que conforma una unidad profesional (gremial, colegial, corporativa) sería, bajo la teoría romaniana, una institución.

Más allá de la categorización que tendrían las implicaciones de considerar a un determinado colectivo de abogados como una institución dentro de los postulados propuestos por Romano, bien vale traer a consideración sus consecuencias funcionales. Porque al momento en que la existencia de la institución conlleva su propia producción normativa, existe un riesgo latente de que las normas emanadas de aquélla entren en contradicción con las de algunas otras instituciones, o incluso que compitan o coopten a la legislación pública y territorial de los derechos estatales.²⁶⁹ Tal es el caso de la denominada *lex mercatoria*,²⁷⁰ que surge a partir de la relevancia social de ciertos colectivos descentralizados enfocados en la producción de normas independientes del Estado.

A simple vista, estos fenómenos podrían explicarse como meros procesos lógicos y consecuentes con el devenir de la modernidad, forjados en

²⁶⁸ Para que una institución originada de forma voluntaria encuentre personificación resulta necesario el reconocimiento por parte del Estado, su autonomía resulta relativa al momento en que aspira a ser partícipe, como sujeto de derechos con personalidad jurídica, de la realidad jurídica de la institución estatal. Esto, sin embargo, no altera su existencia en la realidad sociológica, en la cual existe de hecho y desde antes del reconocimiento estatal.

²⁶⁹ Fariñas, María José, “Desregulación versus re-regulación: las aporías del Estado de derecho”, *Memoria del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, Universidad de Alicante-Departamento de Filosofía del Derecho, 2016, p. 8.

²⁷⁰ Teubner, Gunther, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en Teubner, Gunther (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Brookfield, 1997, pp. 3-28.

colaboración con el Estado para articular coherentemente la amplia pluralidad normativa que irradia el nuevo orden global. Sin embargo, al momento en que el marco propuesto por las teorías institucionalistas del derecho “ha venido a desmentir el positivismo, que culminó en la aberración de identificar Derecho y Estado”,²⁷¹ la aparición de entidades fuertes y hegemónicas²⁷² que degradan la soberanía estatal, se descubre como

una situación de excepcionalidad constitucional en la que se legitima de facto la existencia de sistemas jurídicos y socioeconómicos paralelos a los sistemas jurídicos públicos estatales. Hasta el punto de que éstos imponen la modificación de las legislaciones internas de los Estados e, incluso la (des)constitucionalización de derechos constitucionales conseguidos a través de muchas luchas sociales.²⁷³

El caso de la *lex mercatoria* resulta particularmente significativo porque, al tiempo que reitera el estrecho vínculo de carácter histórico entre mercado y derecho moderno, despliega un modelo jurídico flexible, no rígido, que anhela la certeza y previsibilidad jurídica, pero mira con profunda desconfianza a la soberanía estatal y su correspondiente obediencia normativa.²⁷⁴ En ese sentido, el rol de los abogados contemplados como institución cobra especial relevancia al ser unos de los principales entes sociales encargados de acomodar y compatibilizar las pretensiones normativas de las diferentes instituciones existentes.

Al momento en que “la *lex mercatoria* se origina en la repetición rutinaria de fórmulas diseñadas por los abogados de las compañías transnacionales”,²⁷⁵ se viabiliza a estos operadores jurídicos para que realicen sus labores, pero no bajo un tradicional esquema vertical y jerárquico, sino más bien de forma transversal y reticular, favoreciendo los intercambios interindividuales

²⁷¹ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, “Teoría de la institución”, *cit.*, p. 240.

²⁷² Funciones públicas que tradicionalmente corresponden al Estado cedidas a corporaciones transnacionales privadas o articuladas bajo esquemas semipúblicos; o fenómenos organizacionales que entrelazan las relaciones asimétricas entre empresas, agencias gubernamentales, grandes despachos de abogados, bancos, institutos de crédito, etcétera. Véase Catania, Alfonso, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008, p. 79.

²⁷³ Fariñas, María José, “Desregulación versus re-regulación: las aporías del Estado de Derecho”, *cit.*, p. 8.

²⁷⁴ Catania, Alfonso, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, *cit.*, p. 84.

²⁷⁵ Calvo, Manuel y Oliver-Lalana, Daniel, “Por qué no cabe el pluralismo jurídico en la teoría del derecho estándar”, *Memoria del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, Universidad de Alicante-Departamento de Filosofía del Derecho, 2016, p. 8.

e interorganizacionales.²⁷⁶ Por tanto, bajo estos estándares el ejercicio de la abogacía sería contemplado como un elemento importante para la consolidación de este modelo de Estado, por lo que resulta fundamental destacar la idea que engloba el carácter público de la profesión, pues si bien es cierto que existen organismos encargados de garantizar el derecho a la defensa, y de proporcionar un abogado en caso de que no se tengan los recursos materiales para acceder al mismo, también lo es que, al día de hoy, el componente privado de la abogacía prima no sólo sobre los aspectos públicos, sino, y sobre todo, también diluye su componente social.

Así, el desarrollo de estas ideas devela dos diferentes formas de entender a los abogados en la teoría de Romano. La primera —como se ha explicado—, en el sentido de gremio en sí, como una institución particular que forja su propio conjunto de reglas para ser una más dentro de un amplio mosaico plural de instituciones (a cuyos ejemplos pueden referirse el colectivo de abogados laboristas, de abogados mercantilistas, cualquier colegio de abogados de alguna ciudad, una determinada firma jurídica, entre otros). La segunda, entendiendo a la abogacía como correa de transmisión de gremios, como un conjunto de operadores que por su naturaleza procesal son los únicos capacitados para generar deliberación entre todas las partes que van fraguando el derecho (jueces, fiscales, particulares, empresas, el Estado, etcétera).

Cabe mencionar que ambas visiones resultan compatibles, pues el gremio de los abogados al tiempo que mantiene sus características específicas también se encarga de empapar e influir a todas las demás instituciones, siendo capaz de entablar un diálogo colectivo. No hay que olvidar que derecho y abogados son productos concomitantes,²⁷⁷ y, como tales, estos operadores fungen como pieza indispensable en el funcionamiento de la realidad social por medio de la realidad jurídica.

La abogacía, como una institución especial, actúa como el aceite del sistema, lubricando el mismo y desterrando la idea kelseniana que equipara al derecho con el Estado. De tal forma que, bajo una interpretación romaniana, la abogacía es más importante para la evolución histórica del derecho y para su propio concepto que otros operadores jurídicos, pues éste no sería

²⁷⁶ Quizá pueda existir una preocupación latente porque, bajo esta concepción institucional del derecho, ahora lo que subsume al individuo es el grupo social, invisibilizando la persona en su individualidad frente a las incesantes disputas de poderes y transformaciones que se presenten. Dependerá entonces de la institución fungir a manera de organismo intermediario, aspirando a establecer un cierto equilibrio que posibilite eludir las fracturas sociales que un continuo enfrentamiento entre Estado y sociedad provocaría.

²⁷⁷ Kaplan, Marcos, “El abogado y la sociedad”, *cit.*, p. 105.

otra cosa sino aquello que los abogados han sido capaces de hacernos creer que es derecho.

En términos generales, se puede afirmar que, dentro de los parámetros de la teoría institucionalista de Santi Romano, la abogacía no es una institución por sí misma, es decir, que los abogados no constituyen por el solo hecho de ser un gremio profesional, una institución. No obstante, si un grupo específico dentro de esa vasta colectividad que ejerce la abogacía conforma una organización ordenada, en ese supuesto sí se puede llegar a hablar de la abogacía como institución. Y es justo ahí cuando estos operadores, en su faceta de agentes coadyuvantes del sistema, pueden capitalizar sus acciones para generar condiciones dialógicas entre múltiples instituciones heterogéneas y viabilizar las relaciones subyacentes a cualquier sociedad.

En momentos en que el ejercicio de la abogacía ha dejado de ser una profesión para convertirse en un negocio, repensar los esquemas conceptuales del institucionalismo romaniano puede proporcionar coherencia y armonía al orden institucional del Estado, y, a su vez, fomentar que los abogados ejerzan sus funciones en aras de promover la institucionalidad y la efectividad del sistema jurídico-político desde un enfoque social e integral, pues, como afirma Mauricio García Villegas, “con demasiada frecuencia el derecho es usado para defender intereses particulares e incluso para debilitar al Estado”.²⁷⁸ Al considerar la dimensión institucional del fenómeno jurídico, resulta importante destacar que la teoría institucional de Santi Romano confía en el ejercicio jurisdiccional como garantía de la seguridad jurídica en el Estado de derecho, ya que los operadores jurídicos desempeñan la importante función de adecuar sus decisiones judiciales a consecuencias socialmente deseables.²⁷⁹

2. *El realismo jurídico estadounidense*

Aunque el realismo norteamericano no puede considerarse una escuela de pensamiento jurídico como tal, “tanto por la heterogeneidad de sus intereses y tendencias de sus integrantes, como por el hecho de que no pretendieron construir propiamente una teoría del Derecho”,²⁸⁰ es posible afirmar,

²⁷⁸ García Villegas, Mauricio, “Los abogados”, *El Espectador*, 1o. de julio de 2016.

²⁷⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y teoría del derecho*, cit., pp. 25 y 26.

²⁸⁰ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., p. 281. Y es que no hay que olvidar que “los realistas no eran filósofos, mucho menos filósofos analíticos, y mucho menos estudiantes de G. E. Moore, Russell y Wittgenstein, mucho menos colegas de J. L. Austin. La idea de que

en línea con David Luban, que este antiformalismo jurídico ha sido la concepción dominante en Estados Unidos durante el siglo XX (y no solamente en ese país). En efecto, esta visión se encuentra tan impregnada de la cultura diaria de la práctica de los abogados, que un decano de una afamada escuela de derecho la describió como “la religión ordinaria de los salones de clase en las escuelas de derecho”.²⁸¹

El auge generado por el realismo jurídico norteamericano, en gran medida, provocó una marcada tendencia por abordar el estudio del derecho (al día de hoy aún vigente), desde la trinchera del sistema de impartición de justicia. Focalizándose en la figura del juez, los realistas “prestaron una atención mucho mayor hacia la concreta y efectiva administración de justicia que hacia los materiales jurídicos que guían la acción judicial, pensando descubrir ahí los factores determinantes de lo jurídico. Derecho sería exclusivamente, por tanto, lo que de hecho deciden los tribunales, o, generalizando, todo control oficial que tenga lugar en una organización política”,²⁸² encontrando así, en la actividad de este operador, una percepción antitradicional y revolucionaria del fenómeno jurídico que comprendiera al mismo más allá de las reglas emanadas por el legislador.

Así entonces, el derecho vendría a ser entendido como una regularidad en la futura conducta de los tribunales, por lo que cobraba crucial relevancia el análisis de hechos sociales, es decir, destacándose el vínculo entre el fenómeno jurídico y las realidades constatables de forma empírica. “El Derecho así no sería equivalente a las normas, sino a las decisiones judiciales. El Derecho no es el Derecho en los libros, sino el derecho en la acción”. Según este punto de vista, la práctica jurídica gira en torno a la figura del juez, y, en cierto sentido, no resulta una experiencia intrínsecamente jerárquica, ya que el poder judicial se ve aquí como una estructura social difusa y de algún modo informal.²⁸³

Ahora bien, esta última afirmación sobre el realismo jurídico norteamericano no viene a significar que los jueces, de entrada, sean propensos a estimular una dinámica transversal que prescinda por completo del elemento

lo requiere explicación sobre el Derecho es el «concepto» de Derecho como se manifiesta en el lenguaje ordinario les hubiera parecido absurda”. Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 267.

²⁸¹ Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, *cit.*, p. 19.

²⁸² García Ruiz, Leopoldo, “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *Persona y Derecho*, Navarra, núm. 36, 1997, p. 63.

²⁸³ La Torre, Massimo, “The Hierarchical Model and H. L. A. Hart’s Concept of Law”, *cit.*, p. 144.

autoritario para dar cauce a un entendimiento dialógico del derecho. Más bien al contrario, pues si algo puso de manifiesto esta concepción del derecho es precisamente que muchas de las personas que realizan actividades jurisdiccionales evitan comprometerse con su realidad social, perpetuando arcaicos modelos de impartición de justicia y evadiendo ser consecuentes con el sistema y con su rol dentro del mismo.

En ese sentido, el enfoque utilizado por los realistas norteamericanos es de índole funcional, ya que trataban de entender los propósitos que el derecho persigue y tendían a desplegar una perspectiva sociológica sobre sus accionantes. De ahí, precisamente, que si bien los jueces (por su preponderancia dentro de los procesos decisivos y de aplicación del derecho) sean el objetivo medular de estudio para la mayoría de los realistas, los principales destinatarios y beneficiarios de sus ideas parecerían ser los abogados, porque el análisis del aparato jurisdiccional conlleva de forma indefectible el componente predictivo de su trabajo, factor que puede ser aprovechado estratégicamente desde el ejercicio práctico de la profesión, con el fin de predecir las consecuencias jurídicas reales de las conductas involucradas, y así actuar en consecuencia.

De hecho,

no es exagerado decir que alguna versión del realismo es creída y profesada por cada abogado practicante. Porque el realismo, en un sentido, no es otra cosa más que un informe de los hechos brutos emanados de la experiencia de cada abogado —es la filosofía jurídica de los abogados—. Porque los abogados no se ocupan de las relaciones inferenciales abstractas entre proposiciones que enuncian los libros, ellos tratan con jueces, funcionarios, oficiales de policía, secretarios de tribunales, registradores, asistentes administrativos.

En la vida laboral de los abogados, todos los conceptos y proposiciones jurídicas son automáticamente operacionalizadas; y el realismo jurídico no es más que una filosofía que insiste en la operacionalización de los conceptos y proposiciones jurídicas.²⁸⁴

En definitiva, el vínculo entre derecho y realidad social como instancia fundamental para el resurgimiento del enfoque empírico dentro de las ciencias sociales resulta clave para que este movimiento antiformalista pueda dar cuenta de cómo funciona el derecho a partir de los operadores involucrados en sus dinámicas, en clara contraposición con la tradicional comprensión de una ciencia jurídica caracterizada como fenómeno estático y alejado de cualquier tipo de funcionabilidad operativa.

²⁸⁴ Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, cit., p. 19.

A continuación se realizará un repaso por distintos autores y postuladores enmarcados dentro del realismo jurídico norteamericano, tratando de ver si es factible pensar en la figura del abogado desde dicha óptica. La elección de subdividir este análisis iusfilosófico en tres segmentos, partiendo, en un primer momento, de Oliver Wendell Holmes y, después, de Roscoe Pound, obedece a que dicho par de juristas pueden ser entendidos como los precursores o ideólogos del movimiento, aunado a que algunos de sus presupuestos teóricos sirven para reflexionar sobre el rol de los abogados. Posteriormente, y para finalizar el presente apartado, se ahondará en la fijación de este movimiento por los jueces y en cómo puede ser contrastado frente a los abogados, conjugando las ideas de distintos autores realistas, como Karl Llewellyn, Jerome Frank y Felix Cohen.

A. *El abogado activista y el “bad man” de Oliver Wendell Holmes*

Tratar de abarcar la figura de Oliver Wendell Holmes Jr. resulta una empresa tan abrumadora como sorprendente y enriquecedora. Al realizar una simple aproximación a su vida se descubre a este personaje como un jurista fuera de serie, cuya magnitud en el ámbito anglosajón rebasa con creces la de cualquier otro. Heredero del pragmatismo de finales del siglo XIX y principios del XX, su pensamiento se empeñó en evadir consideraciones metafísicas en búsqueda de una comprensión que fuera de utilidad práctica para el entorno y, por ende, reclamó una actitud empirista, y propuso un examen crítico de las condiciones sociales y políticas dentro de las cuales se desarrolla el derecho.

Criado en Massachusetts, en el seno de una prominente familia de tintes intelectuales y progresistas, antes de graduarse de la Escuela de Derecho de Harvard, Wendel Holmes fungió tres años como soldado combatiente durante la guerra civil norteamericana. Al finalizar dicha etapa, “ejerció la abogacía durante catorce años”²⁸⁵ en un pequeño despacho jurídico enfocado en derecho comercial, al tiempo que también fungía como editor de la *American Law Review*. Su destacada vocación intelectual, así como su incesante y pertinente producción bibliográfica,²⁸⁶ le llevaron a ser nombrado

²⁸⁵ Campos Flores, E. Patricia y Sepúlveda Hales, Bárbara, *El realismo jurídico norteamericano: Escuela de Derecho*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, p. 30.

²⁸⁶ Fue durante esta época en la que publicó *The Common Law*, una de sus obras más destacadas, en la que, combinando su visión como jurista práctico, esboza su visión sobre el derecho, a la vez que critica el modelo predominante de educación jurídica en Norteamérica, liderado y difundido, en gran medida, por Christopher Columbus Langdell (decano de la

profesor de su *alma mater* y meses después designado como miembro de la Supreme Judicial Court de Massachusetts, donde trabajó cerca de veinte años, hasta que fue encumbrado por el presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, a The Supreme Court of the United States, ejerciendo labores jurisdiccionales durante tres décadas en el máximo tribunal de su país.²⁸⁷

Como se podrá observar, la sucinta biografía profesional de O. W. Holmes lo proyecta como un todo-terreno en el campo jurídico-político, un adelantado a su tiempo que supo desplegar de forma consecuente la teoría y la práctica en el derecho; bien menciona Atienza que, frente al peso de la tradición, Holmes “hizo hincapié en los elementos empíricos y pragmáticos del Derecho: el equivalente de la frase de Ihering de que «el Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza» lo encontramos en esta otra del norteamericano: «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (experiencia judicial)”.²⁸⁸ De ahí que algunos afirmen que “quizás haya sido el mejor jurista que Estados Unidos de América ha producido”,²⁸⁹ o incluso que “Holmes es para todos los estudiantes de derecho y, en general, para todos los estudiantes de la sociedad humana el filósofo y observador, el más grande de nuestra era en el dominio de la jurisprudencia, y quizá uno de los más grandes en toda la historia”.²⁹⁰

Aunque el “Realismo Jurídico estadounidense reclamó a Oliver Wendell Holmes Jr. como su ancestro intelectual”,²⁹¹ lo cierto es que este jurista “por encima de cualquier otro, ha direccionado el camino de la teoría del derecho contemporánea”.²⁹² En ese sentido, resulta paradójico que no haya sido una monografía jurídica o propiamente un ensayo científico sobre filosofía del derecho el texto sobre el que se erigen y desarrollan los principales

Universidad de Harvard). Véase Holmes, Oliver W., *The Common Law*, Boston, Brown and Company, 1881.

²⁸⁷ Durante su periodo como magistrado de la Suprema Corte estadounidense, es sabido que al juez Holmes se le conoció como “el Gran Disidente”. Esto, antes que por una cuestión meramente cuantitativa, obedece a que las razones esgrimidas en sus votos particulares resultaban pertinentes más allá del ámbito jurisdiccional.

²⁸⁸ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., p. 280.

²⁸⁹ Jiménez, Marco, “Finding the Good in Holmes’s Bad Man”, *Fordham Law Review*, vol. 79, Issue 5, 2011, p. 2073.

²⁹⁰ Cardozo, Benjamin N., “Mr. Justice Holmes”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 5, 1931, pp. 677 y ss.

²⁹¹ Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, cit., pp. 241-276.

²⁹² Frankfurter, Frank, “The Early Writings of O. W. Holmes Jr.”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 5, 1931, pp. 717-723.

postulados holmesianos. *The Path of the Law*,²⁹³ o *La senda del derecho*²⁹⁴ por su traducción al castellano, es un discurso²⁹⁵ pronunciado en ocasión de la inauguración de un salón en la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston.²⁹⁶

Ahora bien, la naturaleza de índole divulgativa del texto de Holmes para nada viene a significar que el mismo implique de antemano un ánimo aliviado, o que sus ideas, al gozar de la efímera fama que sostienen los discursos festivos, no cuenten con la rigurosidad y la reflexividad que suele caracterizar al trabajo científico. No por nada Richard Posner cree que *The Path of the Law* es “el mejor artículo sobre derecho que jamás se haya escrito”,²⁹⁷ o que William Twining exalte a este texto como una obra

cuyas cualidades perduran en cualquier época, ya que: tiene la capacidad de sobrevivir a duras, y a veces válidas y sagaces, críticas; invita a una reinterpretación en la medida en que las circunstancias cambian; sigue proporcionando una respuesta acorde entre abogados y estudiantes de derecho que lo leen; y contiene frases memorables que han alcanzado la peligrosa y memorable distinción de clichés.²⁹⁸

Más allá de su importancia instructiva, la preeminencia de *La senda del derecho* radica en sus aspiraciones por saber condensar un selecto entramado de consejos prácticos y postulados teóricos en los que el discurso jurídico, tanto el normativo como el científico, se plasma como un discurso descriptivo sobre hechos acaecidos y previstos.²⁹⁹ “Yo entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos”,³⁰⁰ menciona el autor para situar a los operadores jurídicos en un

²⁹³ Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], Auckland, The Floating Press, 2009.

²⁹⁴ Holmes, Oliver W., *La senda del derecho* [1897], Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

²⁹⁵ “*La Senda* ha sido publicado y republicado, así como citado, en tantas ocasiones que muchas veces olvidamos que su origen surge como un mero discurso”. Véase Luban, David, “The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes’s *The Path of the Law*”, *New York University Law Review*, vol. 72, 1997, p. 1548.

²⁹⁶ Twining, William, “Bad Man Revisited”, *Cornell Law Review*, vol. 58, Issue 2, 1973, p. 277.

²⁹⁷ Posner, Richard A., *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1992, p. X.

²⁹⁸ Twining, William, “Bad Man Revisited”, *cit.*, p. 277.

²⁹⁹ Morales Luna, Félix, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo*, *cit.*, p. 90.

³⁰⁰ Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], *cit.*, p. 3.

lugar fundamental dentro de la creación y aplicación del derecho. De hecho, Holmes inicia destacando que su discurso se dirige a los abogados que “concurren ante los jueces, o quienes asesoran a las personas para mantenerlas alejadas de los juzgados”.³⁰¹

La novedosa propuesta del juez Holmes plantea una manera empírica de entender al fenómeno jurídico, en la que al vincular al derecho con la realidad social se descubre la importancia de los juristas como actores cruciales en su eficaz funcionamiento. Así, bajo un óptica integral y revolucionaria, el derecho no sería otra cosa más que una posible regularidad respecto a la futura conducta de los tribunales, en donde los operadores jurídicos no tienen que hacer algún tipo de valoración moral. La idea prescriptiva que envuelve el derecho se transforma para ser concebida como una especie de concesión empírica de los legisladores y de las decisiones que se tomen en sede jurisdiccional, con independencia de que eso resulte justo o injusto.

Por ejemplo, en cuanto al concepto de deber jurídico: no es más que una predicción en el sentido de que si un hombre hace u omite ciertas cosas probablemente será sancionado (o desde el punto de vista del sujeto: es la necesidad para alguien de comportarse de tal forma que no será sancionado). Si esa conducta para evitar la sanción es justa o no, es algo que queda fuera del razonamiento jurídico.³⁰²

No cabe duda de que la incesante crítica a la confusión entre derecho y moral se encuentra a lo largo de todo el texto holmesiano. Sin embargo, también es cierto que los dos principales temas que sobresalen al hacer una lectura de *The Path of the Law* son: la teoría de la predicción del derecho y la tesis del *bad man* o del “hombre malo”. No es el momento oportuno para diseccionar a fondo la presente obra, y, por tanto, se dejará de lado el estudio de la teoría de la predicción, pues ésta será analizada cuando se aborde, propiamente, al realismo jurídico en autores como Llewellyn y Frank (aunque algunas veces de forma irremediable converjan los postulados que sustentan ambas teorías). La justificación de por qué centrarse en la tesis del *bad man* para estudiar a los abogados dentro del pensamiento iusfilosófico de este autor radica en que la misma habilita distintas posibilidades para sustentar un punto de vista instrumental, o estratégico, que aspira a conseguir

³⁰¹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰² Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, en Pérez Lledó, Juan Antonio y González Lagier, Daniel (coords.), *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX. De la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Alicante, Universidad de Alicante-Facultad de Derecho, 2015, p. 76.

algún tipo de fin práctico en el derecho, cosa que se empata con el ejercicio de la abogacía.

El postulado medular sobre el que se erige la teoría de Holmes del *bad man* menciona que:

Si pretendes conocer el derecho, y nada más, debes mirarlo con los ojos del hombre malo, a quien solo le preocupan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como un hombre bueno que encuentra las razones de su conducta tanto dentro del derecho como fuera de él, en las sanciones más difusas de la conciencia.³⁰³

Es decir, al desplegar una perspectiva instrumentalista del fenómeno jurídico, la visión de quien obedece el derecho se centra exclusivamente en evitar ser sancionado o en lograr la consecución de sus propios fines (no por razones morales, sino prudentiales, estratégicas).³⁰⁴

No obstante, dicha caracterización del “hombre malo” ha generado una gran confusión respecto a qué operador jurídico en concreto se tiene en mente para personificar y dar sustento fáctico a tales ideas. Desde el mismo Holmes,³⁰⁵ o una persona artificial (un mero constructo teórico utilizado para esclarecer postulados intelectuales),³⁰⁶ la figura del juzgador,³⁰⁷ pasando por el cliente que enfrenta a un abogado,³⁰⁸ hasta llegar al individuo racional y calculador propio del sistema económico contemporáneo,³⁰⁹ o incluso un *outsider* del sistema legal (por ejemplo, una feminista en sociedades patriarcales)...³¹⁰ la teoría del *bad man* ha provocado, de alguna u otra manera, que cualquier operador jurídico (independientemente de sus características propias) aspire a representar a este dispositivo ideado por O. W. Holmes, provocándose una especie de desnaturalización, o ejecutándose un proceso de uniformidad respecto a sus labores específicas. Esto, aunado a que también parecería que dicha teoría, no en pocas ocasiones,³¹¹ ha encon-

³⁰³ Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], *cit.*, p. 7.

³⁰⁴ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 74.

³⁰⁵ Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], *cit.*, p. 9.

³⁰⁶ Twining, William, “Bad Man Revisited”, *cit.*, p. 281.

³⁰⁷ Laporta, Francisco, “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, Madrid, núm. 6, 2002, pp. 133 y ss.

³⁰⁸ D’amato, Anthony, “The Limits of Legal Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978.

³⁰⁹ Luban, David, “The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes’s The Path of the Law”, *cit.*, p. 1562.

³¹⁰ Wells, Catherine, “Address at the University of Iowa Conference”, *The Path of the Law in the 20th Century*, University of Iowa, 1997.

³¹¹ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 74.

trado en la figura del abogado al operador jurídico por antonomasia debido al carácter estratégico que implica el ejercicio de la profesión forense, o a las consideraciones deontológicas que se pueden extraer de la propuesta en cuestión.³¹²

Sin embargo, dicha disparidad de opiniones respecto a quién es el *bad man* encuentra explicación en que, si bien es cierto que no se puede afirmar que sea una teoría sistemáticamente refinada,³¹³ también lo es que la proposición que encierran las ideas holmesianas manifiesta un claro quiebre respecto a la visión tradicional del fenómeno jurídico como un sistema normativo. De hecho, Holmes sugiere comprender al derecho como un modelo de procesos jurídicos, como un sistema de roles, en el que “si adoptamos la perspectiva de nuestro amigo el hombre malo, descubriremos que antes que los axiomas o las deducciones, lo que realmente importa es saber qué es lo que probablemente harán los tribunales”.³¹⁴

En ese sentido, y siguiendo la interpretación de Twining,³¹⁵ la variedad de puntos de vista o ángulos desde los que se puede situar una persona para entender el fenómeno jurídico comprenden cuatro distintas dimensiones, o usos primarios, los cuales, por un lado, dependerán de las cuestiones intelectuales e ideológicas preferidas, o bien de una determinada disciplina, campo de especialización, o experiencia; mientras que, por el otro, obedecerán a las tareas, roles u objetivos que se ejecuten, así como a constructos particulares que personifican tareas grupales. Las primeras dos facetas de los puntos de vista, bajo una terminología protohartiana, podrían encontrar correspondencia con las de un observador (aunque valorativamente comprometido), mientras que la tercera, con la del participante en su individualidad, y la cuarta, de manera colectiva. Es precisamente en esos últimos escenarios en los que se sitúa el *bad man* de Holmes.

La importancia de especificar los puntos de vista de los distintos operadores jurídicos al comprender el derecho aparta cualquier atisbo de homogeneidad e impulsa a tener en cuenta las particularidades de los participantes, para estar en posibilidades de conocer y comprender de una mejor forma su trabajo y la manera como los otros involucrados lo conciben. En consecuencia, la perspectiva para emplear al derecho no es la de indagar cuáles son sus fines intrínsecos, sino la de cómo podríamos utilizarlo, y cómo

³¹² Atienza, Manuel, “Sobre la ética de los abogados”, *cit.*, p. 17.

³¹³ Para una aproximación a las principales críticas del concepto del *bad man* como teoría del derecho, véase Twining, William, “Bad Man Revisited”, *cit.*, pp. 284-287.

³¹⁴ Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], *cit.*, p. 9.

³¹⁵ Twining, William, “Bad Man Revisited”, *cit.*, pp. 285 y 286.

debemos utilizarlo: instrumentalizándolo, manipulándolo como manipulamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines, que por las características propias de cada participante son preexistentes a nuestra aproximación al derecho.³¹⁶ Porque la clave de una teoría jurídica que pueda sentar las bases para una aproximación más realista del derecho se encuentra en desarrollar modelos de sistemas normativos y procesos legales que por lo menos puedan situar las diferentes visiones de los operadores jurídicos, los principales puntos de vista de sus participantes,³¹⁷ que, indefectiblemente utilizan el derecho como instrumento al servicio de distintos fines sociales.

La intención del enfoque predictivo permite conocer lo que realmente vienen a decir los jueces del derecho. A partir de normas formalmente válidas, de criterios anteriores, o de otros factores distintos, esta visión permite anticipar las interpretaciones y decisiones en juego para adoptar una determinada estrategia. Y es que no hay que olvidar que para Holmes, el derecho tiene un carácter eminentemente práctico.³¹⁸

Bajo el punto de vista instrumental o estratégico es posible distinguir un modelo de abogado que contrasta con el modelo liberal predominante, y que si bien no es socio-culturalmente considerado como paradigmático, descubre tanto las potencialidades de la teoría del *bad man* como también sus importantes responsabilidades en sociedad, ya que este operador se aproxima al derecho desde fines previos que anhela conseguir en la búsqueda de un propósito colectivo, a manera de portavoz y agente de la comunidad. Tal tipo de profesionista, al que se puede denominar abogado “activista o promotor”, suele implicarse en causas sociales con el objetivo de develar estructuras desde las que sistemáticamente se vulneran derechos, o bien intenta contravenir determinadas políticas públicas por medio de sus acciones.

Sentado lo anterior, los abogados activistas contemplan sus litigios como “una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar —agitar— en uno u otro sentido el poder coercitivo del derecho; al punto que el abogado puede convertirse en un verdadero «agitador» político que lleva a cabo una guerrilla privada con las armas del derecho”.³¹⁹ Para la consecución de sus objetivos, estos abogados suelen actuar dentro de los márgenes que estable-

³¹⁶ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, pp. 72 y 73.

³¹⁷ Twining, William, “Bad Man Revisited”, *cit.*, pp. 292 y 291.

³¹⁸ “Cuando estudiamos el derecho no estudiamos un misterio, sino una profesión bien conocida”. Holmes, Oliver W., *The Path of the Law* [1897], *cit.*, p. 3.

³¹⁹ Trazegnies, G., Fernando de, “El rol político del abogado litigante”, *Revista Derecho PUCP*, Lima, núm. 32, 1974, p. 273.

ce la ley, pero en caso de que eso les resulte imposible, el litigante “busca las interpretaciones forzadas que le convengan (pero tendrá que argumentarlas jurídicamente de manera aceptable, correcta según Derecho, si es que quiere tener éxito: sigue pues moviéndose dentro del marco del Derecho, pero con una actitud instrumentalista)”.³²⁰

Así, sus acciones vienen a representar un contrapeso a los poderes dominantes en el entorno, a la vez que una manera de activismo social que, al explorar y trabajar alternativas jurídicas, propulsa el sistema en beneficio de personas o grupos que han sufrido injusticias. Porque hay que recordar que “Holmes no abogaba en realidad por instrumentalizar el Derecho para menores intereses egoístas: esa instrumentalización debe estar según él al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en «la comunidad», tras un «libre intercambio de ideas»”.³²¹

Varios ejemplos del prototipo en cuestión son los abogados que protegieron a los ciudadanos a través de sus servicios legales en las dictaduras latinoamericanas, contribuyendo además al incipiente proceso de democratización en casi toda esa parte del continente,³²² o los colectivos de abogados en varias ciudades de Estados Unidos, que durante la década de los setenta se organizaron para denunciar el trato otorgado a los judíos y otros grupos minoritarios en Rusia.³²³ Más recientemente, los casos de abogados independientes que dieron un vuelco al sistema de desahucios en España,³²⁴ que frenaron la privatización de la sanidad en la Comunidad

³²⁰ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 74.

³²¹ Pérez Lledó, Juan Antonio, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año 5, núm. 9, 2007, p. 170.

³²² Falcão, Joaquín, “A manera de introducción. Democratización y servicios legales en América Latina”, en AA.VV., *Los abogados y la democracia en América Latina*, Quito, Instituto de Servicios Legales Alternativos-ILSA, 1986, pp. 11 y 12.

³²³ Salter, Leonard, “American Lawyers and Russian Dissidents: The Lawyer as Social Engineer”, *The International Lawyer*, vol. 12, núm. 4, 1978.

³²⁴ Cuando en España, desde hace varios años, a raíz de la denominada “burbuja inmobiliaria”, se multiplicaron las privaciones de los inquilinos del uso de sus inmuebles mediante resolución judicial por incumplimiento de contrato con entidades bancarias, distintas acciones tanto de exigibilidad como de justiciabilidad de los derechos involucrados se iniciaron para detener tales procesos. El caso de un trabajador de la construcción en paro de origen marroquí, quien fue desahuciado sin ninguna posibilidad de negociar con el banco, fue llevado durante meses por Dionisio Moreno, abogado que, sin cobrar por su trabajo logró una sentencia histórica en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, que obliga a reformar la ley hipotecaria española. Véase García, Jesús, “La gigantesca hazaña de un humilde abogado”, *El País*, 17 de marzo de 2013; Gallego, Javier, “El Tribunal de Justicia de la UE declara incompatible el sistema de desahucios en España”, *El Mundo*, 14 de marzo de 2013.

de Madrid,³²⁵ que provocaron la dimisión del presidente del Fútbol Club Barcelona,³²⁶ o en Estados Unidos, a propósito de las medidas adoptadas por el presidente Donald Trump para frenar la entrada de refugiados y ciudadanos de ciertos países de mayoría musulmana,³²⁷ cuando cientos de representantes jurídicos de organizaciones civiles interpusieron distintos recursos de *habeas corpus* alegando la inconstitucionalidad de la detención de personas que tenían todos sus papeles en regla, o abogados que asistieron voluntariamente a los aeropuertos para ayudar a los viajeros que quedaron varados por la prohibición.

En efecto, antes que enaltecer unidimensionalmente de forma obnubilada a valerosos jueces independientes que garantizan los derechos de cualquier persona, no hay que olvidar que detrás de estos operadores se encuentran un gran número de abogados que trasladan pretensiones sociales al terreno jurisdiccional, para posibilitar el funcionamiento del sistema y, después, revertir condiciones adversas. De hecho, afirma Charles Epp, en su libro *La revolución de los derechos*, la paulatina democratización del acceso a la justicia no surgió “desde arriba”, sino “desde abajo”; no fue el activismo judicial el principal motor del cambio, sino distintos fenómenos que manifiestan la existencia de actores y colectivos que han apoyado diversas causas de índole social, y así ofrecen una posibilidad para aquellas personas que no cuentan con los recursos necesarios para sostener una demanda.³²⁸ Bajo dicha lógica, son precisamente este tipo de abogados quienes ejecutan un rol crucial en sociedad, pues entre otras muchas funciones se encargan de

³²⁵ “Juan De la Cruz, provocó la dimisión del consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Javier Fernández-Lasquetty, después de que el Tribunal de Justicia de Madrid confirmara la suspensión de la privatización sanitaria. De la Cruz, un reputado abogado y profesor de Derecho administrativo que dirige el bufete López Rodó & Cruz Ferrer, presentó los tres primeros recursos judiciales para paralizar la privatización de seis hospitales públicos”. García-León, Carlos, “Abogados que hacen tambalear al poder y a los sistemas”, *Diario Expansión*, 25 de febrero de 2013; véase Gracia, Ana I., “Habla el abogado que paró la privatización: «Es todo un éxito de la iniciativa social»”, *El Confidencial*, 29 de enero de 2014.

³²⁶ La imputación del Barça como persona jurídica, señalado como presunto autor de un fraude fiscal derivado de los contratos que desembocaron en el fichaje del jugador brasileño Neymar, se deriva de la querrela interpuesta por el abogado de un socio, quien acusó al ahora expresidente del club, Sandro Rosell, de apropiación indebida en su modalidad de distracción. Véase Fabra, María, “Ruz imputa al Barça por no tributar por todos los contratos de Neymar”, *El País*, 20 de febrero de 2014.

³²⁷ Varios autores, “Abogados en EUA hacen frente al veto migratorio de Trump”, *Milenio*, 30 de enero de 2017.

³²⁸ Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

defender los derechos de los demandantes en los juzgados, planean la estrategia jurídica a seguir y proporcionan gran parte de la información a sus representados.³²⁹

Visto así, las actuaciones de los abogados resultan tan significativas como las de los jueces, ya que en gran medida de ellos dependerá el traslado de intereses privados hacia el terreno de lo público, pues buenas demandas generan buenas sentencias. Peticiones relevantes provocan fallos relevantes. Como menciona Wilkins,

en un nivel formal puede que los jueces tengan un mayor poder oficial para cambiar el terreno jurídico. Ellos pueden invalidar precedentes, declarar inconstitucionalidades, e influenciar sustancialmente en el desarrollo de los registros oficiales sobre los cuales se revisará el fondo de la decisión en última instancia. A los abogados, por supuesto, se les niegan todos estos poderes formales. Sin embargo, estos operadores tienen más poder práctico que los jueces para manipular el terreno jurídico. Ya que operan en una esfera mucho más amplia que los jueces, resolviendo muchos asuntos legales que nunca llegarán ante los jueces.³³⁰

Por todas las anteriores consideraciones, no cabe duda, como afirma W. Bradley Wendel, que “la perspectiva del *bad man* es solo una de entre los muchos puntos de vista que uno puede adoptar frente al derecho, y es a todas luces evidente que esta es la mejor perspectiva para describir la relación entre abogados y el derecho”.³³¹

Al revisitar y actualizar las ideas de Holmes, es posible descubrir la urgente necesidad por hacer de las teorías jurídicas una herramienta cada vez más útil para los juristas prácticos, para hacer explícito el carácter instrumental del derecho, el cual, bien encaminado y dotado de valores tendientes a la construcción de una mejor sociedad, cuenta con muchísimas potencialidades. El banderazo de salida que marcó el *bad man* holmesiano, así como sus incipientes ideas sobre la predictibilidad en el derecho, han provocado que cada vez más el estudio del fenómeno jurídico se realice desde diferentes ópticas que pueden explicarlo de forma más completa y realista.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 20.

³³⁰ Wilkins, David B., “Legal Realism for Lawyers”, *Harvard Law Review*, vol. 104, núm. 2, 1990, p. 477.

³³¹ Wendel, W. Bradley, “Professionalism as Interpretation”, *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 3, 2005, p. 1176.

B. *Los abogados como ingenieros sociales en la teoría de Roscoe Pound*

Las destacadas labores tanto en el terreno teórico como práctico de Roscoe Pound revelan un insaciable interés por influir en el devenir contemporáneo de la ciencia jurídica. De ahí que se pueda afirmar que fue, “con toda probabilidad, el filósofo del Derecho norteamericano más relevante de la primera mitad del siglo XX, y uno de los principales estudiosos y educadores del Derecho de todos los tiempos”.³³²

A manera de todólogo, Pound fungió como científico, abogado, juez, decano de diferentes y prestigiosas escuelas de derecho, escritor prolífico, catedrático de filosofía del derecho, e incluso como consejero de la administración estadounidense y de distintos gobiernos extranjeros.³³³ Sin embargo, detrás de cada uno de los diferentes roles que ejerció dentro del campo jurídico es posible distinguir una constante preocupación por renovar y mejorar de forma integral la calidad del sistema de justicia. Así, su polifacética actividad profesional no es más que una fehaciente prueba del intento por construir puentes entre la ahora ya clásica división, que él mismo propuso, entre el derecho en los libros y el derecho en acción (*law in books* y *law in action*),³³⁴ es decir, entre “el derecho en tanto que letra muerta —ley abstracta, vieja jurisprudencia, doctrina académica— y el derecho en movimiento, en tanto que práctica cotidiana de jueces, abogados, fiscales y otros operadores jurídicos”.³³⁵

Es posible vislumbrar las inquietudes de Pound por la transformación del derecho tanto en su dimensión teórica como práctica desde su naciente etapa profesional en la enseñanza del derecho, en la que se desarrollaba como decano de la Universidad de Nebraska, cuando pronunció un polémico discurso titulado *Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia*³³⁶ en

³³² García Ruiz, Leopoldo, “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *cit.*, p. 47.

³³³ Vale la pena destacar que para todas esas distintas facetas que ejerció Pound durante su vida, bajo los estándares de hoy en día, la mayor preparación formal que recibió fue en botánica. A pesar de estudiar durante un año Derecho, nunca completó los requisitos para obtener su título. Véase Sutherland, P. Jr., “One Man in his Time”, *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 7, 1964.

³³⁴ Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action” [1910], en Fisher, W., Horwitz, M. y Reed, T. (eds.), *American Legal Realism*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1992, pp. 39-44.

³³⁵ Lloredo, Luis, “La socialización del derecho. El antiformalismo jurídico y los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, pp. 909 y 910.

³³⁶ Pound, Roscoe, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *American Bar Association Reports*, núm. 29, 1906, pp. 39 -417.

el marco de la reunión nacional de la Barra de Abogados Americanos (ABA) en 1906.³³⁷ En la misma reunión, Pound realizaba un balance sobre las insuficiencias del sistema jurídico de su época, transcurridos 130 años desde la independencia de Reino Unido,³³⁸ criticando el peso de la tradición en el contexto del *common law*, al dificultar el desarrollo del derecho en consonancia con los nuevos intereses sociales.³³⁹

Pound reclamaba que, para optimizar el funcionamiento efectivo del sistema, habría que voltear a ver a sus operadores, y dejarlos de contemplar como personas tendientes a oscurecer el carácter transformador del derecho, o bien como agentes enfocados en intrincar las pretensiones sociales a través del ejercicio de sus labores profesionales. En ese sentido, “su descripción de los distintos factores de insatisfacción, que incluían el comportamiento, en su opinión, excesivamente confrontativo (al estilo del deporte) de los abogados”,³⁴⁰ resultó un diagnóstico certero sobre estos operadores en concreto, quienes, por lo general, al encontrarse desprovistos de una conciencia pública sobre sus labores, tenderían a propulsar una visión conflictualista que minaba su rol como expertos técnicos en la construcción de un orden, al tiempo que también obstaculizaba las intenciones de los futuros abogados por utilizar sus conocimientos y habilidades adquiridos durante la carrera al servicio de la sociedad.

Así, el denominado “teórico norteamericano del Derecho más prolífico de la historia”³⁴¹ no dejó pasar la oportunidad para reflexionar en torno a los abogados. Dentro de su vasta obra es posible encontrar diversos artículos sobre el rol de estos operadores,³⁴² así como también sobre su relación con distintos temas,³⁴³ e incluso una monografía respecto a la historia de la abo-

³³⁷ Para un sucinto relato sobre lo ocurrido en dicha conferencia, a propósito del discurso de Pound y las consecuencias del mismo, véase McManaman, Linus J., “Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound”, *St. John's Law Review*, vol. 33, núm. 1, 1958, pp. 2-4.

³³⁸ Sotelo Muñoz, Helena, “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, *Revista de Mediación*, núm. 10, 1, e2, 2017, p. 2.

³³⁹ Aienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., pp. 279 y 280.

³⁴⁰ Sotelo Muñoz, Helena, “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, cit., p. 2.

³⁴¹ Reuschlein, Harold G., *Jurisprudence. Its American Prophets*, Westport, Greenwood Press, 1971, p. 477.

³⁴² Pound, Roscoe, “The Task of the American Lawyer”, *Illinois Law Review*, vol. 439, núm. 20, 1926; Pound, Roscoe, “The Problems of the Lawyer”, *The Journal of the Kansas Bar Association*, núm. 15, 1925.

³⁴³ Pound, Roscoe, “Lawyers and Legislation”, *Minnesota Law Review*, vol. 10, núm. 454, 1926; Pound, Roscoe, “The Lay Tradition of the Lawyer”, *ABA Journal*, vol. 12, núm. 3, 1926.

gacia.³⁴⁴ De forma tan pragmática como creativa, los esfuerzos de Pound por mejorar y hacer del ejercicio de la abogacía una profesión tendiente a mejorar el sistema de justicia se focalizaron en la formación de los futuros abogados a través de su enseñanza universitaria.³⁴⁵ De ahí que “la principal contribución de Pound se encuentra en el campo de la educación jurídica. En dicho terreno contribuyó enormemente a elevar los estándares requeridos para ejercer la abogacía, además de generar un amplio interés en dicho ámbito por la filosofía del derecho”.³⁴⁶

Ya instalado como decano de la Universidad de Harvard, Pound “liberalizó el abordaje al fenómeno jurídico en Estados Unidos, insistiendo en lo que Holmes previamente había resaltado”,³⁴⁷ es decir, en contemplar al derecho como un constructo de las relaciones humanas, situado en un contexto cultural específico e intensamente influenciado por múltiples y heterogéneos factores sociales. Y para cuyo análisis resulta necesario suprimir “la autosuficiencia metodológica de la ciencia jurídica y generar un mayor acercamiento a las ciencias sociales que han ido surgiendo y consolidándose”.³⁴⁸

De tal forma que Pound se empeñó en trasladar a las aulas universitarias el estudio de una sociología jurídica histórica, que, antes que analizar aisladamente doctrinas a través del tiempo, resulta de conjugar la evolución de las mismas con sus efectos correspondientes,³⁴⁹ generando así una alianza entre el derecho y otras ciencias³⁵⁰ que diera cuenta de los complejos e intrincados efectos de este fenómeno en la actualidad. Pues, en sus palabras,

el rasgo más significativo del pensamiento jurídico reciente consiste en la repudiación [sic] del concepto de una ciencia del Derecho por completo in-

³⁴⁴ Pound, Roscoe, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, Minnesota, West Publishing, 1953.

³⁴⁵ “Para salvar a la profesión, tuvimos la fortuna de que Pound se sumergiera profundamente en el estudio de la educación jurídica en nuestras escuelas de derecho”. Véase Reuschlein, Harold G., “Roscoe Pound-The Judge”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 90, 1942, p. 306.

³⁴⁶ McManaman, Linus J., “Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound”, *cit.*, p. 34.

³⁴⁷ Cohen, M., “A Critical Sketch of Legal Philosophy in America”, *Law-A Century of Progress*, Nueva York, New York University Press, 1937, p. 266.

³⁴⁸ García Ruiz, Leopoldo, “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *cit.*, p. 48.

³⁴⁹ McManaman, Linus J., “Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound”, *cit.*, pp. 11 y 12.

³⁵⁰ “La filosofía, la ética, la ciencia política y la sociología están convocadas para ayudar, pero para ayudar a resolver un problema que se considere jurídico”. Véase Pound, Roscoe, “Fifty Years of Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 51, núm. 777, 1938, p. 810.

dependiente, obtenida sobre la base exclusiva del Derecho mismo y que se permita ignorar cualquier otro departamento del saber como no pertinente para sus problemas y sin ningún valor para sus fines.³⁵¹

Bajo el rótulo de “jurisprudencia sociológica”, este jurista trazó

una nueva dogmática dentro de la cual se engloban conceptos y técnicas tomadas de la sociología. Sin embargo, no era propiamente una sociología del Derecho “separada” y “al lado de” la ciencia jurídica (de modo que ésta continuaría cultivándose del modo “puramente jurídico” tradicional), sino una sociología en el Derecho, en el seno mismo de la ciencia o dogmática jurídica.³⁵²

El fin de esta ecléctica visión sobre el derecho no era otro más que invitar a los juristas a descubrir los medios para direccionar y promover esfuerzos para mejorar la ley, sirviendo esta disciplina de base para “formular propuestas de política jurídica, tanto de política legislativa («recetas» para el legislador) como judicial (orientar sus decisiones conforme a objetivos sociales)”,³⁵³ es decir, fungiendo como los principales operarios técnicos de una gran ingeniería social que se encarga de ordenar y facilitar la satisfacción de los intereses que las personas persiguen.

Así, el papel del jurista como ingeniero social sería el de actuar

como “guía-experto” que oriente a legisladores y jueces. Pero que les oriente no como simple analista (intérprete) y sistematizador del Derecho positivo formalmente válido (papel de la dogmática tradicional), sino que les oriente acerca de cuáles son las verdaderas demandas sociales (tras investigarlas sociológicamente) y acerca de las estrategias técnicamente más idóneas para el empleo del Derecho como instrumento para la armonización y satisfacción de esas demandas sociales.³⁵⁴

Y es que, en definitiva, el trabajo consciente y diligente de los operadores jurídicos puede favorecer el desarrollo de una sociedad que crea en su sistema y lo utilice para fortalecer sus vínculos relacionales, propiciando mejores prospectivas sobre su futuro.

³⁵¹ Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por José Puig Brutau, Granada, Comares, 2004, p. 58.

³⁵² Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 77.

³⁵³ *Ibidem*, p. 76.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 77.

En este orden de ideas, teorizar bajo los postulados de Pound sobre la figura del abogado encuentra sustento y justificación, porque en su faceta de agente que coadyuva al sistema,³⁵⁵ éste juega un rol fundamental al momento de coordinar intereses y perspectivas entre quienes participen del juego jurídico, con el fin “de conseguir que el proceso de satisfacer las necesidades humanas resulte cada vez menos costoso, que pueda funcionar con menos desgaste, y que sea más eficaz”.³⁵⁶ De ahí que el papel que ocupan los abogados en el funcionamiento y efectividad de estas dinámicas resulta una labor cardinal en la consecución de los diferentes propósitos sociales del derecho,³⁵⁷ pues no necesariamente entienden al mismo como una forma de control social vertical y jerárquica.

Precisamente, el trabajo ingenieril que pueden desarrollar los abogados no debe ser considerado sólo “como un conjunto de conocimientos o como una estructura ya fijada de antemano, sino como un proceso, una actividad, con un contenido de realización de cosas y no como mero instrumento pasivo, pues será juzgada por su adecuación a los fines para los que se realiza”.³⁵⁸ Por lo que antes que un agente cuyas capacidades instrumentales se enfoquen en ordenar metódicamente las condiciones sociales, el abogado puede ser alguien capaz de predecir cuáles son los problemas y cuáles las soluciones que permiten librarse de los mismos. Alguien que, por medio de su conocimiento, puede intervenir sobre la realidad social para ayudar a sus participantes a tener un mayor control sobre sus vidas, ampliando el ámbito de libertad en el cual se desenvuelven las mismas.³⁵⁹

El abogado es mucho más que alguien que sólo aborda el fenómeno jurídico desde la mera óptica analítica de sus reglas, pues su polifacética natu-

³⁵⁵ Pound, Roscoe, “The Lawyer as a Social Engineer”, *Journal of Public Law*, vol. 3, núm. 292, 1954.

³⁵⁶ Pound, Roscoe, *Social Control Through Law*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1942, p. 158.

³⁵⁷ En sintonía con el segundo Jhering, Pound entiende que el jurista debe esforzarse por tomar conciencia sobre los motivos que mueven al derecho y de los fines que apremia. Y es que no hay que olvidar que el jurista norteamericano “elaboró buena parte de su obra como aplicación de las ideas de Jhering al mundo del *common law*. Así se explica el enfoque de su *Spirit of the Common Law*, cuyo título evoca el *Espíritu del derecho romano* de su predecesor alemán, y así han de entenderse las abundantes alusiones a Jhering en sus escritos”. Lloredo, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos sociales y culturales”, *cit.*, p. 909.

³⁵⁸ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social* [1975], Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, pp. 87 y 88.

³⁵⁹ Mazo, Mariana Anahí, “La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año 6, núm. 11, 2008, p. 155.

raleza profesional le permite construir vínculos a partir de los hechos sociales de los que el derecho se ocupa y a los que se aplica, de tal forma que este operador “puede ser agente en litigio, defensor y consultor o consejero”,³⁶⁰ y por tanto no hay que olvidar que “una de las funciones del abogado en su misión de asesoramiento es la prevención. Prevención de disputas, pleitos o de recursos inútiles ante los tribunales”.³⁶¹ Precisamente, esta faceta integral del abogado, como mediador de las relaciones de poder, plantea una visión tendiente a la resolución de problemas, abonando a la idea del control social y de ordenación de las necesidades de las personas que subyace a la propuesta de Pound por entender el derecho como ingeniería social. Y es que, si existe un agente que se encuentra en condiciones para dar cuenta a alguien ajeno al fenómeno jurídico de los múltiples aspectos de un conflicto y aconsejarlo en términos psicológicos, emocionales, y relacionales, es el abogado.³⁶²

El ejercicio de la abogacía arduamente puede contemplarse como una forma de control social. Sus particularidades como una profesión técnica orientada a juridificar un sinfín de pretensiones según los requerimientos de los sistemas de justicia, van perfeccionando, extendiendo y desarrollando al máximo posible los planes de vida de cada una de las personas que se han involucrado en este campo y orientando los propios sistemas hacia horizontes más justos. Aunque no cabe duda de que es posible distinguir un componente jerárquico-autoritativo en el despliegue de las actividades de los abogados, la faceta social y la naturaleza ambivalente de su oficio tiende muchas veces a promover conductas propensas a la horizontalidad, así como a avivar los ánimos dialógicos en el derecho, en contraste con otros operadores, como el juez. Y es que si se sigue alimentando la premisa de que “la puesta en acción del derecho corre normalmente a cargo de los jueces y tribunales: ellos son quienes suelen decidir en derecho los conflictos de intereses”,³⁶³ no sólo se continúa perpetuando la invisibilización de los abogados dentro del estudio del fenómeno jurídico, sino que pese a bajar al derecho de su altar normativo, la propuesta de Pound seguirá enmarcada dentro de rígidos esquemas conceptuales donde la principal preocupación radica en generar certeza.

³⁶⁰ Pound, Roscoe, *The Lawyer From Antiquity to Modern Times*, *cit.*, p. 23.

³⁶¹ Garrido Suárez, Hilda, “Confiabledad y abogacía: principios deontológicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 23, 2012, p. 167.

³⁶² Bordone, Robert C., “The Lawyer as Bias Buffer or Bias Aggravator”, en Hanson, Jon (ed.), *Ideology, Psychology, and Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 448 y 449.

³⁶³ García Ruiz, Leopoldo, “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *cit.*, p. 87.

Claudio Magris afirma que las relaciones puramente humanas no necesitan del derecho, lo ignoran; la amistad, el amor, la contemplación del cielo estrellado no requieren de códigos, jueces, abogados o prisiones. Sin embargo, el derecho, de improviso, deviene necesario cuando el amor o la amistad se trasmudan en atropello y violencia, cuando alguien le impide con la fuerza a otro la posibilidad de contemplar el cielo estrellado.³⁶⁴ En ese sentido, los profesionales de este campo deben tender a facilitar las relaciones humanas y utilizar el derecho como solución, antes que este aparezca ligado a la barbarie del conflicto.

En definitiva, la visión de Roscoe Pound respecto a las potencialidades transformadoras de los operadores jurídicos marcó en gran medida el desarrollo de la enseñanza del derecho en diferentes ámbitos durante los comienzos y mediados del siglo XX. Resulta pertinente insistir en la gran influencia que ejercieron sus ideas tanto en el mundo práctico como en el de la academia, pues sin lugar a dudas su pensamiento ha contribuido a dejar atrás el extremo formalismo en el ejercicio de la profesión, así como también ha hecho que se abran vertientes para intentar pensar a operadores jurídicos, como los abogados, desde la filosofía del derecho. Sin embargo, parecería que este autor tuvo más éxito del que aspira a tener, pues la vastísima extensión de su obra, el eclecticismo de su filosofía, y su importancia como figura pública, han provocado que “su visión y talento para plantear grandes temas jurídicos contrastan con las ambigüedades y contradicciones internas que lastran el desarrollo de los mismos”.³⁶⁵

En ese sentido, podría decirse que Pound, al igual que Holmes, fue un precursor que influyó mucho en los realistas jurídicos, “aunque, cuando apareció el movimiento realista propiamente dicho, él lo criticó por su radicalismo”.³⁶⁶ La sola idea del escepticismo, ya sea frente a las reglas, o desde una óptica más radical frente a los hechos, a Pound le repelía por atacar directamente la noción de control y certidumbre en el derecho, una idea desde la que resulta bastante difícil pensar en el ejercicio del fenómeno jurídico fuera de la figura del juez. A continuación, y entrando formalmente a la concepción del realismo jurídico norteamericano, se ahonda en éste y otros temas en relación con los abogados.

³⁶⁴ Magris, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, prólogo de Fernando Savater, trad. de María Teresa Meneses, Madrid, Sexto Piso, 2008, pp. 27 y 28.

³⁶⁵ Arjona, Cesar, “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, *cit.*, pp. 485 y 486.

³⁶⁶ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 76.

C. *Una variación en sentido antiformalista del positivismo jurídico.
El realismo y su fijación con la figura del juez*

Dar cuenta del realismo jurídico norteamericano resulta una enmarañada y confusa tarea que, de nueva cuenta, se empata con la enorme heterogeneidad de autores, trabajos e intereses englobados bajo un determinado rótulo que distingue a este tipo de corrientes. Que sus principales exponentes, en las figuras de Karl Llewellyn y Jerome Frank, hayan realizado afirmaciones del tipo “una cosas está clara. No hay escuela realista. Ni es probable que llegue a existir tal escuela. No hay un grupo con un credo oficial o aceptado, ni siquiera emergente”,³⁶⁷ nos brinda un panorama bastante nítido sobre la naturaleza dual y polifacética de este proyecto surgido a partir de la herencia intelectual de Oliver W. Holmes y Roscoe Pound, durante la década de los años veinte del siglo pasado.

Aun así, y sobre todo con el afán de aclarar interpretaciones erróneas o caricaturizaciones sobre el realismo, Llewellyn, en un artículo dirigido al decano Pound,³⁶⁸ se dio a la tarea de aventurar algunos puntos de partida generales sobre esta concepción. Dicha lista,³⁶⁹ “tan típica como certera en la medida en que este movimiento es caracterizable”,³⁷⁰ ha pasado a la posteridad por ser el texto de referencia común para explicar de manera general esta corriente antiformalista. También es de destacar que en el clásico trabajo sobre las caracterizaciones del realismo norteamericano, su ideólogo se aventura a enlistar una muestra de veinte autores (aunque menciona que bien podrían ser veinte más), que pueden identificarse como parte de esta oleada. Juristas que, de alguna u otra manera, habían estado trabajando en dejar atrás cualquier tipo de conceptos en el derecho que no pudieran ser definidos en términos de experiencia. Es decir, juristas afanados en criticar un entendimiento de la teoría jurídica metafísica, que trataban de llamar la atención sobre “las confusiones que el pensamiento jurídico engendró mediante estos conceptos” para reformular los problemas en las di-

³⁶⁷ Llewellyn, Karl, “Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, pp. 1233-1235.

³⁶⁸ Para conocer el artículo de Pound al que reaccionó Llewellyn por diversas incomprendiones sobre el realismo, véase Pound, Roscoe, “The Call for a Realistic Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 637, 1931.

³⁶⁹ Llewellyn, Karl, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *cit.*, p. 1235.

³⁷⁰ Hierro, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1981, pp. 71-106.

ferentes áreas del derecho “en términos que exhiban la relevancia concreta de las decisiones jurídicas respecto de hechos sociales”.³⁷¹

De hecho, no hay que olvidar que el grueso de las ideas del realismo emergen de un grupo de personas que contaban con una vocación tendiente a analizar las consideraciones jurídicas de índole funcional antes que estructural. Mejor dicho, que eran más juristas que filósofos, y por tanto sus preocupaciones oscilaban entre el pragmatismo y el empirismo, evitando caer en discusiones conceptuales, incluso en lo que concernía al propio derecho. Esta consideración no resulta menor al momento de abordar este movimiento, ya que, en mayor o menor medida, sirve para sortear muchas de las críticas e interpretaciones que se le suelen imputar a la teoría jurídica de los realistas. Su enfoque tiene un carácter práctico. De ahí que resulta pertinente recordar que el realismo norteamericano

está animado por un afán de anclar el estudio del fenómeno jurídico en realidades tangibles, empíricamente constatables, y, en este sentido, su atención se centrará en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados los componentes esenciales del concepto de derecho.³⁷²

A través del método funcionalista (que bien podría compendiarse bajo el eslogan de “una cosa es lo que ella hace”), la propuesta de los realistas norteamericanos denuncia la operatividad del sistema jurídico por la abundante cantidad de conceptos sobrenaturales que lo articulan, “es decir, de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo”.³⁷³ Soslayando las esencias o naturalezas jurídicas³⁷⁴ encerradas en conceptos estáticos, los realistas “propugnan el abandono de todo concepto pre-constituido de derecho y su sustitución por la posible adopción de una serie de puntos focales o perspectivas de observación. Perspectivas que se corresponden con

³⁷¹ Para conocer diversos trabajos específicos de conceptos jurídicos no verificables en distintos campos del Derecho, realizados por juristas que pueden ser catalogados como realistas. Véase Cohen, Felix, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 55 y 56.

³⁷² Solar Cayón, José, “El concepto de derecho en el realismo americano”, en varios autores, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, p. 1186.

³⁷³ Cohen, Felix, *El método funcional en el derecho*, cit., p. 54.

³⁷⁴ De hecho, el realismo jurídico “para la mayoría de los iusfilósofos actuales no es sino una profundización de la crítica al derecho natural que ya había iniciado el positivismo decimonónico”. Lloredo, Luis, “Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración”, cit., p. 259.

las diversas posiciones, técnicas e intereses de los distintos juristas: jueces, abogados, legisladores, etcétera”.³⁷⁵

Así, como resultado de esta visión funcional, “se puede pensar que el tipo de teoría del derecho que los realistas defendieron era una teoría del derecho naturalizada, es decir, una teoría del derecho que renuncia al análisis conceptual «de sillón» en favor de una continuidad con la investigación *a posteriori* en las ciencias empíricas”.³⁷⁶ De ahí que esta concepción estuviera comprometida con la idea de que las ciencias sociales deberían guiar tanto las creaciones de normas jurídicas en sede legislativa³⁷⁷ como en sede judicial.³⁷⁸

En ese sentido, la también clásica distinción entre el “Ala sociológica” (las decisiones judiciales encuentran patrones predecibles, aunque no necesariamente a partir de la mera observación de las reglas jurídicas existentes) y el “Ala idiosincrática” (lo que determina la respuesta de los jueces a los hechos de un caso particular son aquellos relativos a su psicología o personalidad),³⁷⁹ dentro del realismo jurídico norteamericano, que originalmente realiza Frank,³⁸⁰ respecto a sus dos principales tendencias en relación con el limitado papel que juegan las normas en las decisiones judiciales, a la vez que sirve para ejemplificar de forma nítida el componente empírico de esta concepción iusfilosófica, también fija la importancia de la noción de incertidumbre en el derecho. En sus palabras, “en realidad, estos realistas solo tienen un vínculo común, una característica negativa: su escepticismo en relación con alguna de las teorías jurídicas convencionales”.³⁸¹

Lo que encierra dicha sentencia de Frank, y que de alguna manera es aceptada por la mayoría de los juristas agrupados bajo esta concepción del

³⁷⁵ Timm, Ana Karina, “Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas”, *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 12, 2010, p. 17.

³⁷⁶ Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, *cit.*, p. 255.

³⁷⁷ “En relación con los legisladores, merece la pena destacar la importancia que se concede al conocimiento proporcionado por las ciencias sociales para conocer realmente cuáles son las demandas sociales que se trata de satisfacer y los medios adecuados para ello, lo que supone la necesidad de estudiar la eficacia social del Derecho y sus límites (efectos no queridos, etc.)”. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, *cit.*, p. 283.

³⁷⁸ Bonilla, Daniel, “La economía política del conocimiento jurídico”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito - Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2015, p. 34.

³⁷⁹ Para una caracterización de cada tendencia, véase Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, *cit.*, pp. 249-255. Véase Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, trabajo presentado para la colación del grado de doctor en derecho bajo la dirección de Manuel Atienza, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp. 445-447.

³⁸⁰ Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind* [1930], Nueva Jersey, Transaction Publishers, 2009.

³⁸¹ *Ibidem*, p. X.

derecho, no es otra cosa que la denominada tesis, o afirmación central del realismo jurídico norteamericano, la cual menciona que “al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas”.³⁸² Es decir, que la manera de decidir de los jueces responde a otros criterios y estándares más allá de los jurídicos, donde el peso de las prescripciones que los atañen al caso concreto no tendrá tanta influencia como tradicionalmente se ha pensado. Justo en este punto, que a todas luces resulta tan controvertido como extremo, radica una de las críticas más comunes para desacreditar por completo al realismo norteamericano como una rigurosa teoría del derecho. Sin embargo, no es que los realistas nieguen absolutamente el valor de las reglas en cualquier caso dado, eliminándolas por completo del proceso que conlleven las decisiones que tomarán los jueces, sino que, simple y sencillamente, serán contempladas como un factor secundario, o tangencial, a la hora de determinar las decisiones judiciales.

Así, para explicar las fundamentaciones y motivaciones de las sentencias judiciales, “esto supone la adopción de la «teoría de la racionalización a posteriori» (una vez tomada ya la decisión, sobre la base de factores distintos de las reglas, ésta se fundamenta como si hubiera sido tomada siguiendo reglas)”.³⁸³ Lo cierto es que escudriñar el “contexto de descubrimiento” no interesa a los realistas, pues desdeñan la pregunta de cómo deben decidir los jueces, para enfocarse en examinar cómo deciden realmente. Su principal objetivo se centra en predecir qué ocurrirá en las sedes jurisdiccionales, en saber cuáles son los factores causales que de verdad inciden en la toma de decisiones para el caso concreto. Al entender esa lógica, ya no cabe duda de la crucial importancia que la noción de indeterminación tiene para los realistas, permeando por completo su propuesta y manifestando una completa desafección y desconfianza hacia el rol que juegan las reglas en los procesos de adjudicación.

Ahora bien, la fervorosa divulgación de esta concepción iusfilosófica a su vez provocó la identificación del derecho con los procesos judiciales, desencadenando una desproporcionada atención a la figura del juez, en su ahora también faceta legislativa, pues al momento de reconocer la indeterminación del derecho, serán, precisamente, estos mismos actores quienes tengan la trascendente tarea de valorar no sólo los asuntos jurídicos de su competencia, sino también las cuestiones de índole política, social y económica que conllevan los mismos.

³⁸² Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, *cit.*, p. 246.

³⁸³ Pérez Lledó, Juan Antonio, “El realismo jurídico americano”, *cit.*, p. 80.

La irrupción de la mentalidad judicialista en el pensamiento iusfilosófico contemporáneo vino a explicar que

los jueces gozan de gran discrecionalidad tanto en la formulación de la norma aplicable (la interpretación es esencialmente, una operación no cognoscitiva, puesto que no existe un significado propio de las palabras que se trate de aprehender), como en la determinación de los hechos; por eso, tiene sentido exigirles que en el desarrollo de esas operaciones adopten una orientación finalista y muestren claramente cuáles son esos objetivos en lugar de introducirlos subrepticamente; pero propiamente los jueces no pueden justificar esas decisiones.³⁸⁴

Al humanizar la figura del juzgador como operador del derecho cuyas actividades encierran un variado conjunto de determinantes sociales y valoraciones de consecuencias sistémicas en el futuro, se develó, en palabras de Cohen, que “los jueces son humanos, pero ellos son una especial casta de seres humanos, seleccionados y conservados en servicio bajo un potente sistema de controles gubernamentales”.³⁸⁵ En ese orden de ideas, resulta imposible disociar la noción de corporación de la de jerarquía, vislumbrando de esa manera ciertas inclinaciones hacia un escenario posiblemente marcado por el orden y el conservadurismo, que en caso extremo podría decantar en actitudes monológicas y autoritarias. El sentido de pertenencia, o irremediable afiliación, de los jueces a un determinado sistema jurídico-político, hace que en múltiples ocasiones los estándares de uniformidad e institucionalidad a los que obliga desde un plano social y jurídico dicha asociación elitista provoquen una hermética dinámica vertical en la que la eficacia sea el único criterio social relevante. Y es que, “al poner el énfasis en la eficacia del Derecho, la concepción realista tiende a subrayar el papel de la coerción y el uso monopolístico por parte de los órganos jurídicos: para lograr su eficacia instrumental, el Derecho se vale, sobre todo, del elemento de la fuerza física”.³⁸⁶

Así, los realistas norteamericanos

prestaron una atención mucho mayor hacia la concreta y efectiva administración de justicia que hacia los materiales jurídicos que guían la acción judicial, pensando descubrir ahí los factores determinantes de lo jurídico. Derecho sería exclusivamente, por tanto, lo que de hecho deciden los tribu-

³⁸⁴ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., p. 283.

³⁸⁵ Cohen, Felix, *El método funcional en el derecho*, cit., p. 117.

³⁸⁶ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, cit., p. 284.

nales, o, generalizando, todo control oficial que tenga lugar en una organización política.³⁸⁷

De tal forma que el elemento de la coacción institucionalizada como factor determinante del fenómeno jurídico, al igual que como en concepciones iuspositivistas decimonónicas, seguía resultando fundamental. Y es que “con el tránsito al realismo y a las teorías sociológicas, en efecto, se estaban abriendo las puertas al positivismo del siglo XX”.³⁸⁸ Esto, al final del día, se puede visualizar como el lógico devenir de un amplio y dilatado proceso histórico de comprensión del derecho, en donde el componente autoritario, entendido en clave estatalista, sigue marcando pauta respecto a su operatividad en el presente, así como a su futura sostenibilidad y perennidad.

Aunque se pueda afirmar que “el punto focal adoptado para la investigación jurídica por la mayoría de los realistas es el del abogado y su cliente”,³⁸⁹ el centralismo que ocupa la figura del juez dentro de este movimiento antiformalista obstaculiza los intentos por pensar más allá de los márgenes que permiten sus funciones, develando de esa manera no sólo su fijación por el ejercicio del poder soberano, sino, y sobre todo, el exacerbado carácter jerárquico que se esconde tras dichas ideas. Esto, en gran medida, porque al intentar explicar el derecho “la cultura jurídica occidental y académica tiende a adoptar el punto de vista de los soberanos, gobernantes, legisladores, jueces, funcionarios y élites, sin tener demasiado en cuenta los puntos de vista de los usuarios, consumidores, víctimas, litigantes, y otros sujetos”,³⁹⁰ es decir, de aquellos agentes cuya naturaleza les permite introducir ciertas dosis de incertidumbre dentro de los rígidos parámetros que establecen los sistemas de justicia, personas que tratan y conviven con el derecho rutinariamente, desprovistas de cualquier tipo de privilegios y concesiones institucionales.

Tomando en cuenta dichas consideraciones, el realismo jurídico norteamericano se puede concebir como un movimiento que, pese a bajar al derecho del altar de las reglas, no deja de ser un tipo de positivismo distinto del normativo y formalista. Una corriente iusfilosófica que, inconscientemente,

³⁸⁷ García Ruiz, Leopoldo, “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *cit.*, p. 63.

³⁸⁸ Lloredo, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, *cit.*, p. 171.

³⁸⁹ Timm, Ana Karina, “Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas”, *cit.*, p. 17.

³⁹⁰ Twining, William, “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, *cit.*, p. 358.

a lo que aspira es a encontrar certeza. Así, el derecho entendido por los realistas en su cariz judicial, como campo potencial de incertidumbre, plantea entonces el desafío de cómo abordar a la figura del juez para ensanchar la certeza y la seguridad jurídica. De ahí que estos tracen un relato monológico del derecho, un teoría que, en función de los juzgadores, afectará tangencialmente el trabajo de los abogados practicantes y las necesidades de los clientes que los contratan.³⁹¹

De esa manera, se puede entender que, para algunos de los integrantes de este movimiento antiformalista, el principal objetivo de la ciencia jurídica debería radicar en la predicción de las decisiones tomadas en sede judicial. Así, la introducción del enfoque predictivista en el derecho se dio a la tarea de interesarse por lo que vienen a decir los jueces sobre las reglas, y no propiamente por las reglas mismas; por las interpretaciones y decisiones que los juzgadores tomen a partir de normas formalmente válidas, pero también a partir de otros muchos factores y criterios distintos, en vías de vaticinar cuál será la conducta efectiva de los jueces.

Llegados a este punto, es posible hacerse una idea del rol que ocuparían los abogados bajo estas premisas. Usando a las reglas como herramientas auxiliares, estos operadores estarán enfocados en conocer las complejidades y variabilidades de la propia función del juez, para saber qué ordena, para poder predecir qué decisiones se tomarán, para que les diga qué deben hacer, y así adoptar un consejo o diseñar una estrategia idónea que se empate con un fin determinado (ganar el caso concreto, satisfacer demandas sociales, etcétera).

Sin embargo, la versatilidad y amplitud de los asuntos humanos, así como la inimaginable cantidad de supuestos posibles que caben dentro de la práctica jurídica, a todas luces, dificultan poder conocer por completo las predeterminaciones de los procesos por medio de las cuales los jueces llegan a una conclusión en el futuro, que, en todo caso, sólo puede surgir después del estudio judicial del asunto concreto y de analizar los intereses en juego.

Un pleito es una batalla y nadie puede predecir plenamente lo que en la batalla puede suceder. Al igual que en una batalla son muchos los factores que intervienen, lo mismo sucede en un pleito. Cuando se produce un conflicto y el cliente consulta con el abogado, éste no puede contestar con certeza absoluta: el adversario puede introducir un testimonio insospechado; los propios testigos, en quienes se confía, pueden fallar en su testimonio.³⁹²

³⁹¹ Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind* [1930], *cit.*, p. 47.

³⁹² Martín, Nuria Belloso y Rodríguez, Saulo Tarso, “El fundamento del derecho en el realismo jurídico norteamericano”, *Revista Videre*, vol. 7, núm. 14, 2015, p. 10.

De tal forma que, como menciona Llewellyn, la manera para que un abogado gane un caso es “hacer que el juez quiera decidir en tu favor, y sólo después, citar los precedentes que justificarían tal determinación”.³⁹³ En efecto, para los realistas los jueces³⁹⁴ recurren a los procesos tradicionales de razonamiento jurídico como mera apariencia para articular coherentemente las reglas y los hechos involucrados en el caso que decidieron. “Pero los jueces no pueden reconocer abiertamente que en realidad han seguido ese otro proceso, debido a la necesidad de mantener una apariencia de certeza y seguridad jurídica y de sometimiento al Derecho como guía de conducta”.³⁹⁵

En definitiva, y por volver al punto de arranque de la teoría predictivista de los realistas norteamericanos, la esencia de este movimiento antiformalista se encuentra en la definición del derecho en tanto que función de las decisiones judiciales. De ahí que la idea de conflicto aparezca más bien domesticada, y que el juez se encuentre dotado de un amplio abanico de cualidades que lo habilitan para delinear los fines sociales por los que el derecho ha de ser desplegado a través de las sentencias. Así, la visión dinámica del fenómeno jurídico que propugnan los realistas se torna endeble para potenciar la figura del abogado, pues al final del día la función jurisdiccional predispone y condiciona a todos los demás actores en juego. Al decretar moldes estáticos que aminoran las luchas que subyacen al derecho puesto en acción, queda en evidencia que el conflicto sólo será relevante en la medida en que pueda ser dominado.

De acuerdo con esos postulados, es evidente que para el realismo el margen de acción de los abogados es bastante estrecho y absolutamente dependiente de las acciones de la autoridad jurisdiccional. Este argumento, llevado al extremo,³⁹⁶ conduciría a pensar que la sola existencia del fenómeno jurídico se encuentra supeditada al momento en que los jueces toman sus decisión, equiparando la función de los abogados respecto al derecho con la de los meteorólogos y el fenómeno del clima.

³⁹³ Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1930, p. 102.

³⁹⁴ “Precisamente, la misma tesis de que lo que los jueces hacen realmente cuando deciden los casos es un supuesto del consejo que Llewellyn da a los abogados en el sentido de que, aunque ellos deben proporcionar a la corte una «escalera técnica» para justificar el resultado, lo que un abogado realmente debe hacer es «con base a los hechos... persuadir a la corte de que su argumento es adecuado”. Véase Leiter, Brian, “Realismo jurídico estadounidense”, *cit.*, p. 247.

³⁹⁵ Pérez Lledó, Juan Antonio y González Lagier, Daniel (coords.), *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX. De la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, *cit.*, p. 89.

³⁹⁶ D’Amato, Anthony, “The Limits of Legal Realism”, *cit.*, pp. 477 y ss.

Pero los abogados no sólo pueden ser contemplados como agentes elementales, casi invisibles, cuyas predicciones irremediamente se encuentran supeditadas al trabajo de los jueces y de otros oficiales que gozan del monopolio del poder institucionalizado. Las personas que ejercen la abogacía son más, mucho más que peones del sistema de justicia. Sus asesorías y estrategias moldean al derecho mismo y guían las funciones de los demás operadores implicados. Y es que el juez, de forma irremediable, tiene que pensar como piensan los abogados, nutriéndose recíprocamente de sus argumentos, aunque sin salirse nunca de los parámetros institucionales a los que le obliga el derecho. Porque, de otro modo, precisamente los abogados están investidos para combatir las arbitrariedades que se lleguen a cometer y garantizar que los sujetos de derecho puedan defenderse. Al final de cuentas, es este operador quien tiene la posibilidad de llevar ante los jueces las pretensiones sociales y de juridificar los intereses materiales de los ciudadanos para lograr su inserción en una determinada comunidad política, en la cual, sin las dinámicas jurídicas accionadas por los abogados, simple y sencillamente, no podrían funcionar.

Una decisión judicial es un acontecimiento social relevante, y como tal su estudio no puede exclusivamente centrarse en la figura del juez. Sobre todo debido a la importante faceta institucional que ejercen, tanto por sus funciones divulgativas como por un ejercicio de autocritica, cumpliendo con la labor social de aportar reflexiones a su entorno y generar un diálogo abierto, a la vez que un interesante debate, entre los diferentes operadores de una determinada cultura jurídica de la que no sólo un grupo de iniciados sea partícipe.

Los abogados fungen como pieza indispensable para el funcionamiento de las sociedades y la continua evolución de las dinámicas jurídicas. “Su carácter decisorio adquiere múltiples funciones y ya no se circunscribe a ser unos paseantes por la administración de justicia”,³⁹⁷ porque los abogados cuentan con múltiples posibilidades de ser partícipes en la construcción del mismo derecho, actuando desde dentro del sistema y utilizando sus conocimientos técnicos y habilidades a manera de herramientas transformadoras. De ahí que no quepa dudar sobre la forma en que el trabajo de los abogados puede cimbrar el carácter estatista y conservador que, por lo general, encierra una determinada idea del derecho. Premisa, por tanto, que ataca frontalmente la histórica fijación por el estudio del juez, como figura por antonomasia en la salvaguarda del fenómeno jurídico.

³⁹⁷ Pérez Duarte, Javier, “Abogacía y justicia: pensamiento, historia y mundialización”, en varios autores, *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Pamplona, Civitas, 2012, p. 238.

Una vez analizado todo lo anterior, cabe concluir que es verdad que el realismo jurídico norteamericano “abre una panorámica nueva del universo jurídico en la que las decisiones judiciales vienen a ocupar el lugar de privilegio que hasta entonces había correspondido a las normas y los principios”,³⁹⁸ observado así “el papel central que en esta concepción tienen los operadores jurídicos”.³⁹⁹ Sin embargo, siguiendo a González Vicén, también es posible afirmar que el realismo, en el fondo, no es más que una extensión del positivismo jurídico, una variación en sentido antiformalista.⁴⁰⁰ Y en consecuencia, sus constantes preocupaciones por el componente autoritativo en el derecho (reflejadas en su focalización a la figura del juez), así como su consistente promoción de una ciencia del derecho plenamente empírica, develan, de nueva cuenta, el clásico menosprecio por la figura del abogado. A continuación, y para finalizar el presente capítulo, se abordará uno de los movimientos antiformalistas que por sus características particulares permite la teorización de la abogacía desde una óptica que viabiliza la comprensión de sus problemáticas no sólo jurídicas, sino también culturales e ideológicas.

3. *Los critical legal studies y la desideologización de los abogados a través de las escuelas de derecho*

El movimiento de los *critical legal studies* (CLS o *Critical*) puede entenderse como una continuación del proyecto de los realistas jurídicos norteamericanos.⁴⁰¹ Aunque con diferencias bastante acentuadas, existen un par de notas comunes entre estos dos antiformalismos. Por un lado, la atención sobre el carácter indeterminado del derecho; por el otro, su constante preocupación por destacar las relaciones entre derecho y política.

Surgidos a partir de un congreso celebrado a finales de la década de los setenta en Estados Unidos, en el que participaron intelectuales de “connotadas universidades como Yale y Harvard, pero además abogados dedicados al ejercicio tradicional de la profesión que compartieron algunas de sus tesis y objetivos”, con el fin de promover un enfoque crítico sobre el estudio del

³⁹⁸ Martín, Nuria Belloso, y Rodríguez, Saulo Tarso, “El fundamento del derecho en el realismo jurídico norteamericano”, *cit.*, p. 15.

³⁹⁹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, *cit.*, p. 283.

⁴⁰⁰ González Vicén, Felipe, *Estudios de filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 190 y ss.

⁴⁰¹ Sobre la pregunta de si los *critical legal studies* son un movimiento “realista”, véase Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, *cit.*, pp. 469-473.

derecho en la sociedad, los CLS han desarrollado un movimiento heterogéneo que ha recibido más críticas que elogios.⁴⁰²

En este sentido, a grandes rasgos, se podría decir que lo que se conoce sobre los *critical* es que serían como un gran paraguas que aglutina posturas bastante heterogéneas, que son demasiadas cosas que terminan por no ser ninguna, que son un contradictorio conjunto de activistas que se creen muy académicos y de académicos que se creen muy activistas, que son el bagaje de una izquierda anacrónica buscando sobrevivir a la modernidad, y así un cúmulo de laxos epítomes lapidarios que siempre terminan por develar una perspectiva peyorativa hacia los mismos.

Albert Calsamiglia, en un agudo artículo sobre los CLS,⁴⁰³ realizó una lectura crítica de sus ideas, argumentando factores coyunturales de índole política, así como graves carencias filosóficas, al decir sobre este movimiento antiformalista que:

- En sus textos se encuentran más *slogans* que argumentos, subordinados a la fe, confundiendo al lector y reclamando que deben ser tomados en serio, cuando ellos no hacen lo mismo con sus interlocutores.
- La actitud de los *criticals* se asemeja a la de un hombre primitivo que no entiende los fenómenos de la naturaleza, que no encuentra ninguna lógica, y que no hace esfuerzo por entender lo que le rodea, pues tiene la impresión de no formar parte del público con el que estos pretenden comunicarse.
- Los defensores de los CLS son en su mayoría americanos que no pueden apreciar el valor de la democracia, y así su objetivo legal y político es la crítica del liberalismo, cuando el liberalismo no ha prestado demasiada atención al desafío del movimiento.
- Pese a que ellos afirman que las personas dedicadas al pensamiento jurídico siempre han sido individuos pertenecientes a las clases dominantes, existen muchos abogados en contra de lo establecido.

Ahora bien, contra quienes afirman que las diatribas hacia los CLS siguen tan actualizadas como desde hace varias décadas, o inclusive que el proyecto se encuentra en franca decadencia al no existir una afinidad

⁴⁰² Timm, Ana Karina, “Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas”, *cit.*, pp. 18 y 19.

⁴⁰³ Calsamiglia, Albert, “La retórica de *critical legal studies*. Impresiones de un lector español”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 11, 1992.

distinguible entre los partidarios de esa corriente,⁴⁰⁴ valdría la pena tener presentes las siguientes dos premisas.

La primera: el factor de la génesis del movimiento como un recatado esfuerzo para otorgarle a una elite de operadores jurídicos armas para el cambio social, se ve supuestamente mermado al reprochárseles continuidad en su línea de acción y una carencia propositiva frente a sus perennes críticas destructivas. Sin embargo, al haber pasado ya un lapso de tiempo considerable desde aquellas manifestaciones más fervientes, es posible suponer que, justamente, tanto su carácter académico y universitario (fiel representante de identidades fluidas y fragmentadas) como la atomización de sus postulados fue segregando otros sucesivamente, hasta confluir en modelos, o creencias que hoy son destellos de lo originariamente ideado (no es factible comprender el impulso de algunas corrientes contemporáneas, como los movimientos *queer*, feministas, o de raza, sin la existencia de las ideas sembradas paciente y subversivamente por los CLS).

La segunda: el factor difusivo anclado fatalmente, para su ambivalente fortuna y desgracia, al escenario estadounidense; las críticas respecto a que se trata de un movimiento exclusivamente local, muchas veces resultando indiferentes y hasta intolerantes hacia puntos de vista de otras latitudes,⁴⁰⁵ queda desmentido en el hecho de que la principal obra en Hispanoamérica para abordarlos⁴⁰⁶ sea una tesis doctoral defendida justo cuando se suele distinguir su ocaso a mediados de la década de los noventa.⁴⁰⁷ Si los CLS siguen estudiándose y provocando acaloradas discusiones, no es porque se trate de unos incomprendidos o por encontrarse en caída libre desde hace varios años, sino porque existe hacia ellos una deuda intelectual respecto al atraso en su difusión, lo que exactamente niega su decadencia.

⁴⁰⁴ A pesar de esfuerzos teóricos de índole conciliadora, redactados cuando el movimiento encontraba su mayor auge, los mismos dejan entrever una flexibilidad convenenciera para así abrazar cualquier postulado que encaje en un amplio abanico de opciones, que abarca desde el análisis ideológico del derecho, pasando por el neomarxismo y la teoría social, hasta la deconstrucción. Véase Unger, Robert, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 1983, pp. 1-4.

⁴⁰⁵ Para un detallado estudio histórico de las interacciones entre los sistemas jurídicos latinoamericanos y sus teorías del derecho, véase López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, prólogo de Duncan Kennedy, Bogotá, Legis, 2004.

⁴⁰⁶ Courtis, Christian, “Introducción”, en Courtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 7 y 8.

⁴⁰⁷ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, trabajo presentado para la colación del grado de doctor en derecho bajo la dirección de Manuel Atienza, Universidad de Alicante, Alicante, 1993; publicada tres años después como Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento critical legal studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

Además, el hecho de que el proyecto de los *critical* perviva en diferentes tiempos y espacios se entiende como consecuencia de propagar un conjunto de proposiciones flexibles que han sabido adecuarse, al confluír una serie de elementos como los siguientes: el estar dotados de una especie de condición resistente, atendiendo de manera amplia a las expresiones antiformalistas, aprovechando su estructura críptica e imprecisa para sobreponerse a las principales corrientes; su tardía difusión global; un énfasis en divulgar las injusticias sociales generadas por parte del derecho actual; la comprensión de antiguos temas de una manera nueva, entendiéndolos como “algo más que el producto del razonamiento jurídico y la lógica jurídica, como algo más que el producto de las mayorías democráticas donde eran principalmente legislados, y como algo más que un desarrollo razonable caso por caso de formas pragmáticas y sensatas de lidiar con los problemas”.⁴⁰⁸

Las ideas de los *criticals* nunca serán carentes de importancia, y se encuentran listas para ser reanudadas, pues a pesar de que están expuestas en un contexto determinado, la problemática atañe a cualquier sistema jurídico, por atacar directamente al núcleo de uno de los principales problemas del derecho: su enseñanza. En efecto, a través de la misma pueden plantearse todos los problemas de fondo y de verdadera enjundia intelectual que ocupan a los juristas y a los iusfilósofos.⁴⁰⁹ Porque las ideas de los CLS no sólo pueden categorizarse como un arquetipo antiformalista empatado con la filosofía del derecho o la teoría social, sino, como lo afirman sus propios miembros, como un episodio de la historia de la enseñanza del derecho,⁴¹⁰ al dirigir sus críticas contra algunas prácticas específicas de los modelos educativos preponderantes.

Así, los *criticals* parten exclusivamente de un diagnóstico de la enseñanza jurídica de su país a inicios de los ochenta, que, sin embargo, se va forjando desde muchas décadas antes, y que todavía hoy resulta vigente. Dicha premisa es pertinente cuando se descubre que los vicios respecto a los métodos y contenidos para el estudio del fenómeno jurídico son tan profundos y transversales que traspasan fronteras, revelando grietas en sistemas fuertes aunque bastante injustos.

Es posible descubrir el eco de los postulados de dicho aspecto concreto en el cúmulo de posturas de los CLS, en gran medida, gracias a que éstos propagan un espíritu práctico y una intencionalidad política, que intenta

⁴⁰⁸ Kennedy, Duncan, “Una conversación con Duncan Kennedy”, en Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 88.

⁴⁰⁹ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento crítico legal studies*, cit., p. 119.

⁴¹⁰ Gordon, Robert, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Courtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, cit., pp. 325-341.

persuadir tanto a los dogmáticos del derecho positivo en las universidades como a quienes ejercen (o estudian para ejercer) la profesión como abogados.⁴¹¹ De hecho, frente a la exagerada pero frívola idea del derecho entendido en términos de sometimiento, de rigidez y control, provocando que este sea contemplado como mecanismo prodigioso de solución de cualquier tipo de controversias y, a su vez, origine de manera irremediable que quienes sean los encargados de manejarlo lo divisen como algo indispensable para regular la vida social, sin reparar en sus alcances dentro de un contexto cultural que cada vez se muestra más inabarcable y contingente,⁴¹² llama la atención el lenguaje accesible de los *criticals* que, con un afán democratizador, evitan la forma y se centran en el fondo para desprenderse de una terminología obsoleta y hacernos más sensibles a la vida a nuestro alrededor.

En ese sentido, distintos autores del movimiento distinguen el principal cuello de botella de la educación de los futuros abogados en la enseñanza del derecho como herramienta legitimadora para la jerarquía, ya que existe una casta preponderante de profesionistas que, definidos por sus actividades, prerrogativas, y entrenamiento, se encargan consciente e inconscientemente de manipular las reglas y operar las instituciones,⁴¹³ comunicando su idiosincrasia hacia múltiples campos de la vida social. Porque el ejercicio profesional de los abogados está sujeto a la formación universitaria. Y en su conjunto, las universidades inciden en el mercado laboral, en la estructura social de la profesión y en el complejo mundo de tensiones de una profesión que goza de interés y prestigio social.⁴¹⁴ Según los CLS, el énfasis en el carácter manipulador del derecho (con especial atención a la producción y reproducción de la conciencia jurídica) es sumamente pertinente, pues al final del día esos estudiantes acaban ocupando lugares claves⁴¹⁵ en los mejo-

⁴¹¹ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento critical legal studies*, *cit.*, p. 103.

⁴¹² Mesa, Domingo, “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento *Critical Legal Studies*”, *Criterio Jurídico*, Cali, V.2, 2002, p. 136.

⁴¹³ Mangabeira Unger, Roberto, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976, p. 53.

⁴¹⁴ Rojas, Mauricio, “No el abogado, «mejor el doctor». La imagen social del profesional del Derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, núm. 11 (2), julio-diciembre de 2009.

⁴¹⁵ Pérez Perdomo destaca que: en el siglo XX, los aparatos estatales de los distintos países de América Latina crecieron rápidamente, especialmente en las décadas de mediados de siglo, como consecuencia de las políticas de desarrollo nacional y las nuevas funciones que asumió el Estado. Los abogados se habrían distribuido en toda la estructura del Estado. Esta es una hipótesis plausible que puede ser formulada afirmando que los graduados en derecho están bien representados en la burocracia estatal, en comparación con otras profesiones, y que una parte importante de los graduados en derecho trabajan como funcionarios del Estado. Véase Pérez Perdomo, Rogelio, “Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de globalización”, *El Otro Derecho*, núm. 39, 2007, p. 13.

res despachos, en la judicatura, en la administración pública, en la actividad industrial y financiera y en la política.⁴¹⁶

Al inocular la idea de que existe un modo especial de razonamiento en el que es posible distinguir tajantemente la separación entre derecho y política, se naturaliza una falacia,⁴¹⁷ se sigue alimentando la idea de considerar al derecho como un conjunto de prácticas que cumplen una función persuasiva y hegemónica, llevando a cabo una misión meramente conservadora a través de sus principales agentes. La inercia de la cultura jurídica se manifiesta en aislados arquetipos tan rígidos como asépticos dentro del derecho, en una tendencia a mantener los mismos esquemas lógicos, éticos y estéticos que han funcionado por siglos,⁴¹⁸ provocado mecanismos lo suficientemente estructurados para que cualquier intento por promover un cambio, o presentar alternativas creativas frente a lo dominante, sea oprimido en forma automática.

Habrà que recordar que el derecho no está desvinculado de su entorno, y, por tanto, resaltar que la noción de ideología que corresponde a distorsión de la realidad no equivale sólo a ello, sino que alude también de alguna manera a reflejarla. Siguiendo la idea que entiende al derecho no sólo como una forma ideológica, sino como una experiencia, lo pertinente será tener en cuenta la no neutralidad del fenómeno jurídico que, puesto al servicio de la clase dominante,⁴¹⁹ refleja la apropiación de las relaciones sociales.

Si bien los CLS se deslindan claramente de entender al derecho, con base en la idea marxista, como “una conspiración de la clase gobernante

⁴¹⁶ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento critical legal studies*, cit., p. 97.

⁴¹⁷ Como exponente de los CLS, Robert Gordon sostiene que el derecho, como la religión y las imágenes de televisión, es uno de esos grupos de creencias para convencer a la gente de que las diversas relaciones jerárquicas en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias. Véase Gordon, Robert, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Curtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, cit., p. 337.

⁴¹⁸ Magaloni, Ana Laura, “Cuellos de botella y ventanas de oportunidad de la reforma a la educación jurídica de elite en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudio sociojurídico sobre educación y profesiones jurídicas en el México contemporáneo*, cit., p. 91.

⁴¹⁹ Aceptando que ninguna cultura puede ser neutra, o indiferente a valores (aunque lo pretenda o lo aparente, con mayor o menor nivel de autoconciencia), la promoción de los intereses de un determinado grupo social frente a otro no puede solamente decantarse por legitimar los de una clase dominante, y simplemente a través de herramientas como la distorsión y el disimulo. Las múltiples relaciones de poder manifiestan que dentro de ellas, muchas veces se distinguen intereses contrapuestos y hasta contradictorios, buscando la obtención de los mayores beneficios posibles. Véase Díaz, Elías, “Cultura e ideología (objetividad del conocimiento y praxis política)”, en Figueruelo, A. et al. (comps.), *Derecho, ciencias y humanidades*, Granada, Comares, 2010, p. 42.

destinada a engañar y oprimir a las masas”,⁴²⁰ estos recalcan que la función ideológica del mismo “no estriba ya en su importancia instrumental como factor causal directo del mantenimiento de las estructuras sociales sino como elemento constitutivo de la conciencia sobre lo que es y puede ser la sociedad”.⁴²¹ De tal forma que la separación entre derecho y política para los *criticals* es ilusoria, el derecho es política,⁴²² reflejando un contenido clasista, como producto del poder de un determinado sector social, y manifestado un contenido liberal para reglamentar el curso del mercado y así desvirtuar los conflictos sociales.

En esa línea de pensamiento, este movimiento indaga en el carácter conservador de los abogados como agentes reacios a renunciar a las categorías en las que han sido formados. Actuando entre la desconfianza y la cautela, estos operadores evaden cualquier “crítica ideológica de los discursos sobre el Derecho y del propio discurso jurídico, siendo más bien propensos a dudar de su capacidad de transformación social e incluso manifestando cierta desconfianza hacia el «método científico» y sus pretensiones de «objetividad»”.⁴²³

Tanto preservando al sistema y sus reglas como al “mistificar al razonamiento jurídico, restringiéndolo a una casta selecta de superdotados cuyo monopolio de las tareas más gratas, del control de toda la actividad y de las mejores recompensas queda justificado”,⁴²⁴ no sólo es que la ideología drogue a las masas y les haga pensar que la vida es justa y que todos merecemos el destino que tenemos, sino que el carácter más peligroso del factor ideológico en el derecho es el de impedir que se puedan imaginarse órdenes alternativos,⁴²⁵ desde los primeros momentos de la formación jurídica. No es tanto que el derecho convenza de la justicia del orden social del que hace parte, sino que ante todo, el derecho actúa —más sutil y complejamente—

⁴²⁰ Kennedy, Duncan, “Una conversación con Duncan Kennedy”, en Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como acción política*, *cit.*, p. 91.

⁴²¹ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento critical legal studies*, *cit.*, p. 386.

⁴²² Schwartz, Louis B., “With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land”, *Stanford Law Review*, *Critical Legal Studies Symposium*, vol. 36, núm. 1/2, 1984, pp. 413-464.

⁴²³ Aienza, Manuel, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. 1, vol. 4, 2015, p. 185.

⁴²⁴ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento critical legal studies*, *cit.*, p. 138.

⁴²⁵ Gordon, Robert, “Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho”, en Courts, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, *cit.*, pp. 372-343.

creando en la conciencia de los futuros abogados una visión de cómo es el mundo, ocultando su carácter contingente.⁴²⁶

Dentro y fuera del aula, los estudiantes aprenden un particular estilo de respeto que eventualmente trasladarán al ejercicio profesional, codificando un mensaje de legitimación jerárquica del sistema,⁴²⁷ ya que las facultades de derecho se encuentran comprometidas con

el reconocimiento del derecho positivo, buscando interpretar lo justo dado autoritativamente por el legislador. Lo justo, para el jurista en cuanto tal, es inescrutable. En cuanto como profesional que egresa de esa facultad, está orientado a actuar como órgano de la autoridad política, “rastreado” las leyes que no se pueden desconocer como legítimas. Ante la ley debe suspender el juicio acerca de cualquier consideración sobre lo justo o lo injusto y limitarse a reconocer su autoridad.⁴²⁸

Podría argumentarse que dichas prácticas son válidas para cualquier contexto, y que dependerá de cada uno en lo específico descifrar las maneras en cómo se forma cada determinado prototipo. Sin embargo, en las escuelas de derecho esto se ve expresado hasta en los detalles más pequeños, produciendo modelos arcaicos, dejando casi de lado y sin mayor esfuerzo la reflexión, los estudiantes de derecho aprenden a sufrir alegremente ser interrumpidos en medio de una frase, recibir bromas y ataques *ad hómīnem*, ser dejados de lado sin razón, soportar preguntas que, por vagas, resultan imposibles de responder, pero que de algún modo siempre se responden mal, ser abruptamente ignorados y recibir señales de aprobación tacañas,⁴²⁹ generándose un *ranking* mecanizado que ordena a los estudiantes en función de sus notas, haciéndoles entender que poco o nada hay que se pueda hacer.

Porque los abogados prácticamente no reciben ningún tipo de entrenamiento en las dinámicas de los conflictos, ningún tipo de preparación psicológica, emocional, o basadas en la identidad, tampoco ninguna comprensión heurística básica. Por el contrario solo se les dota de prejuicios y motivaciones

⁴²⁶ Mesa, Domingo, “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento *critical legal studies*” *cit.*, pp. 129-159.

⁴²⁷ Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Courtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, *cit.*, pp. 391 y 392.

⁴²⁸ Cosacov, Gustavo, “El poder de los juristas (o de la necesidad de nombrar)”, en Bergalli, Roberto y Rivera Beiras, Iñaki (coords.), *Poder académico y educación legal*, Barcelona, OSPDH (Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona-Anthropos Editorial, 2008, p. 39.

⁴²⁹ Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Courtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, *cit.*, p. 380.

implícitas que impulsan y alimentan espirales de conflicto, confiándoles una herramienta poderosa, aunque totalmente inapropiada para el manejo de disputas: la demanda.⁴³⁰

Siguiendo ese estrecho proceso, cuando finalmente los estudiantes se enfrentan a la elección de qué hacer después de la graduación, éstos sienten que no tienen demasiada opción: “no tienen otra alternativa que la de trabajar en uno de los estudios convencionales”,⁴³¹ sin que esto necesariamente represente algo malo, pues, por un lado, la abogacía empresarial les ofrece a los estudiantes el mensaje de que están en la cima de la profesión,⁴³² de manera que muchos de los que se involucrarán en esta rama del derecho lo hagan a raíz de una clara sed de dinero y poder.

Como si necesariamente el razonamiento jurídico no se tratara de una cuestión política y económica, el programa de las facultades de derecho se forja con la pretensión implícita de lubricar la economía de mercado, generando el prototipo perfecto para este escenario: un abogado instrumentalista de las grandes corporaciones que tiene toda una visión desencantada del derecho (incluso muchas veces cínica), al verlo como un conjunto de meras oportunidades para realizar los deseos del cliente.⁴³³

Se podrán identificar múltiples factores, que varían de un contexto a otro. Sin embargo, los CLS concluyen que la educación jurídica es una de las causas primarias de la tendencia a la jerarquía, pues sostiene a la misma por analogía, aportándole un conjunto de ideas y creencias que la legitima, justificando las normas que subyacen a ella y que mistifica el razonamiento de los operadores del derecho. La educación jurídica estructura el conjunto

⁴³⁰ Bordone, Robert C., “The Lawyer as Bias Buffer or Bias Aggravator”, *cit.*, p. 449.

⁴³¹ Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Courtis, Christian, *Desde la otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, *cit.*, p. 389.

⁴³² Freeman, Alan, “Una mirada jurídica crítica sobre el ejercicio de la abogacía en el ámbito societario”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año 5, núm. 10, 2007, p. 72.

⁴³³ “Esto es una reelaboración de lo que Holmes llamó la visión del «hombre malo» de las reglas jurídicas como precios descontados por sanciones (o, para reducirlo aun más, por la probabilidad de hacer cumplir la sanción). En esta visión del mundo, los resultados del Derecho en el Estado regulador son simples aranceles sobre la conducta, un matorral de molestias obstruccionistas a los objetivos de sus clientes como para que sean reformulados. El abogado celoso de los intereses de su cliente juega las reglas para encontrar la salida a los límites y así bajar los aranceles lo más posible; si alguno de los límites es inevitable él «no sólo puede sino que debe» aconsejar romper las reglas y pagar la multa si el cliente todavía puede hacer una ganancia”. Gordon, Robert, “Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan”, *Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Paper 6, 2002, pp. 17 y 18.

de futuros abogados de tal manera que su organización jerárquica parece inevitable, enseñando un estilo de profesionalismo que no solamente es autoritario, sino que también induce a los abogados al mantenimiento de relaciones jerárquicas de dominación,⁴³⁴ a través de reglas (planes de estudios) y prácticas (experiencia en el aula). Si se suma a eso la manera en que el liberalismo y el conservadurismo han permeado la cultura global,⁴³⁵ según los CLS quedará demostrado cómo la cultura jurídica es parte del discurso legitimador del sistema político, y así el derecho no sólo actuará convenciendo de que el sistema social existente es justo, sino más bien enseñando que es inmutable.

Como se puede desprender de este análisis, la crítica que hacen los *critical legal studies* a la figura del abogado se efectúa más desde un aspecto ideológico-político que propiamente desde uno sustantivo u operacional, empatado con la teoría jurídica. Es decir, esta corriente no teoriza de forma explícita sobre el ejercicio de la abogacía, no sólo por su naturaleza no del todo propositiva o bien por ser consecuentes con el despliegue de su programa crítico, sino, y sobre todo, porque como movimiento antiformalista empatado en buena medida con el realismo norteamericano, y, por ende, con el positivismo jurídico, sus intereses al final del día se dirigen hacia temáticas enfocadas en develar y criticar el componente autoritativo del fenómeno jurídico, del cual el abogado tradicionalmente se encuentra desprovisto. Es decir, al final su atención vuelve a recaer una vez más en la figura del juez. No obstante, se pueden extraer distintas ideas que, a pesar de haber sido propuestas en otras épocas y en un contexto determinado, permanecen hasta hoy como puntos de referencia ineludibles para quienes quieren pensar las posibilidades transformadoras de la profesión a través del filtro de la enseñanza del derecho, sus textos, “conservan la frescura y el carácter provocativo que los hicieron conocidos”.⁴³⁶ La tarea de seguir analizando sus obras para desenmascarar los vínculos existentes entre derecho y poder, mostrando el carácter no neutral de lo jurídico al servicio a los sectores más poderosos de la sociedad, no es una meta cierta a conquistar,

⁴³⁴ Kennedy, Duncan, “Una conversación con Duncan Kennedy”, en Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como acción política*, cit., p. 92.

⁴³⁵ Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pp. 27 y 28.

⁴³⁶ No hay que olvidar que las ideas de Kennedy calan hondo en el pensamiento jurídico contemporáneo, pues, como afirma Roberto Gargarella, fue pionero en la promoción de un ataque radical contra los nocivos efectos de la educación jurídica tradicional, al mostrar de qué modo, tanto a través de los contenidos como de las formas de la enseñanza, las escuelas de derecho deformaban a camadas de estudiantes. Véase Gargarella, Roberto, “Prólogo”, en Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como acción política*, cit., pp. 9-12.

sino, por el contrario, es una batalla que habrá que librar incesablemente,⁴³⁷ en la que es necesario conjugar distintos elementos interdisciplinarios, para redimir la dimensión social intrínseca de la abogacía y resignificar el papel de estos operadores dentro de la filosofía jurídica. Y es que, como lo afirmó Felix Cohen, “justificar o criticar reglas jurídicas en términos puramente jurídicos es siempre razonar en un círculo vicioso”.⁴³⁸

El análisis iusfilosófico debería propulsar la crítica al problema de la aparente neutralidad del derecho, invitando a los abogados a autoasumirse como actores políticos de sus vidas profesionales, estando al tanto de los hechos sociales relevantes para evitar que el Estado imponga de manera absoluta las condiciones entre operadores del derecho y ciudadanos. Así, quienes ejercen la abogacía pueden encontrar entre las diferentes teorías jurídicas una interesante guía para determinar el contenido de la práctica jurídico-política y las diferentes maneras en que se satisfacen las necesidades sociales.

A manera de conclusión, es posible afirmar, en sintonía con Twining, que las “perspectivas «de arriba hacia abajo» están siendo persistentemente desafiadas por las perspectivas de «abajo hacia arriba», que van desde el hombre malo de Holmes a la teoría del usuario o a la justicia restaurativa o reparadora”.⁴³⁹

Bajo dicha lógica, y a manera de recapitulación, resulta importante destacar que por medio del presente apartado se estudiaron diversos movimientos antiformalistas, que si bien develan una tendencia por intentar adecuar y facilitar la comprensión de la figura del abogado en su estudio, lo cierto es que el rubro bajo el cual se podrían agrupar dichos abordajes teóricos quizá sería el de invisibilidad. Y aunque, claramente, no es lo mismo el descuido de los antiformalistas que el de los positivistas, la cualidad de ser invisible resulta ser el común denominador al momento de analizar a los abogados desde estas teorías del derecho, porque, si bien quienes postulan sus ideas bajo estas categorías de análisis pretenden presentar marcos más flexibles para potenciar sus cualidades, al final del día se termina deslegitimando a este operador como actor autorizado para conjugar el derecho en los libros y el derecho en acción. Es decir, dentro de los antiformalismos no es que el abogado se encuentre ausente del estudio iusfilosófico, sino que

⁴³⁷ La vigencia de los postulados de los CLS se actualiza de forma constante, ya que “denuncia, por todas partes, los abusos no solamente de la subsunción mecánica clásica sino de la ponderación valorativa contemporánea”. Véase López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, cit., p. 460.

⁴³⁸ Cohen, Felix, *El método funcional en el derecho*, cit., p. 27.

⁴³⁹ Twining, William, “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, cit., p. 358.

está ahí, pero no se le quiere ver, o en otros términos, se le invisibiliza para distinguir las formas tradicionales en las que se ha ambicionado entender al fenómeno jurídico.

A continuación, en el siguiente capítulo, se analizará la figura del abogado dentro del postpositivismo y las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica, pues no queda duda de que a partir del giro argumentativo en la teoría del derecho se han modificado una serie de esquemas tradicionales que posibilitan una serie de nuevas formas de pensar las profesiones jurídicas, y el derecho mismo.