

CAPÍTULO CUARTO

EL PROTAGONISTA IGNORADO

ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO POSTPOSITIVISTA

Qué lugar es ése al que nos llevarán nuestras palabras, las bellas durmientes, por caminos a menudo distintos, qué eriazo, qué infierno, qué nos espera allí

Roberto BOLAÑO⁴⁴⁰

Un común denominador en la narrativa de José Saramago es la ausencia, el abandono, la privación de algo. Ya sea la pérdida de la vista en *Ensayo sobre la ceguera*, el quebranto de la confianza en un sistema democrático descrito en *Ensayo sobre la lucidez*, el carácter ajeno de un Dios en *El Evangelio según Jesucristo*, o la profunda desafección hacia la finitud relatada a través de *Las intermitencias de la muerte*, todos ellos develan lo esencial que resultan ciertos elementos a los que usualmente estamos acostumbrados y no solemos valorar ni prestar atención.

Las dinámicas cíclicas a las que nos enfrentamos día a día pasan inadvertidas ante la certeza de la rutina. Sin cuestionarnos el rol de cada unidad en un determinado proceso, dando por hecho su vigoroso funcionamiento, desestimamos funciones y roles en el mismo. Cuando lo general absorbe a lo particular, y la totalidad del sistema difumina la individualidad de sus componentes, se corre el riesgo no sólo de invisibilizar aquello que suele estar normalizado, sino también de enaltecer lo preponderante, lo más ostensible y manifiesto.

En las novelas del escritor portugués, al momento en que se pierde o se eclipsa algo, irremediable e inmediatamente se fortalecen aquellos hechos y fenómenos sobresalientes que intentan ocultar y solventar dicha ausencia

⁴⁴⁰ “Poema para EVM”, en *La vida de los otros*, Barcelona, página personal de Enrique Vila-Matas, 2003.

que, bajo una primera impresión, parecerían irrelevantes, pero que al final de cuentas resultan vitales. Así, mientras las personas quedan ciegas, aflora el liderazgo mesiánico y egoísta; ante la desaparición de la intención de votar e incidir en sociedad, resurgen los partidos políticos; al momento en que Jesús de Nazaret explora su naturaleza mundana, aparece un Dios huraño y vengativo para cimentar su religión, y cuando las personas dejan de fallecer, renace el fervor por la vida.

De forma análoga, el predominante papel de los jueces al momento de decidir y tener la última palabra respecto al conjunto de normas que rigen una sociedad, a la par de la función primigenia y cardinal que cumplen los legisladores en los sistemas de justicia, ensombrece el desempeño de otros operadores jurídicos cuya importancia es igual, o quizás mayor, que la de los órganos legislativos y judiciales.

¿Qué pasaría si un día, de la noche a la mañana, desaparecieran todas aquellas personas que ejercen la abogacía? ¿Si los abogados dejaran de interponer acciones y recursos frente a los tribunales? ¿Si éstos desistieran de accionar el sistema, renunciando a fungir como aquellos que traducen en términos jurídicos los problemas sociales? ¿Qué ocurriría al momento en que quienes ejercen profesionalmente la defensa de las partes en un proceso desconocieran las normas dictadas por el legislador y así negaran la legitimidad del sistema?

Probablemente, las respuestas a todas estas preguntas sólo pudieran ser respondidas y ficcionadas, de manera congruente y precisa, en un relato de Saramago. Sin embargo, realizando un imprudente ejercicio de imaginación, es probable que lo primero que sucedería, una vez acaecida la extrañeza y la ineludible sensación de desconcierto, encuentre consonancia con el desentendimiento del rol de los abogados, justificando y solventando sus funciones en sociedad a través de otros actores del sistema. Incluso se podría figurar que la desaparición de los abogados conllevaría más beneficios que perjuicios.

La idea que reclama un mundo sin abogados ha encontrado consonancia en diversos acontecimientos cruciales a lo largo de la historia.⁴⁴¹ En

⁴⁴¹ También a través de las manifestaciones socioculturales se suele postular esta idea de la desaparición de la abogacía. Un importante referente fue desarrollado por Matt Groening, creador de la serie estadounidense de televisión *Los Simpson*, considerada por la revista *Time* como una de las mejores del siglo XX, quien realiza a través del personaje Lionel Hutz (también llamado Leobardo Luna en algunas versiones latinoamericanas), una fuerte crítica de carácter satírico sobre la abogacía, involucrando constantemente a este abogado en situaciones tan comprometidas como miserables, que muestran su ignorancia y su oportunismo. La irreverencia de Hutz es tal, que en un capítulo de la cuarta temporada de la serie, titulado “*Marge en cadenas*”, llega al extremo de preguntarse a sí mismo: ¿cómo sería un mundo sin

1791, en el marco de la Revolución francesa, para intentar disipar el fervor por la profesión jurídica y, en general, aspirando a abolir distintas exclusividades de las corporaciones gremiales, se decidió decretar la posibilidad de que cualquier persona pudiera ejercer como abogado, sin necesidad de cumplir algún requisito formal. Así, los revolucionarios franceses eliminaron la orden y los cuerpos de abogados;⁴⁴² en igual forma, Federico El Grande realizó un intento por suprimir a los abogados,⁴⁴³ y durante la Revolución rusa ocurrió algo similar a lo acontecido en Francia.⁴⁴⁴

Ahora bien, al final de cada uno de estos hechos históricos relatados, la abogacía fue restablecida por las arduas condiciones sobrevenidas ante su ausencia. Resulta difícil pensar que un sistema de justicia pueda llegar a funcionar sin el accionar de quienes ejercen este importante papel, o que sencillamente un mundo sin abogados pueda ser un mundo mejor. Su decisivo rol en la construcción de instituciones que han servido de sustento a nuestras civilizaciones (como se evidenció en el primer capítulo) descubren a los abogados como el motor del sistema, como la chispa de ignición que provoca el estallido de un sinfín de procesos sociales. Quienes ejercen de abogados se encuentran posibilitados para crear y establecer vínculos, a manera de puentes, entre la sociedad y el derecho; es decir, son aquellas personas que traducen los intereses sociales a términos jurídicos.

En sintonía con la propuesta expuesta por Maureen Cain y Christine Harrington⁴⁴⁵ sobre el derecho como discurso que moldea la conciencia, los abogados serían “ideólogos conceptuales” o “imaginativos negociantes de palabras”,⁴⁴⁶ cuyas actividades lingüísticas poseen el formidable potencial

abogados?, imaginando así una agradable escena donde personas de todas las nacionalidades del mundo cantan felices tomados de las manos bajo un sol resplandeciente. En este caso, la idea sobre la desaparición de la abogacía, parecería sencillamente una ingeniosa ocurrencia sin otra finalidad más que divertir, o acaso postular una idílica propuesta respecto a los abogados que, en buena medida, se corresponde con un supuesto estereotipo sobre las caracterizaciones negativas que suelen distinguir a estos operadores jurídicos dentro de un orden normativo.

⁴⁴² Malatesta, María, *Professional Men, Professional Women. The European Professions from the 19th Century until Today*, Bolonia, SAGE Studies in International Sociology Publications Ltd, 2011, p. 19.

⁴⁴³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Los operadores jurídicos”, *cit.*, p. 462.

⁴⁴⁴ Bascuñán Valdés, Aníbal, *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales-Colección de apuntes de clase núm. 8*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, p. 60.

⁴⁴⁵ Cain, Maureen y Harrington, Christine, *Lawyers in a Post-modern World: Translation and Transgression*, Nueva York, New York University Press, 1994.

⁴⁴⁶ Bergoglio, María Inés, “Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina”, *Revista VIA IURIS*, núm. 6, enero-junio de 2009, p. 24.

de hacer cosas, de transformar realidades. Ejecutando múltiples estrategias de organización del lenguaje, los abogados manifiestan sus pretensiones, a través de diferentes estructuras racionales de índole discursiva y argumental, con el ánimo de conjugar las intenciones y propósitos de sus representados para persuadir a quienes ostentan el poder en el sistema e incidir en la realidad social. Entonces, se podría decir que, “en palabras simples, en ciertos contextos un buen abogado es como un buen traductor”,⁴⁴⁷ pues uno de sus principales roles consiste, justamente, en construir y expresar ideas de cierta forma que puedan ser entendidas de manera clara y contundente.

Así como los magos pronuncian determinadas palabras, a la par de realizar ciertas acciones, para producir magia y utilizarla como artilugio para transgredir las leyes de la naturaleza, los abogados articulan oraciones, edifican la comunicación entre las partes involucradas en el proceso, para accionar el sistema de justicia y emplear el derecho como mecanismo práctico al servicio de ciertos fines. Y es que “los abogados modernos son, en realidad, poderosos hechiceros. La principal diferencia entre ellos y los chamanes tribales es que los abogados modernos cuentan relatos mucho más extraños”.⁴⁴⁸ Relatos tan raros como singulares, construidos a partir de un lenguaje artificial, eminentemente técnico, y muchas veces abrumador, debido al grado de especialización en el derecho y a los ánimos por la unicidad en los conceptos relevantes para este campo. El riesgo latente que engloba esta idea del abogado como hechicero de las palabras, lamentablemente, también puede interpretarse como un bastión más de un constructo social ajeno a la ciudadanía, interponiendo barreras lingüísticas entre ésta y el fenómeno jurídico, ese fantástico operador social se torna entonces como un peligroso agente que monopoliza y manipula a conveniencia el derecho.

En ese sentido, cuando la teoría de las razones para la acción, en obras como la de Ronald Dworkin o Carlos Santiago Nino, ha contribuido notablemente al desarrollo de un giro argumentativo en la filosofía del derecho contemporánea (renovando el interés por los usos del lenguaje en las diversas instancias en que este se despliega y, sobre todo, estudiando el razonamiento llevado a cabo por los juristas), se esperaría que la figura del abogado, dentro de las mismas, tuviera un rol preponderante. Sin embargo, esto no es así, pues, como bien lo menciona Manuel Atienza, un defecto notorio en los autores que difunden y despliegan las teorías de la argumentación

⁴⁴⁷ Coloma, Rodrigo y Agüero San Juan, Claudio, “Los abogados y las palabras. Una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de derecho”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, núm. 1, 2012, p. 62.

⁴⁴⁸ Harari, Yuval Noah, *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, trad. de Joandomènec Ros, Madrid, Debate, 2014, pp. 41 y 42.

que se encuentran marcando pauta dentro de la filosofía jurídica, a partir de finales de los años setenta del siglo XX (como Aarnio, Peczenik o MacCor-mick), es el haberse centrado exclusivamente en las fundamentaciones de las decisiones tomadas por los tribunales superiores, quedando fuera de estudio numerosos contextos en los que se argumenta jurídicamente.⁴⁴⁹

Por su parte, Ramón Soriano advierte sobre lo mucho que se ha escrito sobre el derecho (como producto de las profesiones jurídicas), sin que se conozcan necesariamente las condiciones, circunstancias y limitaciones en las que sus operadores laboran con el mismo, ya que al momento en que las profesiones jurídicas han seguido la suerte del derecho éstas deben ser consideradas como importantes colectivos que favorecen su integración y eficacia.⁴⁵⁰ En el caso específico de los abogados, al ser “la profesión más adentrada en todos los intersticios sociales, políticos y económicos”,⁴⁵¹ su impacto público requiere especial atención para definir su razonamiento jurídico frente al panorama que se presenta.

La preponderancia que otros operadores jurídicos gozan por parte del análisis iusfilosófico, a diferencia del abogado, es una cuestión por resolver, una cuestión que, además de considerar un factor temporal (que implica un abordaje histórico de su figura particular, como bien se observó en el primer capítulo), conlleva también la disposición por contemplar al sistema como conjunto, como la suma de muchas acciones individuales de igual importancia, que permiten su funcionamiento colectivo. Dejar de ignorar las labores argumentativas de los abogados, en definitiva, nos guiará a nuevos territorios y posibilidades teóricas para enfrentar de mejor manera los retos que implica la práctica jurídica del día a día, permitiéndonos, a su vez, descubrir a estos operadores como aquellas personas que con sus palabras aceitan y propulsan esa gran empresa que es el derecho. No se equivoca José Saramago cuando afirma: “El mundo gira sobre palabras lubrificadas con aceite de paciencia”.⁴⁵²

POSTPOSITIVISMO JURÍDICO

Desde hace ya algunos años se discute sobre las grandes transformaciones en la forma de abordar el fenómeno jurídico y en la concepción del Estado

⁴⁴⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 703.

⁴⁵⁰ Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 417.

⁴⁵¹ Hernández Gil, Antonio, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Autor, 1997, p. 218.

⁴⁵² Saramago, José, *El equipaje del viajero*, México, Alfaguara, 1998, pp. 51 y 52.

de derecho en distintos países de Europa y Latinoamérica. A raíz de dichos cambios, más o menos ocurridos a partir de la Segunda Guerra Mundial, la sociedad ha experimentado un proceso gradual de constitucionalización del orden jurídico, es decir, una profunda variación en el entendimiento, interpretación y aplicación de la Constitución, que a su vez conlleva una toma de conciencia colectiva sobre las implicaciones de dicho ordenamiento en la vida social.

A la par de

esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista,⁴⁵³

un rótulo no exento de múltiples críticas⁴⁵⁴ y constantes polémicas histórico-conceptuales,⁴⁵⁵ que, en mayor o menor medida concibe al fenómeno jurídico “como práctica social orientada a la consecución de ciertos fines y objetivos considerados valiosos, y en el que la argumentación pasa a ocupar un lugar fundamental”.⁴⁵⁶

Así las cosas, entender al derecho como argumentación consiste, preponderantemente, en ejercer la toma de decisiones y proporcionar razones a favor de las mismas para resolver alguna cuestión en específico. En ese sentido, habrá que tener presente que “los razonamientos son siempre relativos a un lenguaje”,⁴⁵⁷ y, como tales, resultan indisolubles de los operadores jurídicos. De ahí que el rol de los abogados bajo esta concepción resulte fundamental, porque “los abogados solo poseen el lenguaje como la única herramienta para transportar sus pensamientos. Ellos deben adquirir y afi-

⁴⁵³ Aguiló, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *cit.*, p. 666.

⁴⁵⁴ “Se ha llegado incluso a improvisar una etiqueta de circunstancias —«post-positivismo»— de nulo poder explicativo”. Véase Bayón, Juan Carlos, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 35.

⁴⁵⁵ Lloredo, Luis, “Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración”, *cit.*

⁴⁵⁶ Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 12.

⁴⁵⁷ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, p. 109.

lar de la manera más fina y efectiva dicho instrumento. Ellos deben amar las palabras y usarlas de forma exacta”.⁴⁵⁸

Por tanto, en un primer momento, resulta necesaria la articulación de una serie de conceptos que permitan no sólo constituir teóricamente esta dimensión argumentativa del derecho (a manera de una nueva y renovada especie de metodología jurídica),⁴⁵⁹ sino que también, de forma posterior, siente las bases para la estructuración de ciertos criterios y parámetros para que esta actividad pueda ser analizada, evaluada y ejecutada de la mejor manera posible.

Ahora bien, en torno a los esquemas propuestos por los enfoques argumentativos del derecho, oscilan una serie de postulados que resultan indispensables para comprender la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. La idea que sostiene que la vinculación entre el derecho y la moral va más allá de sus propios contenidos para alcanzar y permear su carácter intrínseco se ve reflejada por medio de los principios jurídicos, “normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas)”.⁴⁶⁰ Entendidos así, los principios dotan de sentido a las reglas, y funguen como instrumentos para la protección y promoción de ciertos valores y como resultados de un balance entre principios para el caso que regulan.⁴⁶¹

De tal forma que “el postpositivismo no es una teoría neoconstitucionalista del Derecho, como no es tampoco una nueva forma del Derecho natural”,⁴⁶² que acarrea un legalismo ético de irremediables confusiones entre derecho y moral, sino una robusta concepción de índole pragmatista que, mediante la aplicación de principios, exige una deliberación práctica de sus participantes. En otras palabras, las concepciones argumentativas del derecho podrían concebirse como un conjunto de teorías conciliadoras que encuentran en la integración de las diversas esferas de la razón práctica la manera más adecuada de dar cuenta del fenómeno jurídico en el Estado constitucional.

⁴⁵⁸ Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making your Case: The Art of Persuading Judges*, St. Paul, Thomson/West, 2008, p. 23.

⁴⁵⁹ Para una referencia que, desde los años ochenta vislumbraba y sostenía cómo las teorías de la argumentación jurídica, a la luz de las nuevas epistemologías, se emparentan con la reconstrucción de las teorías clásicas de la metodología jurídica. Véase García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 3, 1986.

⁴⁶⁰ Aguiló, Josep, “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *cit.*, p. 669.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 669 y 670.

⁴⁶² Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, *cit.*, p. 112.

A su vez, el constitucionalismo postpositivista (otra manera de referirse a las teorías de la argumentación jurídica) ha encontrado resonancia a lo largo de la historia contemporánea de la teoría del derecho por medio de dos diferentes momentos de formación, identificados y nominados por Atienza:⁴⁶³ el primero, desarrollado durante los años cincuenta del siglo XX, engloba bajo el rubro de “los precursores” a juristas, como Theodor Viehweg, Chaïm Perelman y Stephen Toulmin, que a pesar de reavivar los intereses por la argumentación (por ejemplo, renovando la tópica como método alternativo para resolver cuestiones prácticas, recuperando la tradición retórica aristotélica como un procedimiento aceptable para fundamentar, al realizar una aproximación a la lógica informal, o cuando se diferencia entre los razonamientos analíticos y los dialécticos), ninguno termina desarrollando propiamente un tratado sobre argumentación jurídica. El segundo, agrupado bajo la etiqueta de “la teoría estándar” y a partir de una serie de trabajos de Neil MacCormick y de Robert Alexy aparecidos a finales de los años setenta (aunque bien es posible incluir también a otros autores como Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik o Jerzy Wròblewski),⁴⁶⁴ parte de una clara distinción, por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido con la decisión, y, por el otro (en el plano del discurso), entre el carácter justificativo y el descriptivo y explicativo, para así postular “una teoría integradora que pudiera dar cuenta de la lógica y de la razón práctica (lo que, de alguna forma, resulta plasmado en la clásica distinción entre la justificación interna y la justificación externa de las decisiones jurídicas)”.⁴⁶⁵

Coinciendo todas estas visiones en resaltar la importancia del razonamiento práctico y en la necesidad de conjugar en las mismas un objetivismo moral (aunque sea de forma mínima), resulta evidente que las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica se encuentran en una posición inmejorable para dejar de fomentar una visión de nuestras instituciones jurídico-políticas como un encadenamiento de meros actos de poder y comprender así al derecho, antes que desde su dimensión violenta y opresiva, a partir de sus posibilidades de apertura a la consecución de ciertos fines socialmente válidos.

⁴⁶³ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁶⁴ Es pertinente mencionar que, para Atienza, “las obras de Dworkin o de Nino (que no formaban parte de la teoría estándar, al menos como él la entendía) han contribuido de manera notable al desarrollo de ese giro argumentativo. También ha sido importante el interés por el estudio de las falacias y el desarrollo de la lógica informal que tuvo un precedente notabilísimo en la obra del uruguayo Carlos Vaz Ferreira, en las primeras décadas del siglo XX”. Véase Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 104.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

Sin embargo, a veces parece que estas teorías han sido complejizadas hasta niveles insospechados,⁴⁶⁶ como si “los juristas hubieran heredado la actitud medieval que considera a los conceptos, abstracciones y a cualquier nombre general como algo más real que los hechos concretos y las cosas de la auténtica vida”,⁴⁶⁷ decantando, muchas veces, en las más variadas e incluso disparatadas técnicas o estrategias argumentativas para distorsionar el derecho, interpretándolo a discreción (pero con apariencia de objetividad) y sin ningún tipo de sujeción a los textos legales y constitucionales.⁴⁶⁸ No hay que olvidar que los riesgos que conlleva entender al derecho como argumentación, en ocasiones, provocan que los discursos jurídicos de sus operadores, si bien pueden ser utilizados como catalizadores de amplios procesos de construcción social, también pueden fungir como una suerte de barrera y de exclusión lingüística, desencadenando arbitrarios procesos que tienden a convertirse en un obtuso debate hermético entre especialistas, en el que el no iniciado, reducido a la impotencia, queda inmediatamente excluido, obligado a delegar a un abogado su palabra, su libertad, y a veces su vida.⁴⁶⁹

Por ello, no se equivoca Genaro Carrió, quien resulta un caso excepcional por haber ejercido fundamentalmente como abogado antes de dedicarse a la academia y después a las funciones jurisdiccionales,⁴⁷⁰ cuando

⁴⁶⁶ La utilización de fórmulas matemáticas para realizar ejercicios de ponderación entre principios con el fin de justificar racionalmente una decisión (contradicidiendo el espíritu de la argumentación jurídica en la medida que parecería que ante la ausencia de formalidad no existe convicción), o el otorgamiento de “pesos” a determinados valores a partir de pautas objetivas y cognoscibles (minando por completo la utilidad práctica de este tipo de teorías), son algunos ejemplos que ponen de relieve lo afirmado. En específico, sobre algunas dudas que plantea el modelo de ponderación propuesto por Robert Alexy para resolver los conflictos entre principios que establecen derechos, véase Moreso, Josep Joan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 227 y ss. No por nada, de forma crítica, se ha mencionado que “la teoría de la argumentación jurídica —a pesar de que procure colocarse en confrontación con el positivismo-normativista— no superó el esquema representacional sujeto-objeto, porque continúa en la búsqueda de reglas previas (procedimientos) que pueden conformarse deductivamente, las decisiones judiciales”. Véase Strecj, Lenio Luiiz, “La expansión de la hermenéutica filosófica en el derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012, p. 230.

⁴⁶⁷ Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 32.

⁴⁶⁸ Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, p. 80.

⁴⁶⁹ Vergès, Jacques, *Justicia y literatura*, Barcelona, Ediciones Península, 2013, p. 175.

⁴⁷⁰ A pesar del fuerte componente práctico en la obra teórica de este pensador argentino, es difícil afirmar que su libro *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso* sea el de mayor utilidad para los temas abordados en este apartado, o se pueda alinear dentro del giro argumentativo

escribió que: “El lenguaje específico del derecho, con su ejército de palabras divorciadas del uso común, puede llegar a ser un obstáculo formidable en el camino de la claridad y aún de la sensatez”.⁴⁷¹

Y, sin embargo, los abogados “tan dados, a usar —e inventar— un lenguaje lo más abstruso posiblemente, hermético e imposible de entender por los «legos» o »no letrados»”,⁴⁷² al mismo tiempo, por su naturaleza ambivalente y potencialidades transformadoras, engloban una serie de características divergentes que los habilitan “para abrir un sin fin de nuevas posibilidades en la práctica política”.⁴⁷³ Utilizando sus palabras para facilitar las relaciones sociales, revelando aspectos que tradicionalmente han quedado olvidados al interpretar el derecho, o bien empleando sus argumentos como herramienta social para la construcción de ciertos fines y valores.

Bajo ese orden de ideas, se pensaría que el análisis de sus argumentaciones resulta fundamental para comprender el correcto funcionamiento de las distintas instancias y contextos en los que se despliega el derecho en nuestros Estados constitucionales. Pero, lamentablemente, esto no es así, puesto que se sigue concibiendo a estas actividades como procesos eminentemente verticales (del legislador al juez y del juez al ciudadano). Así, no sólo se ha desatendido por completo a la figura del abogado, sino que también se han clausurado distintas alternativas por entender al derecho como un proceso reticular y abierto, en el que están involucradas múltiples instancias de poder de diferente rango, influencia y naturaleza.

de la teoría del derecho. De hecho, como él mismo escribe antes de iniciar dicha obra, que surge a partir de un par de conferencias, su propósito es “proporcionar a los abogados recién recibidos ciertas informaciones básicas destinadas a atenuar el impacto, generalmente desconsolador, de los primeros años en la vida profesional”. Carrió, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 9. Resulta oportuno mencionar que, tanto por cuestiones metodológicas como sustantivas (y sin la menor intención de demeritar su labor), la obra de Carrió no será abordada en lo específico en este capítulo, más allá de referencias que puedan entroncarse con los fines de esta investigación. No obstante, obras como *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria o Recurso de amparo y técnica judicial*, resultan esclarecedoras para comprender no sólo la importancia que resulta de combinar la práctica con la teoría, sino también para comprender el funcionamiento de las instituciones de justicia y el rol técnico de quienes ejercen la abogacía en un contexto determinado. Véase Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983; Carrió, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial (análisis del caso “Kot”)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.

⁴⁷¹ Carrió, Genaro, “Palabras previas del traductor”, en Cohen, Felix, *El método funcional en el derecho*, cit., p. 8.

⁴⁷² Correas, Óscar, “Contradicciones normativas, pluralismo jurídico y ¿qué harán los jueces?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 12, 2009, p. 119.

⁴⁷³ White, Lucie E., “Seeking the Faces of Otherness”, en Carle, Susan D., *Lawyer’s Ethics and the Pursuit of Social Justice. A Critical Reader*, cit., p. 43.

Entonces, es posible afirmar que el análisis de los contextos en los que argumentan los abogados ha sido ignorado por parte de la mayoría de los teóricos que han impulsado el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea. Ignorado en el sentido de saber sobre su existencia, incluso conocerla para el análisis de los argumentos de otros operadores jurídicos, pero evitando prestarle minuciosa atención o, simple y sencillamente, aparentando no conocerla. De ahí el título de este capítulo. No cabe duda de que las explicaciones sobre la no tematización de las argumentaciones de los abogados serán diversas, y probablemente cada autor en lo particular responda a razones diferentes. Sin embargo, desatender de forma general a estos operadores resulta llamativo en el sentido de que no se pueden disociar las labores de los abogados de su íntima relación con el lenguaje, entendidos como agentes capacitados y habilitados para manipular las palabras, para moldearlas a conveniencia y provocar efectos acordes a sus objetivos. Bien lo dijo Bourdieu: “Los abogados son maestros del lenguaje”,⁴⁷⁴ y, como tales, tienen que fungir como pieza fundamental dentro de una concepción postpositivista del derecho.

A continuación, modestamente se han seleccionado tres autores imprescindibles en la teoría del derecho contemporánea, juristas teóricos que han conducido las principales líneas de pensamiento dentro de estos cambios que ha experimentado el fenómeno jurídico y la sociedad durante las últimas décadas: Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza. A partir de ellos, se problematizarán aspectos específicos de sus obras en relación con diversas implicaciones de la figura del abogado en el Estado constitucional de derecho. Esto, con la intención de destacar algunas de sus principales proposiciones en relación con los operadores jurídicos en estudio, y también para poner de relieve diversas críticas, no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también política-ideológica, al respecto. El propósito final de este estudio será dejar de ignorar al abogado y llamar la atención sobre su urgente tematización dentro del análisis iusfilosófico postpositivista.

1. Ronald Dworkin: ¿deben nuestros abogados ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?

En un reciente trabajo de Gerald Postema que indaga críticamente las razones que pueden llegar a explicar la tradicional falta de arraigo social de la ciencia del derecho anglosajona durante el siglo pasado,⁴⁷⁵ destaca

⁴⁷⁴ Bourdieu, Pierre, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Barcelona, Anagrama, 2009, p. 24.

⁴⁷⁵ Postema, Gerald, “Jurisprudence, the Sociable Science”, en Banas, Pawel *et al.* (eds.), *Metaphilosophy of Law*, Oregon, Hart Publishing, 2016, pp. 9 y ss.

una explicación de índole sociológica resumida a través de una frase de A. H. Campbell según la cual “muy pocos de nuestros abogados han sido filósofos y muy pocos de nuestros filósofos han sido abogados”.⁴⁷⁶ Aunque, si bien ideada dentro de un determinado contexto geográfico y siguiendo una cierta tradición cultural, la cita es apropiada porque resalta las incompatibilidades generales que muchas veces resultan de dar cuenta de la práctica jurídica desde la teoría filosófica. Esto, en mayor o menor medida, evoca la polémica pero célebre categorización binaria propuesta por Norberto Bobbio en torno a la filosofía del derecho realizada por filósofos y la que es construida por juristas,⁴⁷⁷ la cual, en su opinión, resultaba más fructífera e interesante. Así, la desestima a múltiples pensadores que a lo largo del siglo XX han realizado contribuciones teóricas al estudio de la ciencia jurídica (desde Gadamer, pasando por Derrida y Ricœur, hasta Foucault y Cassirer), resulta un claro ejemplo del inconsistente y distante vínculo interdisciplinario del derecho. Y es que, como bien aclara Jesús Vega, la predilección por

la “filosofía del Derecho de los juristas” viene respaldada por un argumento muy fuerte: la remisión empírica a la categoría jurídica, a los conceptos jurídico-positivos, a la práctica real del Derecho. La iusfilosofía ha de ser una “filosofía del Derecho positivo”, construida sobre los problemas que plantean los Estados de Derecho contemporáneos y su compleja tecnificación legal-administrativa o su progresiva constitucionalización, en vez de una reflexión especulativa o improductiva (metafísica o dogmática).⁴⁷⁸

Más allá de las incessantes pretensiones separatistas del fenómeno jurídico respecto a otras disciplinas y campos sociales (no por nada el mismo Bobbio se llegó a referir al derecho como ese “huerto cerrado y de acceso prohibido al personal ajeno a la obra”), la complejidad que implica armonizar las ideas sobre el derecho con lo que realmente ocurre en el plano fáctico, por lo general, ha provocado un desentendimiento entre los principales actores involucrados. De hecho, es común que, en el imaginario colectivo, persista la idea de que mientras, por un lado, los juristas prácticos reprochan a los científicos del derecho desconocer sus verdaderas dinámicas, por el otro,

⁴⁷⁶ Campbell, A. H., “Introduction to Georgio Del Vecchio”, en Del Vecchio, Giorgio, *Justice: An Historical and Philosophical Essay*, Nueva York, Philosophical Library, 1953, p. 14.

⁴⁷⁷ Bobbio, Norberto, “Natura e funzione della filosofia del diritto”, *Giusnaturalismo e positivismo giurídico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 43 y ss.

⁴⁷⁸ Vega, Jesús, “La filosofía del Derecho como filosofía práctica”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law [Online]*, núm. 34, 2018, pp. 4 y ss.

éstos censuran la falta de reflexión teórica como elemento formalizador por parte de aquéllos. La contraposición resulta trágica al momento en que no pocas concepciones del derecho —como se ha tratado de demostrar a lo largo de la presente investigación— han estructurado sus ideas desde una óptica que permita la confluencia y la interacción entre ambos ámbitos del mismo fenómeno, una visión que pueda resultar fructífera para los teóricos así como funcional para quienes practican el derecho.

En ese sentido, la figura de Ronald Dworkin viene a significar un paraguas dentro del canon iusfilosófico contemporáneo, un personaje excepcional cuya obra vino a reanimar por completo el panorama jurídico en la teoría y la práctica, “pues el método que utilizó para desarrollar sus principales posturas es tanto descriptivo como prescriptivo”.⁴⁷⁹ Un método que renuncia a la neutralidad, y, por el contrario, se compromete con los principios y valores que subyacen al sistema jurídico, pues para Dworkin,

toda teorización política y social, incluida la teoría jurídica, debe expresar algún “compromiso valorativo” por parte del teórico, ya que todo intento de captar cualquier práctica o institución social debe ser al mismo tiempo una interpretación de las mismas. La mejor interpretación de una práctica es la que intenta darle su mejor sentido y esto exige construir la versión más atractiva desde el punto de vista valorativo que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad.⁴⁸⁰

Más allá del plano meramente intelectual, una de las razones que pueden llegar a explicar esta forma de comprender el derecho en Dworkin obedece a su particular biografía profesional. En efecto, antes de fungir, propiamente, como académico y comenzar a bosquejar su teoría jurídica, éste (a diferencia de la gran mayoría de los juristas teóricos) tuvo la oportunidad tanto de trabajar en sede judicial como de ejercer la abogacía en un gran despacho de abogados de Wall Street.⁴⁸¹ De esta última faceta, que poco se conoce, vale la pena resaltar un par de anécdotas, no sólo para contextualizar su figura, sino también para intentar indagar si las ideas de Dworkin pueden servir en concreto para los abogados.

⁴⁷⁹ McCaffery, Edward J., “Ronald Dworkin, Inside-Out”, *California Law Review*, vol. 85, núm. 4, 1997, p. 1047.

⁴⁸⁰ Bengoetxea, Joxerramon, “Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick”, *cit.*, p. 287.

⁴⁸¹ Véase Hodgson, Godfrey, “Ronald Dworkin Obituary”, *The Guardian*, 14 de febrero de 2013.

Una vez que terminó la carrera, debido a sus buenas calificaciones, Ronald Dworkin trabajó como oficial⁴⁸² del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, bajo el mando de uno los más prestigiosos e influyentes juristas en el país, el juez Learned Hand.⁴⁸³ Después de un tiempo, al finalizar la década de los cincuenta, recibió una oferta por parte de uno de los principales socios de la firma de abogados *Sullivan & Cromwell*, aduciendo que “era un período muy emocionante para ejercer la abogacía y que en cuanto antes se integrara al despacho mejor, pues tendría más diversión”.⁴⁸⁴ Así, durante casi cuatro años, de 1958 a 1962, y después de rechazar la oportunidad de involucrarse en la Corte Suprema con el juez Felix Frankfurter (famoso no sólo por su inteligencia, sino tambié por la habilidad con la que promovía las carreras de sus protegidos), Dworkin trabajó como abogado especializado en materia de transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, al final, el ejercicio de ese tipo de abogacía no terminó por convencerlo. En sus palabras, “sentí que el trabajo ordinario de los abogados no me interesaba especialmente”.⁴⁸⁵ De hecho, años después confesaría que dejó pasar una gran oportunidad al rechazar la Corte Suprema: “fue un error muy serio, el cual nunca terminé de entender por qué lo hice; quizá, simplemente, estaba ansioso por comenzar”.⁴⁸⁶

Aunado a eso, es pertinente mencionar que otra de las razones que hicieron que Dworkin abandonara la abogacía obedeció a los constantes viajes que realizaba a Suecia (debido a que uno de sus principales clientes era una prominente y conocida familia sueca conformada por banqueros, industriales, políticos, burócratas y diplomáticos), lo cual hizo que pasara mucho tiempo lejos de su familia, trabajando en Estocolmo.⁴⁸⁷ Por eso, una vez que Dworkin abandonó la firma de abogados, se buscó un trabajo en la Universidad de Oxford para iniciar una prominente carrera como académico. A pesar de que, como él mismo mencionó, la teorización filosófica sobre el

⁴⁸² Las funciones en específico que realizaba Dworkin en el Poder Judicial eran las de fungir como *clerk*, un puesto de funcionario, tal vez, que podría equipararse al de secretario de juzgados; el cual, sin embargo, resulta de mayor amplitud, pues sus labores y responsabilidades oscilan entre llevar a buen término el funcionamiento administrativo de la oficina del juez de quien depende, y realizar diligencias específicas de índole sustantiva.

⁴⁸³ Hodgson, Godfrey, “Ronald Dworkin Obituary”, *cit.*

⁴⁸⁴ Liptak, Adam, “The Transcendent Lawyer”, *The Law School - The Magazine of the New York University School of Law*, Nueva York, otoño de 2015, p. 18.

⁴⁸⁵ *Idem.*

⁴⁸⁶ *Idem.*

⁴⁸⁷ Cuenta una anécdota que su primera esposa objetó el tiempo que este pasaba viajando y le mandó un telegrama diciendo que tenía un año para conseguir un nuevo trabajo o conseguir una nueva esposa. Véase Hodgson, Godfrey, “Ronald Dworkin Obituary”, *cit.*

fenómeno jurídico si bien requiere de ciertas habilidades considerables, al final del día, dicha actividad resulta sencilla “en comparación con otros tipos de filosofía”.⁴⁸⁸ De ahí que el interesante ejercicio intelectual que despliega la obra de Dworkin resulte tan novedoso como arriesgado “por comprender a la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía en general”.⁴⁸⁹

En ese sentido, no cabe duda de que el trabajo de Dworkin, además de reflejar un fuerte componente práctico, que en buena media es posible retrotraer a sus propias experiencias, también resulta una invitación a la reflexión filosófica en el ejercicio de la profesión. Es decir, parte de la importancia de que los operadores jurídicos entiendan sus actividades como una posibilidad para construir y mejorar el mismo derecho. No por nada se ha dicho que “los escritos de Dworkin están repletos de referencias a cómo los abogados y jueces piensan, hablan y escriben”.⁴⁹⁰

En un conocido e interesante ensayo, escrito a principios de siglo, Dworkin se preguntaba si los jueces deben y pueden ser filósofos.⁴⁹¹ Si nuestros juzgadores, al intentar alcanzar una solución sensata y resolver los casos que plantean las complejas dinámicas sociales, se encuentran, en primer lugar, ante el ineludible reto de afrontar cuestiones de índole moral desde una perspectiva más allá de la esencialmente jurídica y después, en un segundo momento, si su formación filosófica resulta conveniente y realista. Ante este par de cuestionamientos, el jurista norteamericano, después de distinguir y criticar varias posturas evasivas que sorteán el uso de la filosofía en el ejercicio jurisdiccional, concluía su trabajo, no sólo afirmando que los jueces deben y pueden ser filósofos, sino también aconsejando a estos operadores jurídicos realizar sus labores de manera sincera y comprometida, para la consecución de un mejor sistema de justicia.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Liptak, Adam, “The Transcendent Lawyer”, *cit.*, p. 18.

⁴⁸⁹ Dworkin, Ronald, “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 1, 1984, p. 79.

⁴⁹⁰ McCaffery, Edward J., “Ronald Dworkin, Inside-Out”, *cit.*, p. 1058.

⁴⁹¹ Dworkin, Ronald, “Must our Judges be Philosophers? Can they be Philosophers?”, *New York Council for the Humanities, Scholar of the Year Lecture*, 2000. Vers. cast. de Leonardo García Jaramillo, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos?”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 32, abril de 2010.

⁴⁹² Recientemente, y siguiendo tales ideas, Rodolfo Vázquez ha puesto de manifiesto y difundido la necesidad del conocimiento filosófico en la impartición de justicia. Por medio de diferentes ejemplos acontecidos en el ámbito latinoamericano, este autor materializa la apremiante precisión de que las preguntas formuladas por Dworkin sean contestadas en sentido afirmativo, “tanto por lo que hace a la clarificación de conceptos, como a la necesidad de argumentación para decidir en una pugna de valores”. Véase Vázquez, Rodolfo, “Jueces, de-

Sin embargo, a pesar de que la perspectiva postpositivista se encuentra guiando las principales discusiones de los fenómenos jurídicos en las actuales democracias constitucionales, mostrando especial atención por la motivación y justificación en la toma de decisiones, resulta cuestionable que Dworkin no sólo piense en si los jueces deben o no ser filósofos, sino también en si sus postulados pueden trasladarse más allá de un exclusivo y monológico discurso jurisdiccional. Así, antes que bosquejar un *abogado Hércules*, o que la tesis de la única respuesta correcta sirva (además del juez) a otros operadores jurídicos, parecería que en el fondo algunas de las más importantes y novedosas ideas dworkinianas coinciden con la remota crítica al exacerbado legalismo decimonónico formulada por Hermann Kantorowicz, quien, frente a la profusa visión del Estado como el único productor de normas jurídicas, dedicó su esfuerzo teórico-crítico a resaltar la figura del juez, pensándolo como alguien ilustrado (“*de la cultura del juez depende en último grado todo progreso del desarrollo jurídico*”)⁴⁹³ y no como mero robot mecánico al servicio del legislador. Dichas propuestas que buscan impulsar un juez formado no solo, obviamente, en cuestiones jurídicas, sino al mismo tiempo en otros tantos campos del conocimiento, aspirando a construir versiones terrenales de ese rimbombante prototipo de juzgador *Hércules*, jueces teóricos y prácticos, precisamente, jueces filósofos, no hace más que abonar la desvalorización de otros operadores que influyen en el ejercicio diario del derecho e insistir de nueva cuenta en el juez como la panacea a todos los problemas que aquejan a nuestro entorno.

Y es que las condiciones antes referidas han provocado que los jueces adquieran una preponderancia pocas veces vista en las trayectorias contemporáneas de la historia del derecho. Es posible entender su protagonismo, adquirido en los últimos tiempos, como reflejo de “un elemento corrector del sistema político democrático, que debe operar cuando se afectan derechos fundamentales, o cuando las instituciones públicas excluyen intereses legítimos contemplados en el ordenamiento jurídico”.⁴⁹⁴ De hecho, como afirma Guastini, “cuando se habla de razonamiento jurídico, casi siempre se hace referencia al razonamiento del juez, que se presenta, por tanto,

rechos y filosofía”, en *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, pp. 163 y ss.

⁴⁹³ Kantorowicz, Hermann (Gnaeus Flavius), “La lucha por la ciencia del derecho” [1906], trad. de Werner Goldschmidt, en varios autores, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 373.

⁴⁹⁴ Ibarra, Jesús, “Dos problemas en torno al fortalecimiento del Estado de derecho en América Latina”, en *Memoria del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, Universidad de Alicante-Departamento de Filosofía del Derecho, 2016, pp. 11 y 12.

como razonamiento jurídico por antonomasia”,⁴⁹⁵ o incluso que “entre los diferentes operadores jurídicos, los jueces son ciertamente quienes han desarrollado unos hábitos argumentativos más depurados”.⁴⁹⁶ Entonces, en línea con los postulados de Dworkin y bajo las actuales condiciones que se despliegan, no cabe dudar de que, para ejercer la importante faceta institucional que realizan los jueces, estos de forma indispensable acaban realizando también —consciente o inconscientemente— reflexiones filosóficas de índole política y moral⁴⁹⁷ para enriquecer un interesante debate respecto al compromiso de sus labores entre los diferentes operadores de una determinada cultura jurídica en la que, en definitiva, todos deberíamos participar.

De tal forma que, para Dworkin, el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, en el que nuestro derecho consiste en encontrar “la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”.⁴⁹⁸ Así, “las proposiciones jurídicas no son meras descripciones de la historia del derecho, en un sentido literal, ni tampoco son simples evaluaciones de alguna manera separadas de dicha historia. Son siempre interpretaciones de la historia jurídica, con elementos tanto descriptivos como valorativos, pero distintas de ambas”.⁴⁹⁹

Al compartir esta misma empresa con el resto de los operadores jurídicos, quien ahora interpreta, bajo los esquemas conceptuales de Dworkin y en congruencia con nuestros órdenes constitucionalizados, necesariamente tiene que dejar de considerar al derecho como un mero fenómeno lingüístico para “reflexionar sobre cuáles son los valores más adecuados para modelar las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que vivimos”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 226.

⁴⁹⁶ Velasco Arroyo, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoria*, Madrid, núm. 21, 1999, p. 50.

⁴⁹⁷ Lifante afirma que aunque las ideas dworkinianas relativas a la reconstrucción de la práctica jurídica en aras de desarrollar al máximo su valor, a partir de las reflexiones filosóficas, se refieren fundamentalmente a los jueces, esto “también podría afirmarse de cualquier otra autoridad jurídica que tenga que interpretar el Derecho, y por supuesto también respecto a la dogmática”. Véase Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, cit., p. 200.

⁴⁹⁸ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press-Harvard, 1986, p. vii.

⁴⁹⁹ Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2002, p. 146.

⁵⁰⁰ MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, trad. de J. L. Fabra y L. S. Guerra. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 33, 2010, p. 77.

Sin embargo, estos ánimos por entender las labores jurídicas de los órganos jurisdiccionales como un ejercicio de interpretación, que en última instancia invita a desarrollar reflexiones ético-políticas, deberían tomarse con más cautela, pues muchas veces, este protagonismo ignora las labores de otros operadores del derecho, más allá de los jueces, o de distintos agentes jurídicos de carácter autoritativo. Como bien hace notar Isabel Lifante, cuando Dworkin piensa en la interpretación jurídica, éste piensa “fundamentalmente en la llevada a cabo por los jueces, y no por otros participantes en la práctica jurídica, como podría ser el caso de los abogados”.⁵⁰¹

En efecto, cuando la propia idea que encierra la figura del abogado exige la parcialidad como componente fundamental para la defensa de intereses de parte frente al sistema, se podría pensar que estos operadores no tienen necesariamente que compartir los propósitos generales perseguidos por el derecho, que sus labores no tendrían por qué presuponer criterios de corrección en las mismas. Esto, sin lugar a dudas, resulta cierto en un sentido, pero, en definitiva, no implica que la interpretación constructivista no exija también mejorar la práctica del derecho en su conjunto, aunque de forma indirecta o con muchas más mediaciones.⁵⁰² Así, la referencia a la dimensión valorativa que implicaría el constructivismo dworkiniano para los abogados no es que se ignore por completo, sino que sería parcial.⁵⁰³

Tener presente la idea de que detrás de todo gran juez hay un gran abogado, de que son estos operadores quienes articulan las razones, resulta esclarecedor para ampliar la estrecha concepción consecuencialista de la profesión, en el sentido de que la normatividad inherente al rol de los abogados se erige exclusivamente a partir de la relación de los medios con los fines. Sirva una lectura del caso *Riggs vs. Palmer*⁵⁰⁴ (que utiliza medularmente Dworkin en *Los derechos en serio*)⁵⁰⁵ para exemplificar que la aplicación de

⁵⁰¹ Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, cit., p. 184.

⁵⁰² *Ibidem*, pp. 217 y 218.

⁵⁰³ Por ejemplo, un abogado que defiende a toda costa a su cliente, incluso que defiende —a primera vista— a personas indefendibles, no escapa de la dimensión valorativa, sino que se mueve en otro plano valorativo, siendo consciente de su rol y adecuando o trasladando el planteamiento moral del cliente. Hay que tener en cuenta que lo valorativo, en general, se alcanza sólo deliberativamente. El motor deliberativo del derecho sirve para razonabilizar las decisiones en juego, para que la razón surja de la deliberación entre las partes.

⁵⁰⁴ Para una versión en castellano véase “Riggs contra Palmer Tribunal de Apelaciones de New York - 115 NY 506”, trad. de Roberto M. Jiménez Cano *et al.*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 11, 2007-2008, pp. 363 y ss.

⁵⁰⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.

los principios no puede ser abandonada por el modelo de reglas hartiano), también para reflexionar sobre la manera en que muchas veces, por razones estratégicas, los abogados pueden contribuir a realizar una mejora del sistema.⁵⁰⁶

Efectivamente, bajo los esquemas que despliega la teoría interpretativa de Dworkin, el ejercicio de la abogacía difícilmente puede visualizarse de forma exclusiva como una concepción instrumental del derecho que anteponga intereses particulares al propio sistema político, o que fomente desplegar las actividades de estos operadores descontextualizados del Estado democrático constitucional en el que se desenvuelven. La idea del derecho como práctica social conlleva que todos quienes son partícipes de ésta, de algún modo interpretando y argumentando sobre qué es lo que el derecho dice, se encuentran en posibilidades de tener una vía de actuación directa o indirecta en el sistema.

Entender las ideas constructivistas dworkinianas como fundamento para que los abogados desplieguen sus actividades, resulta fundamental para generar una mejor práctica jurídica y fomentar la colaboración con otros actores institucionales. El abogado, como ejerciente de la profesión, tiene una responsabilidad enorme cuando argumenta a favor de su cliente, sin perder de vista que también está contribuyendo a la construcción del contenido del derecho,⁵⁰⁷ aunque sus labores dependan, en gran medida, de las actuaciones de los jueces cuando éstos asuman sus argumentaciones.⁵⁰⁸

Durante la Ilustración, dice Alejandro Nieto, el jurista preponderantemente

⁵⁰⁶ Frente a las complicadas condiciones actuales que implica el ejercicio de la abogacía, es posible vislumbrar algunas posibilidades por intentar que este operador despliegue una actitud más dialógica y funja como facilitador entre las personas que exigen determinadas causas sociales y el buen funcionamiento y solvencia de las instituciones que sostienen al Estado de derecho.

⁵⁰⁷ Garza Onofre, Juan Jesús, “8 preguntas sobre abogados (y algo más) a Roberto Saba”, en *Entre abogados te veas*, 26 de febrero de 2017.

⁵⁰⁸ Hay que dejar en claro que, bajo estos esquemas, el abogado podría concebirse como una imagen pálida del juez; esto sería contradictorio en el sentido de someter su razonamiento, volviéndolo parasitario de la función jurisdiccional. Nada más errado. En sintonía con la idea de autonomía en Nino, Dworkin establece un concepto de libertad centrando toda su atención en el aspecto igualitario. Véase Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 199 y ss. Al trasladar estas ideas hacia el rol de los abogados dentro del sistema su rol se torna fundamental para la vinculación de los ciudadanos con el mismo, pues las funciones de estos operadores estarían vinculadas con la promoción de acciones igualitarias que faciliten la pretensión de justicia, por medio del poder adquisitivo o de negociación con el que cuentan los abogados respecto a otros operadores jurídicos.

creía en las normas positivas como emanación directa de la voluntad popular y se sometía a ellas pasivamente, con absoluto respeto, convencido de que su función era entenderlas o, a lo sumo, aplicarlas. En cualquier caso, las aceptaba tal cual eran, sin entrar en su contenido, que consideraba fuera de su alcance e incluso de su juicio. La manipulación que el jurista hacía de las normas era meramente formal.⁵⁰⁹

Así, al retrotraer dicho panorama y actualizarlo, resulta que muchos abogados parecen seguir realizando las mismas labores bajo los mismos esquemas. En efecto, los abogados “nominalistas”, en terminología del propio Dworkin, suelen apoyarse fuertemente en conceptos como “obligación jurídica” y “ley” para ignorar problemáticas que trascienden a un modelo compuesto exclusivamente por reglas,⁵¹⁰ prerrogativas que si bien sirven para describir y sancionar conductas, no justifican ni motivan la imposición de las mismas.

De ahí, precisamente, que resulte urgente desterrar esa arraigada y conocida idea (la cual, además, resulta falsa en términos históricos) que afirma que *el derecho es una obra colectiva que empieza el legislador constituyente y termina el juez*, un fenómeno jerarquizado de reglas que pueden ser identificadas y rastreadas de inicio a fin, conociendo de antemano sus consecuencias y atenuando cualquier factor externo que pueda influir en su desarrollo. Porque el rol de los abogados en el accionar del derecho da cuenta de que estos actores, como sugiere Dworkin, despliegan su razonamiento jurídico al examinar casos pasados, reflexionando sobre sus implicaciones y formulando argumentos respecto a lo que se debería hacer en cada nuevo supuesto,⁵¹¹ es decir, tomando en consideración los fines y valores que intenta perseguir el fenómeno jurídico para entenderlo como algo colectivo, integral y dinámico, que convierte y construye los conflictos más profundos entre el individuo y la sociedad en una cuestión de justicia.

Al realizar sus actuaciones a partir de esta visión del fenómeno jurídico, a los abogados se les presenta una oportunidad por “mejorar al Derecho a través de sus actividades y de mejorar las condiciones de sus clientes mediante el consejo y el asesoramiento para despertar la dimensión pública”,⁵¹² y reflejar una determinada teoría ético-política en el sistema, que es lo que, al

⁵⁰⁹ Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás-Ramón, *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, cit., p. 14.

⁵¹⁰ Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, p. 15.

⁵¹¹ McCaffery, Edward J., “Ronald Dworkin, Inside-Out”, cit., p. 1056.

⁵¹² Luban, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, cit., pp. 170 y 171.

final de cuentas, cualquier estrategia interpretativa de índole constructivista puede ser.

No cabe duda que muchas de las ideas de Ronald Dworkin parecen resultar adecuadas para dar pie a las exigencias de los actuales Estados constitucionales. Su pertinencia es fundamental no sólo para articular mejores relaciones entre actores del sistema y ciudadanía, sino también para fomentar una cultura que pueda comprender al derecho como práctica, implicando que los sujetos adquieran un protagonismo que hasta ahora no han tenido. De ahí que tal vez ya no deberíamos seguir preguntándonos si los abogados, al igual que los jueces, deben y pueden ser filósofos, pues los postulados postpositivistas, al integrar las diversas esferas de la razón práctica, provocan reflexionar en torno a la toma de decisiones sobre importantes cuestiones filosóficas, cuestiones, por tanto, que ayudan a mejorar el derecho, y también nuestra sociedad. No es casualidad la conocida la frase de Marx sobre Feuerbach con relación a que los “filósofos se han limitado a interpretar el mundo de distintos modos; cuando de lo que se trata es de transformarlo”. En todo caso, quizá la pregunta más relevante al día de hoy sería si los operadores jurídicos, los abogados en específico, deberían ser sociólogos y/o trabajadores sociales. Es decir, y en pocas palabras, si sus labores tendrían que estar más apegadas a las imperiosas necesidades de la sociedad y a dar solución a las graves problemáticas que aquejan día a día un entorno profundamente desigual e injusto. En definitiva, la respuesta a dicha pregunta rebasa los alcances del presente apartado; sin embargo, en el siguiente y último capítulo se presentarán algunas ideas que pueden englobar otras funciones en el ejercicio de la abogacía y, por ende, propulsar la responsabilidad social en la profesión.

2. *La incompatibilidad de la tesis del caso especial de Robert Alexy para las argumentaciones de los abogados*

El estudio de las conexiones entre derecho y moral ha sido el núcleo y motor de la filosofía del derecho a lo largo de la historia. Difícilmente se puede especificar una época en la que dicho tema no haya sido motivo de álgidas disputas y controversias entre distintos pensadores y corrientes del pensamiento iusfilosófico, pues, como bien ha sintetizado Francisco Laporta, “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está”.⁵¹³

⁵¹³ Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, p. 7.

Sin embargo, a partir de los años setenta del siglo XX, después de las amplias transformaciones ocurridas a raíz de la experiencia trágica de la Segunda Guerra Mundial,⁵¹⁴ dicha discusión se reanimó de forma fervorosa, en aras de suplantar los rígidos esquemas conceptuales que postulaban una tajante separación entre ambos fenómenos.

Una vez que Ronald Dworkin superó las propuestas teóricas del modelo preponderante de reglas ideado por Herbert Hart, la teoría del derecho tuvo que reorientar sus análisis hacia las cuestiones valorativas, generándose una profunda reflexión en torno a la forma de interpretar y aplicar el derecho, que decantó en un debate sobre la manera en que se concibe el saber jurídico. Pues, durante mucho tiempo, pareció que para abordar al derecho lo que bastaba era analizar su lenguaje y elaborar conceptos que pudieran estructurarlo sin que, necesariamente, se diera cuenta del fenómeno jurídico como un dispositivo para tomar decisiones.

Así, se suele hablar de diversas transformaciones a raíz de las cuales la filosofía contemporánea ha ido tendiendo puentes entre la ética y la racionalidad práctica. En concreto, respecto a la filosofía del derecho, esto ha significado una redefinición de su agenda, ya que, en el marco de un Estado democrático y constitucional, la ciencia jurídica se ha centrado en asumir una ética procedimentalista que, en sintonía con los postulados de una razón práctica, se encuentra en condiciones de orientar los intereses de los miembros de una comunidad. Cuando el derecho incorpora los valores que son admitidos como principios en términos de equidad, justicia y pretensión de corrección del propio sistema, el papel que juega la filosofía jurídica se suele alinear con la problematización de la tradicional división entre describir y prescribir. En ese sentido, el trabajo de Robert Alexy como promotor, entre otros, de ulteriores transformaciones del discurso iusfilosófico es uno de los más importantes de las últimas décadas. Es de destacar que su obra “no se reduce, por lo demás, al ámbito universitario, sino que se extiende también al de la práctica del Derecho”.⁵¹⁵

Su profusa influencia tanto en el campo de los teóricos del derecho como en el mundo de los juristas prácticos resulta, en mayor o menor medida, de interpretar la racionalidad jurídica de acuerdo con la teoría del discurso práctico general, pues, para Alexy, la argumentación jurídica no es otra cosa sino un caso especial del razonamiento práctico general. Es decir, se trata de una peculiar actividad lingüística en tanto que aborda ne-

⁵¹⁴ Vázquez, Rodolfo, “Derecho y moral en Hart”, *Alegatos*, México, núm. 52, septiembre-diciembre de 2002, p. 12.

⁵¹⁵ Atienza, Manuel, “Robert Alexy y el «giro argumentativo» en la teoría del derecho contemporánea”, *La Mirada de Peitho*, 3 de julio de 2015.

gociaciones de intereses de utilidad y que, al autoimponerse limitaciones de carácter procedural (vinculatoriedad respecto a las leyes, los precedentes y la dogmática jurídica), busca generar una especie de institucionalización del discurso práctico general. Se trataría de una racionalidad organizada dentro de los márgenes que establece el derecho vigente.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que “los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo”.⁵¹⁶ El trasunto de dicho orden sería el discurso práctico general, entendiéndolo como condición previa, o como una especie de prerrequisito, para desplegar el discurso de los operadores jurídicos, y entender así a la argumentación jurídica como la justificación de proposiciones normativas que adquieran forma de decisiones jurídicas en un contexto determinado.

Sin embargo, siguiendo dichas premisas, la teoría del caso especial no debería ser equivalente ni uniforme para todos los involucrados en el campo jurídico. En otras palabras, no resulta lo mismo la toma de decisiones por parte de un juez que de un abogado, ya que, a pesar de que la teoría del discurso se inserta dentro de la lógica de una racionalidad procedural universalista, en definitiva, no es igual construir discursos a partir de los múltiples contextos en los que pueden participar los diferentes operadores del derecho.⁵¹⁷

Ahí, precisamente, radica la incompatibilidad (aunque no la irrelevancia) de la tesis del caso especial de Robert Alexy y las argumentaciones de los abogados. Su falta de adecuación es claramente una muestra de que los discursos jurídicos no siempre pueden ni deben ser tratados de manera idéntica, es decir, es un ejemplo de cómo el rol que ocupa un determinado operador del derecho es obviado al momento de intentar filtrar sus argumentaciones jurídicas a través de las reglas del discurso práctico racional. En palabras de Atienza, un “error que fue detectado desde el comienzo, que no se ha corregido, y que muestra que la suya es una concepción de la argumentación excesivamente idealizada, a pesar de su manifiesta importancia”.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 280.

⁵¹⁷ A pesar de la existencia de una gran cantidad de discrepancias que pueden surgir entre las distintas discusiones jurídicas, Alexy distingue tres ámbitos preponderantes (legislativo, judicial y dogmático) en los que, más allá de que en cada uno de éstos (al menos en parte) se argumente jurídicamente, su carácter institucional resulta un común denominador para estudiarlos bajo los mismos estándares. Véase *ibidem*, p. 205.

⁵¹⁸ Garza Onofre, Juan Jesús, “Entrevista a Manuel Atienza”, *cit.*, p. 180.

Pese a que desde los primeros esbozos de la teoría argumentativa de Alexy se acepta que los discursos jurídicos de los abogados no cuentan con la misma institucionalidad que los debates ante tribunales o las discusiones parlamentarias, al final, esto parece contar con poca importancia, pues para que un abogado argumente bien, parecería bastar con aparentar las reglas del discurso. “El punto decisivo es que los participantes pretendan argumentar razonadamente. Al menos, hacer como que sus argumentos están construidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar el acuerdo de todos”,⁵¹⁹ si esta afirmación de Alexy fuera cierta, lo pretendido por el conjunto de postulados que comprende la tesis del caso especial difícilmente podrá sostenerse para los abogados, porque además de mermar el principio de sinceridad que exige una de las reglas fundamentales para posibilitar la comunicación, también se estaría distorsionando el sentido que engloba y define a la pretensión de corrección. Es decir, bajo ese entendido, la argumentación de los abogados no sería tal, sino, más bien, se concebiría simplemente como una forma distorsionada de persuadir simulando objetividad. Y es que quizás la posibilidad de representar un rol, de utilizar una máscara y fingir las razones para la acción sean válidas e incluso absolutamente normales en otros contextos, sin embargo, dentro de los parámetros que exige una concepción postpositivista del derecho esto resulta imposible.

En ese orden de ideas, cuando se sostiene que “la argumentación en los tribunales tiene lugar en el momento en que las partes o abogados plantean, por medio de sus intervenciones, una pretensión de corrección, la que no decae por el hecho de que quien fundamenta solo persigue sus intereses subjetivos, ya que en el discurso, en general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo razonadamente”,⁵²⁰ se presupone que todos los operadores jurídicos razonan desde la absoluta imparcialidad y la total independencia. En igual sentido, cuando Alexy afirma que

cualquiera que, en cuanto participante en un sistema jurídico —por ejemplo, como abogado ante un tribunal o como ciudadano dentro de un debate público—, aduzca argumentos a favor o en contra de determinados contenidos de dicho sistema estará planteando la pretensión integrada por la afirmación de la corrección”,⁵²¹

⁵¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 317.

⁵²⁰ Guerrero González, Silvana, “Argumentación y marcadores discursivos en juicios orales y públicos”, *Revista de la Facultad de Filosofía y Humanidades*, Santiago, núm. 45, 2008.

⁵²¹ Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 32, 2009, p. 69.

es posible entrever lo problemático que resulta combinar las reglas del discurso con la pretensión de corrección a quienes representan intereses de parte.

Así, es probable que los abogados no deban seguir las reglas del discurso en sus argumentaciones para realizar los intereses de sus clientes, pues dichos actores, de manera consustancial a sus labores parcializadas, cuentan con un constreñimiento diferenciado del tipo de obligaciones institucionales que se le imponen a otros operadores del derecho, sus argumentos son retóricos⁵²² y subjetivos; de hecho, se podría afirmar que la finalidad de sus actuaciones sería inducir al juez a la aceptación de sus pretensiones, lo que, en sentido estricto, sólo le obliga a exponer los hechos y normas que le sean favorables.⁵²³

Y es que, muchas veces, el trabajo argumentativo de los abogados en el foro se confunde con polemizar o discutir, con jugar un juego de confrontación de argumentos, una “contienda regulada”, donde quien argumenta expresa una afirmación que contiene un desafío.⁵²⁴ Habrá que tener en cuenta que las labores de los abogados incluyen el recopilar toda la información que les sea posible, para que, una vez ordenada, sirva de base para argumentar las múltiples soluciones a los conflictos que se les presenten. Al fusionarse y confundirse el pragmatismo y la profesionalidad, el anclaje de la práctica del abogado entre el modelo argumentativo de Alexy y la pretensión de corrección resulta endeble, pues funde el contexto de descubrimiento con el contexto de justificación.

Al abogado no se le exige seguir las reglas del discurso, pero sí ser partícipe del juego de la corrección. La simulación que propone Alexy como

⁵²² Una hipótesis que se puede aventurar consiste en que el derecho letrado nunca ha dejado de ser una práctica retórica, de obedecer a las reglas de la retórica. Véase Londoño Toro, B. y Gómez Hoyos, D., *Diez años de investigación jurídica y socio jurídica en Colombia. Balances desde la red socio jurídica*, t. I, Bogotá, Editoras Académicos, 2010, pp. 206 y ss. Aunque en un sentido más amplio, Boaventura de Sousa Santos ha llamado la atención sobre el componente retórico del derecho, más allá de entenderlo meramente como un tipo de conocimiento, sino también como “una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados. La retórica como un componente estructural del derecho está presente, por ejemplo, en prácticas jurídicas como el acuerdo amistoso de un litigio, la mediación, la conciliación, la justicia en equidad, etc.”. Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, nota introductoria y revisión de la traducción de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2009, p. 56.

⁵²³ Habrá que recordar que el problema del tema de la racionalidad y el derecho radica en que ésta sólo emerge como fruto del diálogo colectivo (gracias a la naturaleza dialéctica del proceso) y el largo plazo, y no como una emanación de los actores individuales.

⁵²⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 2003, pp. 195 y ss.

solución para entender el rol de estos operadores resulta una manifiesta infracción del discurso, ya que, en definitiva, no se puede decir nada en lo que no se crea cuando se trata de diálogo racional. En la teoría alexyaná no existe forma de encajar las reglas del discurso con la pretensión de corrección: se torna imposible romper esa dialéctica, sin incurrir en una contradicción performativa.

No cabe duda de que la teoría del caso especial, como una teoría normativa, puede ser adecuada desde una óptica procesal para orientar los argumentos de los abogados, pero si los contemplamos y analizamos tomando en consideración sus implicaciones materiales, resulta complicado que los elementos sustanciales a los mismos no oscilen entre distintos polos en función de la obtención de ciertos beneficios ofrecidos por el mismo sistema jurídico, lo cual, inevitablemente, generará indeterminación y pervertirá la pretensión de corrección que encierran los postulados alexyanos. Porque, si de lo que se trata es de corregir los enunciados normativos, a diferencia de la mayoría de los operadores jurídicos que se encuentran obligados a seguir cierta institucionalidad, los abogados tienen libertad para plantear reclamos de validez diferentes y requerir procedimientos diferenciados para resolver conflictos, dependiendo de las circunstancias que se les presenten.

Precisamente, a pesar de que la subordinación práctica del discurso jurídico lo hace inscribirse en un determinado contexto, lo cierto es que esta idea de que las proposiciones normativas a fundamentar encuentran cauce por medio del ordenamiento jurídico vigente, para los discursos de los abogados resulta insuficiente en el sentido de que sus argumentaciones no se pueden limitar a comprenderse como un conjunto de reglas y procedimientos de cuyo cumplimiento resulte infaliblemente la racionalidad. Algo así como si del simple hecho de seguir las instrucciones que dicta un manual de la razón práctica bastara para alcanzar una buena argumentación y, al mismo tiempo, dar satisfacción a un marco jurídico previamente definido.

Si se equipara y reduce la dialéctica al discurso racional, pensando que sólo hay un único tipo de dialéctica, lo que se produce es una estandarización de la teoría del caso especial, que hace incompatible la pretensión de corrección con las reglas del discurso racional y termina dejando fuera muchos contextos en los que se argumenta jurídicamente. En definitiva, siguiendo a Atienza,

para construir una teoría de la argumentación, que dé cuenta de todo lo que son nuestras prácticas argumentativas, no podemos quedarnos solo con la teoría del discurso. Existen muchos contextos de razonamiento jurídico en los

que no se argumenta siguiendo estrictamente las reglas del discurso racional elaboradas por Alexy.⁵²⁵

Se podría aducir que a pesar de que la teoría de Alexy cuenta tanto con pretensiones descriptivas como prescriptivas, ésta, más allá de dar cuenta de forma fehaciente de las prácticas jurídicas que ocurren en la realidad o hacer sociología de la argumentación, intenta construir un modelo ideal sobre cómo deben ser las argumentaciones jurídicas, o sea, no sobre si los operadores del derecho argumentan de hecho conforme a las reglas y formas del discurso práctico general, sino respecto a si éstos deben hacerlo.

Ahora bien, si bien es cierto que una de las maneras más útiles de abordar los postulados alexyanos es teniendo en cuenta su carácter predominantemente prescriptivo, también lo es que dicha teoría normativa se construye desde la práctica, es decir, teniendo en cuenta la fundamentación empírica como elemento importante del discurso. Y, sin embargo, tal parece que Alexy logra su cometido para el caso de jueces, dogmáticos y, en mayor o menor medida, legisladores, pero obvia por completo a los abogados. De hecho, al intentar categorizar los diferentes operadores del derecho en relación con el modelo de razonamiento jurídico propuesto por Robert Alexy, es posible distinguir dos principales tipos de sujetos: por un lado aquellos que producen normas (los legisladores, en sentido material) y por el otro los órganos que las aplican (jueces y la administración pública).⁵²⁶

En ese sentido, parecería que la teoría de la argumentación jurídica alexiana presupone exclusivamente la acción entre la intención de los legisladores y la decisión de los jueces, tanto en la hermenéutica como en la dogmática jurídica y en la propia calificación social de las apreciaciones de unos y de otros, cuando lo cierto es que las argumentaciones de los abogados escapan de esta dicotomía, pues al fluctuar entre ámbitos institucionalizados y no institucionalizados, la argumentación jurídica de estos operadores no puede entenderse exclusivamente como una metodología para resolver conflictos forenses. De hecho, sus implicaciones y consecuencias pueden llegar a “generar esquemas que sustituyan incluso la falta de capacidad de acción estatal”.⁵²⁷

Es evidente que las personas que ejercen la abogacía no fundamentan sus decisiones a partir de razonamientos estrictamente formales ni tampoco

⁵²⁵ Garza Onofre, Juan Jesús, “Entrevista a Manuel Atienza”, *cit.*, p. 181.

⁵²⁶ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, *cit.*, p. 228.

⁵²⁷ Bullard, Alfredo y Mac Lean, Ana Cecilia, “La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año 7, núm. 13, 2009, p. 38.

construyen sus argumentaciones con apego a las reglas del discurso práctico racional. El abogado, cuando asiste a un tribunal persiguiendo una causa, cuando le corresponde construir sus argumentaciones jurídicas, tiene a su disposición una amplia y variada caja de herramientas discursivas que manipula a conveniencia para satisfacer lo propuesto. Desde buscar la mejor interpretación que le convenga, hasta simular un discurso, el abogado utilizará a discreción la forma de razonamiento que más le interese para jugar un complicado juego en búsqueda de la obtención de sus pretensiones. La inexistencia de una técnica específica o ideal para la resolución de problemáticas jurídicas de diversa índole dentro de las labores profesionales de los abogados amplía sus posibilidades para utilizar cualquier tipo de argumentaciones, de razonamientos indagatorios o justificativos, de técnicas retóricas (unas prevalecen sobre otras dependiendo del contexto), con el fin de establecer acuerdos que satisfagan sus intereses.

No por nada, a pesar de que su teoría sea de índole normativa, una crítica general que se ha aducido contra el modelo discursivo que propone Alexy es su

carácter quizá demasiado teórico para una práctica jurídica. En cuanto a su estructura, es compleja y no demasiado familiar a esa práctica jurídica concreta; es decir, a criterios de utilidad. En cuanto a su metodología, es igualmente complicada si no la valoramos en términos de aplicabilidad a la solución de los casos reales.⁵²⁸

En ese orden de ideas, bien merece la pena llamar la atención sobre los motivos que pueden llegar a explicar el hecho de que un error tan manifiesto en la teoría alexiana, no sólo no se haya corregido, sino que también, hasta el día de hoy, goce de una amplia aceptación en distintos contextos, suscitándose un tipo de deformación de cierta teoría del derecho que, simple y sencillamente, no se contrasta con la realidad.

Cuando Alexy soslaya factores específicos que distinguen las argumentaciones de los diferentes operadores jurídicos, no sólo construye una teoría de la argumentación que difícilmente puede dar cuenta de las variaciones tanto materiales como pragmáticas que implica el ejercicio del derecho, sino que queda de manifiesto un modelo normativo que se presta a un uso ideológico, ofreciendo una construcción meramente simbólica de lo fáctico. Tal vez, ahí radica una de las principales causas que explican la permanen-

⁵²⁸ Pinto Fontanillo, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, trabajo presentado bajo la dirección de José Iturmendi Morales, para la colación del grado de doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 357.

cia de esta falencia para el caso de los abogados a lo largo del tiempo. Es decir, cuando el idealismo que caracteriza a la teoría de Alexy postula la idea de la institucionalización del discurso práctico como infalible guía racional para la mayoría de los procesos de toma de decisiones, de forma automática, se produce una propensión por acatar las reglas. Como si el solo hecho de aparentar seguir las asegurara que se argumente de buena manera y se consiga exitosamente lo deseado.

En línea con la postura de la amoralidad en el ejercicio de la abogacía, que condensa una especie de positivismo ideológico —expuesta en el capítulo segundo—, parecería que la cultura formalista se inserta subrepticiamente en la lógica alexyan,⁵²⁹ para que la forma prime sobre el fondo, haciendo que el acatamiento (o incluso la mera apariencia) de las reglas del discurso basten para sostener sus actuaciones. Desde esta perspectiva, el conocimiento de las reglas no es lo que tiene un papel preponderante en la dinámica social; lo que es protagónico es el hecho de que éstas son obligatorias y aseguran la consecución de objetivos determinados.⁵³⁰ Pero más allá del respeto y el cumplimiento de los mandatos formales establecidos, la obediencia referida a las reglas entendida en términos de sometimiento provoca que éstas sean contempladas como mecanismo prodigioso de solución de cualquier tipo de controversias y, a su vez, originen de manera irremediable que, quienes sean los encargados de manejarlas, las divisen como algo indispensable para regular la vida social.

En concreto, para el caso de los abogados, se podrá defender que lo antes referido se sostiene en cuanto a las formas de guiar un modelo discursivo concreto y en tanto a las reglas para adecuarlas a los cánones argumentativos, algo, a todas luces, cierto, pero poco interesante, pues lo llamativo de intentar aplicar este modelo giraría en torno al discurso moral y su posterior influencia en las dinámicas sociales. Si pensamos en la racionalidad como un baremo, entonces, el juez exclusiva e inevitablemente se encuentra constreñido por el imperio de la ley; sus argumentaciones resultan más satisfactorias mientras encuentren mayor justificación con este. Sin embargo, el tema de la racionalidad para quienes ejercen la abogacía resulta más complejo por moverse entre dos grandes límites, sus argumentaciones tienen que tomar en cuenta tanto lo que dice el derecho como el interés de su cliente, para después conjugar ambas posturas. Habrá que tener en cuenta que el rol del abogado lo construye a incluir necesariamente dos variables

⁵²⁹ García Amado, Juan Antonio, “Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 3, septiembre de 2012-febrero de 2013, pp. 13-43.

⁵³⁰ Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 28.

(muchas veces incompatibles) en la misma ecuación. En todo caso, se podría decir que mientras el juez realiza una lectura convencional del derecho, el abogado hace una lectura alternativa del mismo.

Y es que no cabe dudar de que para algunos operadores del derecho —como por ejemplo los dogmáticos—, la construcción y seguimiento de un conjunto de reglas ideales tiene sentido en aras de la consecución de sus objetivos particulares y en sintonía con las características propias de su profesión, pero para el caso de los abogados resulta inadmisible, ya que existen facetas de estos operadores que no tienen nada que ver con la idealización de un modelo que resulta incompatible con su práctica. No hay que olvidar que el carácter ambivalente que acarrea la profesión respecto a su institucionalidad genera que los argumentos de estos operadores dependan en gran medida de un conocimiento que se encuentra previa y parcialmente determinado. Precisamente, la figura del abogado conlleva, de manera irremediable, la valorización de una serie de elementos sustantivos que moldean y definen sus argumentaciones.

Otra de las críticas que se le podría realizar a la teoría de la argumentación que realiza Robert Alexy en relación con los abogados consiste en la propensión por restringir dicha profesión a un solo tipo de actividad, es decir, la forense o litigiosa, cuando lo cierto es que hoy más que nunca el trabajo de los abogados no se limita a desplegarse sólo ante los jueces, sino que cada vez es más diferenciado y polifacético. Al menospreciar la práctica argumentativa del abogado se olvida que la forma de argumentar de estos operadores jurídicos ocurre en múltiples escenarios, interponiéndose entre ellos mismos, entre particulares, o bien entre estos actores y el poder público. La existencia de múltiples funciones en el ejercicio de la abogacía contrasta con la idea del “abogado de a pie” que enfoca sus conocimientos y herramientas en la defensa forense de las personas que requieren sus servicios. Sin embargo, no hay que olvidar que las nuevas condiciones desplegadas por la modernidad ofrecen a los abogados la oportunidad de asumir roles distintos más allá de los servicios jurídicos tradicionales, por lo que se abre un abanico de posibilidades en el estudio argumentativo en la profesión, cuestión que es imposible de entender desde los parámetros teóricos alexyanos.

Al momento en que a los abogados les corresponde ejercer sus labores y decidir sobre todo tipo de cuestiones prácticas (oscilando entre el estudio, el emitir un simple y llano consejo, el asesoramiento, la negociación, la conciliación, la ruptura), a través de la construcción de argumentos se alcanzan soluciones presuntamente correctas, que sin embargo difícilmente pueden

servir para que todos los casos que se les presenten sean tratados de igual manera. En efecto, a diferencia de las altas cortes, de sus jueces, o incluso de los legisladores, para el caso de los abogados resulta difícil distinguir un mínimo común denominador que pueda agrupar sus argumentaciones, porque cada abogado las erigirá conjugando, entre muchos otros elementos, mediante atributos propios de su formación y cultura jurídica, factores consecuencialistas para el caso concreto que se les presente, componentes relacionados con la ideología profesional, y sobre todo razones estratégicas dependientes de las funciones que realicen. Es bastante claro que la profesión de abogado es de todo menos homogénea,⁵³¹ y, por ende, tampoco sus argumentaciones.

Ahora bien, la existencia de una fuerte heterogeneidad no significa en absoluto que los argumentos en las distintas funciones que ejercen los abogados no puedan, más o menos, agruparse dentro de una determinada teoría ni excusarse de su estudio; por el contrario, resulta evidente que estos operadores, antes que ejecutar sus actividades como una simple deducción lógica o una mera interacción estratégica, fundamentan sus labores por medio de un marco jurídico que se ha encargado de impulsar condiciones para desplegar sus variadas labores profesionales dentro de una determinada comunidad. Esta es una de las principales razones para formular la crítica a Alexy, dada la preponderancia de su tesis del caso especial al concebir de forma incompleta el razonamiento de los abogados, enfocándose exclusivamente en el litigio.

Tan necesario resulta contemplar el rol del abogado en lo particular como dejar de idealizar en lo general el ejercicio argumentativo que implica el derecho. La teoría de Robert Alexy, que postula la tesis del caso especial, adolece de estos dos defectos. Pese a que las reglas del discurso, en definitiva, pueden ser utilizadas como “guías de referencia solventes en cualquier ámbito donde se analicen problemas jurídicos”,⁵³² mientras se sigan ignorando las características de los operadores jurídicos involucrados en específico, el resultado será el mismo: una teoría jurídica que, aunque relacionada con otros ámbitos de la razón práctica, carecerá de verdadera practicidad, que si bien pretende solucionar conflictos teóricos y prácticos en el ámbito del propio derecho, también conduce la racionalidad jurídica hacia un irreal e innecesario nivel de complejidad y abstracción.

⁵³¹ Garrido Suárez, Hilda M., *Deontología del abogado. El profesional y su confiabilidad*, Madrid, Edisofer, 2011, p. 65.

⁵³² Pinto Fontanillo, José Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, cit., p. 357.

Cuando, por la naturaleza de las propuestas de Robert Alexy, se pensaba tener una valiosa oportunidad para estudiar a una figura crucial en el ejercicio del derecho como es la del abogado, de nueva cuenta se ignora dicha posibilidad. Además, como consecuencia del importante influjo de ésta, el grueso de la teoría estándar de la argumentación jurídica y, en general, de la teoría del derecho, en los últimos años ha insistido en focalizar sus energías en analizar las actividades de los tribunales y la argumentación judicial. A continuación, y para finalizar el presente capítulo, se abordarán distintas ideas en torno a los abogados a partir de la teoría argumentativa propuesta por Manuel Atienza.

3. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza y la figura del abogado

Manuel Atienza desarrolla sus principales ideas con relación a las argumentaciones de los abogados a través de uno de los últimos capítulos de su *Curso de Argumentación jurídica*,⁵³³ y al abordar el estudio de la ética de las profesiones jurídicas en su reciente libro *Filosofía del derecho y transformación social*.⁵³⁴ A diferencia de Robert Alexy y de la mayoría de los autores que conforman el canon de la teoría estándar de la argumentación jurídica, Atienza ha sido de los pocos iusfilósofos contemporáneos que (además de llamar la atención sobre la incesante tendencia por centrar el análisis argumentativo en las fundamentaciones de las decisiones tomadas por los tribunales superiores)⁵³⁵ también ha insistido en la necesidad de construir una teoría del derecho que verdaderamente pueda reflejar las prácticas jurídicas, una teoría que tome en consideración el contexto en el que se desarrollan y convergen distintos tipos de argumentaciones.

En sintonía con la teoría que elabora Atienza (que, antes que optar por algún determinado enfoque unilateral, integra tres concepciones: formal, material y pragmática para interpretar elementos comunes de las argumentaciones jurídicas), resulta claro que los razonamientos llevados a cabo por los operadores del derecho difícilmente pueden responder a una dimensión uniforme o, en todo caso, intentar categorizarse de forma exclusiva bajo una sola aproximación. La variada práctica legal conlleva ineludiblemente la necesidad de idear esquemas flexibles que permitan dar cuenta de las particularidades de cada actor involucrado.

⁵³³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 703 y ss.

⁵³⁴ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 252 y ss.

⁵³⁵ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 703.

Así, por ejemplo, se podría afirmar que “las diferencias entre la argumentación que lleva a cabo un juez y un abogado no son relevantes (o no existen) si se considera la argumentación exclusivamente desde una perspectiva formal. Pero adquieren notable importancia cuando se presta atención a la dimensión material y/o a la pragmática⁵³⁶ (tanto en sus aspectos retóricos como dialécticos)”.⁵³⁷ Aunque se podrán distinguir elementos comunes, lo cierto es que, en gran medida, la construcción de los argumentos dependerá de las características propias de cada operador, tomando en cuenta el escenario en el que cada uno de éstos se desarrolle. En ese sentido, es pertinente considerar que en determinadas ocasiones las diferentes concepciones de la argumentación se entremezclan y se complementan para permitir la fluidez entre la teoría y la práctica que conlleva una *empresa racional* (empleando la expresión de Toulmin) tan compleja, como lo es derecho.

Contemplar la perspectiva material de la argumentación como aquella que tiene que ver con la verosimilitud de las premisas implica entenderla como “el conjunto de argumentos que ofrecen un apoyo para la resolución de un problema práctico que no puede ser eludido”,⁵³⁸ como un razonamiento jurídico que se equipara a un razonamiento práctico y así se dirige hacia la concreción de acciones debidas o valiosas. De tal forma que, aunque Joseph Raz distingue al razonamiento práctico “dependiendo del carácter de las razones operativas o premisas prácticas involucradas”,⁵³⁹ y que el mismo Atienza advierte que las diferencias en estos procesos “dependerán de los diversos contextos en los que se argumenta el Derecho”,⁵⁴⁰ no cabe duda que al estudiar la dimensión material de los discursos jurídicos de los abogados parecería que sus argumentos, de manera indefectible, deben ser considerados como accesorios o “vicarios” respecto a los argumentos expresados por los jueces.

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 706-709.

⁵³⁷ Conviene aclarar que en cuanto se hace mención a la dimensión retórica en el ejercicio de la abogacía se refiere a aquellas técnicas centradas en la idea de persuadir a un auditorio (las discusiones dirigidas a persuadir al juez o al jurado en relación con determinadas tesis), mientras que la dialéctica tiene lugar entre participantes que asumen un rol dinámico, cuando se contempla desde la perspectiva de la lucha que tiene lugar entre partes (al defender intereses contrapuestos). Véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 97; Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 114.

⁵³⁸ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Isegoría*, Madrid, núm. 21, 1999, pp. 42 y 43.

⁵³⁹ Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 12 y ss.

⁵⁴⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 701 y ss.

Al entender al abogado como si éste sólo fuera un técnico auxiliar del derecho, subordinado a otros operadores jurídicos, se relegan y equiparan sus argumentaciones con las judiciales,

algo, por cierto, que vale en relación con la figura del “abogado general” que actúa en el contexto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero no en relación con los abogados “de verdad” que por lo general, como es obvio, no persiguen (o no sólo o no fundamentalmente) el interés general. La argumentación de los abogados es, en lo esencial, una argumentación “de parte” (lo que no significa ilegítima) que, por ello, difiere en aspectos relevantes de la del juez.⁵⁴¹

Sobre este tipo de abogados vale la pena centrar la atención, pues más allá de los fines deseados (que, por lo general no serán otros que los perseguidos por sus clientes),⁵⁴² al llevar a cabo sus argumentaciones resulta indispensable que estas encuentren cauce y cabida a través de los medios jurídicos permitidos para alcanzar sus objetivos y, eventualmente, desplegar una serie de acciones para realizarlos.

Tanto las argumentaciones de los jueces como las de los abogados tienen como común denominador el convencer respectivamente a sus interlocutores. Sin embargo, es importante diferenciar que mientras las argumentaciones de los jueces encuentran sus razones operativas a partir de las reglas del propio sistema, las de los abogados no vienen a significar las razones de primer orden para la realización de sus conductas (aunque obviamente influyen en la definición de sus estrategias y objetivos), ya que “las premisas provenientes del sistema ingresan en su razonamiento básicamente como razones auxiliares”.⁵⁴³ De ahí que, a pesar de que las argumentaciones de los abogados tal vez no pretendan inicialmente la justicia (encontrándose sesgadas por representar intereses de parte), esto no viene a significar que de antemano sean ilegítimas o inválidas, porque al final de cuentas es la misma dinámica del sistema lo que hace posible su viabilidad y eventual corrección. Su posición procesal poliédrica, argumentando hacia el juez al

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 703 y 704.

⁵⁴² “La argumentación jurídica que utiliza el abogado tiene como finalidad conseguir que el tribunal admita la posición que el abogado trata de defender a través de dicha argumentación. El abogado trata de lograr la adhesión del auditorio, para conseguir que su idea se materialice en la sentencia del tribunal, es decir, el objetivo primordial de un abogado es persuadir al tribunal de que lo que defiende es lo correcto”. Armada Cornet, Casilda, *El reto de la argumentación jurídica para los profesionales del derecho*, trabajo presentado bajo la dirección de María Ángeles Bengoechea Gil, para la colación del Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la Universidad Pontificia Comillas-ICADE, Madrid, 2014, p. 18.

⁵⁴³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 282.

intentar convencerlo, hacia el cliente en ocasión de emitir consejos, hacia la parte contraria intentando desarmar una determinada estrategia, hacia el derecho ya que no puede obviar las reglas del juego, en definitiva, sitúa a este a operador jurídico en una posición privilegiada para tener una participación activa en el sistema y contribuir argumentativamente a un debate heterogéneo que adopta distintas formas de controversia

En ese orden de ideas, resulta evidente la existencia de un nexo indisoluble entre las argumentaciones de los abogados y las de los jueces. El componente recíproco de las mismas resulta fundamental para el buen funcionamiento de todo un sistema jurídico. Ahora bien, de eso a afirmar que difícilmente se pueden disociar las unas de las otras, o que las argumentaciones de los abogados se encuentran enteramente sometidas a las de los jueces (y, por tanto, se siga fomentando una tendencia dentro de la teoría del derecho por equiparar cualquier tipo de argumentación a la realizada en sede judicial),⁵⁴⁴ existe una brecha con muchos matices que transita por diferentes facetas y vínculos relationales que hacen del razonamiento jurídico de los abogados una actividad muy compleja y polifacética, que permite a las personas llegar a juicios prácticos en concordancia con determinadas reglas.

Hay que tener presente que la legitimidad de los abogados en el sistema radica en la posibilidad que les otorga el mismo para representar intereses y, una vez en juicio, demostrar, a través de la disputa argumentativa, cuáles de los intereses en conflicto son los correctos. De hecho, bajo el contexto de las actuales democracias deliberativas, una de las funciones preponderantes de los abogados es

ser los igualadores retóricos de sus conciudadanos asegurándose que los conflictos sociales sean resueltos recurriendo al mejor argumento que su comunidad ha sido capaz de producir. Es por eso que los estados modernos tienden a darles el privilegio del monopolio de la provisión del servicio de justicia y a cerrar a la ciudadanía en general el acceso a la deliberación judicial con el propósito de garantizar su igualdad.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ “Alexy (y, en general los representantes de la teoría estándar) defiende, por ejemplo, que la teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, que —en su opinión— también erigirían (en sus demandas ante los tribunales) una pretensión de corrección. Pero esto es muestra, en mi opinión, de una concepción idealizada del Derecho en la cual el fenómeno jurídico es observado única o preferentemente desde la perspectiva de los tribunales superiores y de la dogmática jurídica”. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 704.

⁵⁴⁵ Böhmer, Martín, “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, cit., p. 140.

De ahí que, siguiendo lo trazado por Atienza, la dimensión pragmática de las argumentaciones de los abogados resulta fundamental por fungir como vehículo que traslada argumentos para ser recogidos y aceptados por el auditorio, como instrumento comunicacional que contrarresta las desigualdades propias del sistema a través de una serie de razones cuya fuerza de persuasión puede conseguir lo pretendido.

Una manifiesta prueba de la importancia que la perspectiva retórica y dialéctica adquiere al ejecutarse las labores argumentativas de los abogados se encuentra en la práctica del interrogatorio de testigos en los sistemas de índole acusatoria. Atienza, en el prólogo de *El arte de la duda* de Carofiglio,⁵⁴⁶ enumera respecto a la retórica una serie de técnicas argumentativas basadas tanto en las pruebas racionales (lógicas) como en las que apelan al carácter del orador y a las pasiones del auditorio; de ahí que “todo lo que tiene que ver con los gestos, los movimientos corporales o la modulación de la voz, esto es, lo que en la tradición retórica formaba parte de la *actio* (la última de las operaciones retóricas; antes estaban la *inventio*, la *dispositio*, la *elocutio* y la memoria)”, cuenta con una considerable importancia en las labores forenses de los abogados. Y en relación con la dialéctica (entendida como técnica de discusión), a partir de un tipo ideal de abogado que Atienza extrae de la obra en cuestión, postulando un catálogo de veintidós reglas,

equivalentes a las que se pueden encontrar en el famoso librito de Shopenhauer titulado *Dialéctica erística. El arte de tener siempre razón*, pero con la diferencia de que la dialéctica que propone Carofiglio (precisamente porque no es una dialéctica puramente erística, destinada a vencer de cualquier manera, a cualquier precio) incorpora ciertos límites (importantes límites) de carácter moral.⁵⁴⁷

La importancia de esta última idea para las argumentaciones de los abogados resulta crucial al momento en que las reglas deontológicas no sólo se encargan de modelar aspectos técnicos del ejercicio profesional, sino que también orientan la práctica hacia el logro de ciertos valores, pues la aboga-

⁵⁴⁶ Carofiglio, Gianrico, *El arte de la duda*, prólogo de Manuel Atienza, trad. de Luisa Juanatey, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 9 y ss.

⁵⁴⁷ Dentro de esta lista se encuentran: Prepararse bien, no efectuar un contrainterrogatorio si no existen perspectivas de obtener un resultado útil, interrogar con un objetivo claro y preciso, interrogar con cortesía, no tratar nunca con agresividad a un testigo desfavorable, extremar precauciones con sujetos débiles como niños o ancianos, no hacer comentarios sarcásticos, pues van en contra del deber de cortesía y no causarán buena impresión con los jueces, utilizar constantemente la mirada para lograr que el interrogatorio sea vivo y fluido, entre varias más. Véase *idem*.

cía es un trabajo de medios y no de resultados. De ahí que “un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas”,⁵⁴⁸ esforzándose por hacer justicia a través de los mecanismos que propicia y proporciona el fenómeno jurídico, y las virtudes que encierra la profesión hacen que los abogados se encuentren a disposición de cualquier persona que ha sufrido una afectación a sus derechos o, simple y sencillamente, busque ver realizadas sus pretensiones.

No por nada, el historiador Yuval Noah Harari llama precisamente la atención respecto al elemento de confianza sobre el que descansan muchas de las relaciones que se generan a través del derecho; afirma que “dos abogados que no se conocen de nada pueden combinar sus esfuerzos para defender a un completo extraño porque todos creen en la existencia de leyes, justicia, derechos humanos... y en el dinero que se desembolsa en sus honorarios”.⁵⁴⁹ Aunque bien es cierto, como escribe el autor en cuestión, que el componente económico cuenta con un peso importante cuando los abogados ponen en marcha las maquinarias de los sistemas de justicia, también lo es que éste funciona a manera de contraprestación necesaria por ejercer una profesión liberal, con la particularidad de que al mismo tiempo las actividades de los abogados gozan de una faceta de servicio público en aras de conseguir trasladar las discusiones de índole privada a un espacio de corte social, y, en ese sentido, habrá que contemplar algunas de sus labores como una forma de acción política con la capacidad de redimensionar las estructuras que organizan una comunidad pública.

La visión que contempla al razonamiento de los abogados como un producto meramente consecuencialista, o que afirma que sus argumentaciones deben ser consideradas de forma exclusiva como “argumentaciones de parte”, resulta desacertada, pues uno de los elementos básicos que encierra el razonamiento jurídico de la profesión en análisis es fungir como pieza clave al momento de accionar inicialmente el sistema, ya que relaciona las normas que utilizan los operadores jurídicos y las pretensiones de los usuarios, haciéndolas depender las unas de otras.

Así, los esquemas que permiten y delimitan las actuaciones de los abogados sirven para establecer un marco institucional común que despliegue condiciones para la traducción del conflicto social al conflicto jurídico. Si

⁵⁴⁸ Aguiló, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *cit.*, p. 675.

⁵⁴⁹ Harari, Yuval Noah, *Sapiens. De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad*, *cit.*, 2014, p. 41.

el propio derecho posibilita contemplar al procedimiento judicial como un caso de justicia procesal imperfecta, es posible entender que la pretensión justificativa vinculada con el sistema y dirigida hacia la aceptación de los argumentos por parte de los jueces depende del razonamiento de los abogados. De tal forma que las argumentaciones de los abogados se entenderán como vicarias, pero no en el sentido de subordinación absoluta respecto a las de los jueces, sino en términos de coordinación estratégica, y a la vez se genera un estrecho vínculo circular donde la noción de derecho no se entiende sin el involucramiento de todos sus participantes.

A pesar de dichas consideraciones, no cabe duda que la argumentación jurídica evidencia múltiples relaciones de poder, y desata pugnas entre los involucrados por la obtención de los mayores beneficios posibles, no por nada, Nieto refiere que el derecho cuenta con “elementos heterogéneos [y] desarticulados de conocimiento difícil, de interpretación dudosa y de imposible aplicación coherente”.⁵⁵⁰ De ahí que la figura del abogado, como operador jurídico que enlaza a la ciudadanía con el sistema y, por ende, tematiza el conflicto, resulta esencial para llevar a cabo la administración de justicia en los términos que un Estado constitucional de derecho considera adecuados.

Cuando, de entrada, las mismas dinámicas que destella el derecho generan condiciones diferenciadas para los involucrados

respecto de su capacidad de generar los mejores argumentos para persuadir al juez, lo que crea el riesgo de que las decisiones que se tomen en los tribunales no contribuyan a cumplir con el rol fundamental que tienen los órganos contramayoritarios en una democracia constitucional dado que no triunfarían los mejores argumentos sino los mejores argumentadores,⁵⁵¹

el trabajo de los abogados, tanto por su proximidad y conocimiento del sistema como por su cercanía respecto a los usuarios, se torna fundamental como traductores técnicos especializados para igualar a los miembros de una comunidad. Bajo esta lógica, el rol de los abogados, a través del litigio (en términos sustantivos por medio del “derecho a la defensa”), se visualiza como garantía del correcto funcionamiento de las democracias constitucionales, cuya importancia se agrava en contextos en los que el margen de desigualdad es más apremiante, y tiende a situar sobre el tablero problemas estructurales de exclusión social.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 201.

⁵⁵¹ Böhmer, Martín, “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, *cit.*, p. 135.

⁵⁵² En un apartado del siguiente capítulo se abordará en específico la faceta activista del abogado como vía para propulsar ciertos temas de índole social.

Así, se podrá pensar que para llevar a buen término el ejercicio del derecho resulta necesario que los abogados incesantemente reclamen y exijan derechos, judicializando cualquier pretensión que se les presente, siendo proclives a entender su trabajo como catalizador de las relaciones políticas. Es decir, luchando desde una instancia que pueda institucionalizar lo pretendido para propulsar constantemente el entorno por la vía legal. Nada más errado. Como bien afirma Lloredo, “esto no debe llevar a pensar en una hipotética sociedad supererogatoria, donde la vida se ha terminado judicializando hasta límites absurdos”.⁵⁵³ En efecto, las labores de los abogados dentro del Estado constitucional de derecho no implican su conversión en una suerte de picapleitos obsesivos. “El propio Jhering advirtió sobre esta posible tergiversación de su punto de vista: «quisiera enfatizar que, en varias ocasiones, se me ha querido atribuir la opinión de haber querido abogar por la disputa, por la ‘pleitomanía’. Pero sólo he patrocinado un sentimiento jurídico saludable y fuerte que se defendiera de su mal uso»”.⁵⁵⁴ En definitiva, esta visión, antes que propulsar una visión confrontacional de la profesión, clama por una amplia y flexible fenomenología en el ejercicio de la abogacía, develando una pluralidad de estrategias en donde caben procesos como la mediación o la conciliación.

Percibir a la práctica del abogado de manera ascendente, con un fuerte componente informal en el que se dialoga y negocia de forma constante, en otras palabras, donde se despliega una argumentación informal, resulta fundamental para accionar la parte formal de sus argumentaciones, en la que su faceta constructiva no se puede limitar a comprenderse sólo como un conjunto de razones dirigidas a la obtención de determinados objetivos particulares (en vías de contribuir a maximizar intereses), sino que conjuga distintas concepciones en las que incorpora valores para lograr fines colectivos.

De ahí, precisamente, que sea indispensable la buena comunicación entre operadores jurídicos. De ahí también que el ejercicio del derecho deba consistir en la construcción de un proceso argumentativo, en el que la razonabilidad y el entendimiento sean el fundamento para la consecución de nuevas ideas y mejores normas que tiendan a su efectiva funcionabilidad. Como hace notar Luhmann,

esto significa para los abogados que la calidad de sus interpretaciones o formulaciones de textos depende de la recepción por parte de otros juristas. El abogado individual, sea cual sea su ritmo de trabajo, no puede lograr ningún

⁵⁵³ Lloredo, Luis, “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf von Jhering”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 15, 2012, p. 255.

⁵⁵⁴ *Idem*.

éxito de forma autónoma, él no tiene la resonancia adecuada. La construcción legal más elegante no sirve de nada si nadie es capaz de entenderlo o seguirlo. Y un refinado sentido de los límites de la interpretación justificable no sirve de nada cuando una inundación de la política expurga todo. Por lo tanto, la calidad puede ser aumentada sólo dentro del sistema, y el éxito depende de un proceso profesionalmente calificado de comunicación y no primordialmente en el *ethos* individual.⁵⁵⁵

Efectivamente, habrá que tener presente que en ocasiones el razonamiento jurídico de los abogados también viene a significar una actividad unificadora entre lo que unos exigen y lo que otros hacen.

Estudiar las argumentaciones de los abogados resulta indispensable para dar cuenta de manera más próxima, y por tanto realista, de otra parte del amplio fenómeno jurídico. De acuerdo con la propuesta argumentativa de Atienza, y en sintonía con las exigencias que conlleva el modelo que propone el Estado constitucional de derecho, en la medida en que los procedimientos otorgan a los ciudadanos la oportunidad de participar en democracia, el razonamiento de los abogados encuentra justificación a partir de su carácter institucional técnico, tratando no sólo de sacar partido a las posibilidades ofrecidas por el sistema jurídico, sino también al momento en que sus argumentos tienen que ser aceptados por los jueces, siendo conformes tanto con las normas y los valores del sistema jurídico como con aquellas normas y valores que rigen su profesión.⁵⁵⁶

La necesidad de que los abogados sean conscientes de sus acciones, con una idea de profesión que busque, a través de ciertos valores, dotar de sentido al derecho, es fundamental para potencializar una mejor práctica jurídica por medio de la reflexión filosófica. Sin embargo, en tiempos mediáticos, en que el espectáculo ha desplazado al contenido y lo instantáneo a la reflexión, también resulta de crucial relevancia pensar las instituciones que existen en la profesión desde otra trinchera. Esto no sólo para su análisis y eventual mejora, sino también en aras de imaginar soluciones a problemas futuros. De ahí que en el siguiente y último capítulo se estudiarán algunas alternativas para la abogacía desde una óptica socioinstitucional.

⁵⁵⁵ Luhmann, Niklas, “The Legal Profession: Comments on the situation in the Federal Republic of Germany”, en MacCormick, Neil (ed.), *Lawyers in their Social Setting*, Edimburgo, W-Green & Son Ltd., 1976, p. 100.

⁵⁵⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 706.