

# ABOGACÍA Y JUSTICIA: PENSAMIENTO, HISTORIA Y MUNDIALIZACIÓN.

Javier Pérez Duarte\*

**Sumario.-** I. Prolocutores y Abogados. II. La Esgrima en el Derecho. III. El Carnaval de los Juristas. IV. Derecho y Ciencia Jurídica. V. El Siglo XXI y sus nichos sin Derecho. VI. Principio de Legalidad y Humana Dignidad.

**Palabras Clave.-** Abogacía; Justicia; Historia; Mundialización

## I. PROLOCUTORES Y ABOGADOS

“Frente al reo, los jueces con sus viejos ropones enlutados; (...)

El abogado defensor perora, golpeando el pupitre con la mano; (...) mientras oye el fiscal, indiferente, el alegato enfático y sonoro”<sup>71</sup>.

La idea de pretensión expresa la complejidad de la vida social, un mundo caracterizado por ambivalencias que afectan de la misma manera al derecho. Los profesionales reflejan esta realidad insegura, polivalente, huidiza. La abogacía representa, como pocas, este escenario que exige, por otra parte, un discurso constante

---

\* Catedrático de la Universidad de Deusto, Bilbao, España.

<sup>71</sup> MACHADO, A.: *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 151.

de interpretación<sup>72</sup>. La progresiva conquista de la autonomía personal en la modernidad choca con la constante menesterosidad de la persona que necesita, en determinadas circunstancias, de un profesional de la abogacía<sup>73</sup>. De acuerdo con Luhmann se puede asegurar que se asiste al surgimiento de una cultura del derecho, en la que se aprecia un amplio margen para las diferencias, se descubren nuevas y diversas perspectivas, en las que la realidad queda afectada por el derecho. El abogado se encuentra dentro del sistema jurídico pero, al mismo tiempo, conecta la teoría social con la teoría jurídica<sup>74</sup>.

Max Weber lleva a cabo un interesante estudio de la evolución histórica de la abogacía. En la Edad Media surge, por una parte, el llamado prolocutor, “*Fürsprecher*”, y, por otra, el abogado “*Anwalt*”. Al primero lo que le caracteriza es su papel eminentemente argumentativo, las partes podían solicitar al juez un experto en el lenguaje jurídico para que pronunciara las palabras que requería el desarrollo del procedimiento, de ahí la necesidad de que el prolocutor debía encontrarse al lado de las partes. El segundo, el abogado, surge con la racionalización del procedimiento ante los tribunales de los príncipes, con la necesidad de conseguir e interpretar la fuerza de las pruebas. Asume la dirección técnica en la preparación del procedimiento. El prolocutor, en cambio, podía colaborar en la formulación de la sentencia. La abogacía está marcada en sus inicios por la formación de los profesionales. El aprendizaje del derecho está íntimamente unido a las dos formas de ser concebido: el mero aprendizaje jurídico de tipo profesional y el pensamiento jurídico. De aquí surgen, a su vez, dos métodos, por una parte, una enseñanza empírica del derecho mediante el “método del caso”, procedente de la práctica misma del derecho al modo de un oficio. Por otra, la enseñanza teórica en escuelas jurídicas especializadas mediante la elaboración racional, sistemática y científica.

Del primer estilo es la enseñanza jurídica gremial de los abogados en Inglaterra. La Edad Media marcaba el carácter de los gremios y también del oficio de letrado, fruto

---

<sup>72</sup> El presente ensayo será publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra-España) y fue presentado como ponencia en el Congreso UNIJES 2011 “Retos de la Abogacía ante la Sociedad Global” convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades de Deusto, Ramón Llull (ESADE) y Pontificia Comillas (ICADE) y acogido por esta última en Madrid en el marco de su cincuentenario.

<sup>73</sup> MERTON, R.K.: *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 37.

<sup>74</sup> LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002, pp. 62-63.

de una enseñanza puramente práctica que competía con la recibida en las universidades. Cuando la universidad se hizo con el monopolio, las escuelas comenzaron su decadencia y desaparecieron. El abogado no poseía las funciones actuales, sólo aparece como representante de las partes cuando el rey, tanto en Inglaterra como en Francia, le concede unos derechos procesales, la representación en juicio y su nombramiento dependía de un privilegio especial.

La función de abogado estaba en un principio en manos de quienes sabían escribir, los clérigos, para quienes se convirtió en el modo principal de subsistencia. No obstante, la creciente cultura jurídica de los sectores laicos provocó la paulatina desaparición de los clérigos de la profesión de abogado y la agrupación de los abogados laicos en gremios integrados por profesionales de los tribunales. Estos sectores llegan a monopolizar los puestos de todos aquellos que requerían el conocimiento del derecho, lo que se produjo en los siglos XV y XVI. El Renacimiento trajo consigo, al mismo tiempo, una racionalización del derecho, la mera práctica jurídica daba paso paulatinamente a un predominio del pensamiento jurídico, las profesiones del derecho se imponían a los oficios. Desaparecen los viejos prolocutores y su puesto es ocupado por funcionarios, “*counsels*”, “*advocates*”. El Estado renacentista construía su realidad sobre la imaginación y el arte de los nuevos juristas. El poder de los monarcas se hallaba respaldado por la creciente influencia de la burguesía europea frente al antiguo poder de la nobleza o la Iglesia, aunque todavía lejos de la crisis definitiva de finales del XVIII. Se reafirma la idea de la justicia impartida en nombre del rey y los abogados representan a las partes con las antiguas funciones de los prolocutores. No obstante, la profesión de abogado continuó durante un tiempo vinculada a la práctica empírica ante los tribunales, sin contacto con los representados y ayudados por “*attorneys*” y “*solicitors*”, sin cultura jurídica.

La sistematización de las universidades no se refleja, en un principio, en la formación de los abogados, los criterios empíricos caracterizan durante mucho tiempo la práctica profesional. Surge una enseñanza del derecho puramente empírica, cada vez más especializada, se llegó a un tratamiento formalista vinculado a los precedentes judiciales y a las analogías. Esta especialización mecánica provocó el eclipse de la totalidad del material jurídico. La práctica jurídica no buscaba la sistematización racional del derecho, sino la elaboración de esquemas de contratos, de acciones que fuesen utilizables para satisfacer los intereses de los clientes. Ficciones procesales

permiten la decisión de casos nuevos de acuerdo con los esquemas de los ya conocidos. Se elabora un derecho a partir de la realidad concreta y, sustentado en ella, la realidad se convierte en derecho y se produce, al mismo tiempo, la interrelación entre realidad y norma jurídica. De los motivos de desarrollo no aparece un derecho racionalmente sistematizado. En todo caso, los conceptos, fruto de una cierta racionalización del derecho, deben servir a la orientación de hechos que han de ser tangibles, basados en la experiencia cotidiana, por tanto, meramente formales. Estos conceptos aumentaban y se ampliaban sin cesar de acuerdo a las prácticas mencionadas de precedentes, analogías y esquemas de contratos con un criterio de servicio a intereses concretos<sup>75</sup>.

Francisco de Quevedo dirige duras sátiras a la abogacía en *El sueño del juicio final* cuando un abogado, al ver a unos procesados que no querían salir de sus tumbas a pesar de haber resucitado y a los que unos demonios les llevaban a la audiencia, sacó “la cabeza y preguntóles que a dónde iban, y respondieronle, al justo juicio de Dios, que era llegado; a lo cual, metiéndose más ahondo, dijo:

-Esto me ahorraré de andar después, si he de ir más abajo”<sup>76</sup>.

## II. LA ESGRIMA EN EL DERECHO

Max Weber hace hincapié en la relación formación-práctica profesional. El derecho necesita de conceptos generales formados por la “abstracción de lo sensible, interpretación lógica del sentido, generalización y subsunción, que después hubiera que aplicar silogísticamente, como normas”. Por otra parte, tanto la formación del jurista como su práctica profesional se alejan del pensamiento jurídico. La práctica del derecho y la enseñanza jurídica infieren de lo particular también a lo particular, “no de lo particular a principios generales, para luego deducir de ellos la solución del caso concreto”. La palabra adquiere absoluta relevancia, se puede afirmar que el derecho consiste únicamente en palabras que se aplican, interpretan y extienden en todos los sentidos para ser adaptadas a cada necesidad, si no es suficiente se acude a la analogía y

---

<sup>75</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1944, p. 588.

<sup>76</sup> QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, Espasa-Calpe, Barcelona, 2001, p. 88.

a otras ficciones técnicas. De forma sorprendente esta flexibilidad jurídica, adaptable a la multiforme y cambiante realidad, provoca la inmodificabilidad del derecho “oficial” y adquiere un carácter arcaico atrincherado ante los cambios, por ejemplo, económicos. Cuando la realidad se desarrolla de tal manera que el derecho permanece anclado en sus propios silogismos aplicados de forma casuística se llega a resultados que pueden ser grotescos. La consecuencia es que no puede surgir un aprendizaje ni una teoría jurídica de tipo racional<sup>77</sup>.

Es interesante recordar en este punto el planteamiento de Schopenhauer, la dialéctica, tan importante en las profesiones jurídicas, sobre todo en la abogacía, se sitúa entre la simple lógica y la simple sofística, la primera busca la verdad objetiva y la segunda la imposición de tesis falsas. Por el contrario, la argumentación o dialéctica es una “esgrima intelectual para llevar la razón en la discusión”, su nombre más correcto es el de dialéctica erística. La dialéctica no tiene que entrar ni en la confirmación de la verdad, ni en la imposición de la falsedad, “del mismo modo que el maestro de esgrima tampoco considera quién tenía realmente razón en la discusión que originó el duelo: tocar y parar, de eso se trata en la dialéctica”. Schopenhauer le concede la máxima trascendencia, “es muy útil: en los tiempos recientes se ha descuidado injustamente”. Sin embargo, el profesor de Berlín advierte que la dialéctica tiene también como tarea importante “*establecer y analizar aquellas estratagemas de la mala fe en la discusión*, para reconocerlas y aniquilarlas de inmediato en los debates reales”. La palabra fue importante en la configuración de la abogacía y lo continúa siendo como expresión erística que no tiene por qué buscar la verdad objetiva, ni debe tener como fin la falsedad, sino “el mero tener razón por sí solo”<sup>78</sup>. La dialéctica supone un camino hacia la imaginación, expresión esencial del derecho.

Weber, por su parte, apunta una causa, en principio sorprendente, que dificulta en gran medida la aparición de un pensamiento jurídico aplicable al caso y una racionalización legislativa y científica, consistente en la estrecha vinculación entre el desarrollo exclusivamente empírico de la aplicación del derecho y el interés que los profesionales “ponen en sus emolumentos”, lo cual provoca, al mismo tiempo, la

---

<sup>77</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 588-589.

<sup>78</sup> SCHOPENHAUER, A.: *El arte de tener razón. Expuesto en 38 estratagemas*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 29-30.

estabilización del derecho oficial. Max Weber acusa a los abogados ingleses de ser los causantes principales de que no se desarrollara en Gran Bretaña una legislación sistemático-racional. El hecho de que los jueces encargados de interpretar las normas procediesen del ámbito de la abogacía hizo que el legislador inglés tuviese que adoptar una posición defensiva en cada nueva ley frente a las “posibles ‘construcciones’ de los prácticos del derecho que, como siempre sucedía, podían contrariar directamente su intención”.

El sistema jurídico se desintegra en un derecho fragmentado, asistemático y al servicio del máximo beneficio o de la mera supervivencia de los abogados, debido al desarrollo meramente empírico y del interés crematístico de sus profesionales. Weber recuerda ejemplos concretos: la falta de registro catastral y, por tanto, de un crédito hipotecario racional, lo cual, al mismo tiempo, provoca una inseguridad jurídica que se materializó en la necesidad de que el examen de los títulos de propiedad apareciera como algo indispensable, lo que provocó, a su vez, el incremento de la división de la propiedad raíz en Inglaterra. El cuadro que se representa es el de una caótica composición de figuras jurídicas que aparecen encadenadas por la práctica empírica y concreta de los profesionales. Los problemas de la realidad cotidiana configuran el derecho, sin embargo, se convierten en una maraña que esconde intereses, mediante los cuales los abogados, en lugar de contribuir a la resolución de conflictos, contribuyen a elaborar la tupida red de su sistema, quizás mejor de su a-sistema endogámico.

Frente al modelo inglés está el modelo alemán. En Alemania no existía un grupo gremial de abogados como en Inglaterra, incluso no existe la necesidad de acudir a un profesional de la abogacía, al igual que lo que sucedía en Francia. “El formalismo del procedimiento en la administración corporativa de la justicia” dio lugar a que se hiciera importante la labor de los “prolocutores”. La creciente maquinaria funcional de la Administración da lugar a la aparición de expertos en comunicar la ley con los súbditos. Los “prolocutores” representan aún la imagen medieval del puente de unión entre el poder público y la sociedad. En el año 1330 en Baviera esta figura de profesional del derecho presenta una regulación de sus obligaciones. No obstante, debido a la introducción del derecho romano, tiene lugar la separación entre la figura del “prolocutor” y la del abogado.

Merece destacarse, por tanto, que la configuración profesional de ambos vino impuesta desde arriba, desde el sistema, no tanto desde la práctica del conflicto concreto

y cotidiano. La sociedad, en sus diversos estamentos, se percata posteriormente de la necesidad de la abogacía y exige su preparación de acuerdo con la nueva era. La educación jurídica universitaria acepta la responsabilidad de la formación de los abogados como una profesión de “juristas prácticos distinguidos” que, debido a la descentralización de la administración de justicia, no podían convertirse en un gremio poderoso. La posición de los abogados se reglamentará de acuerdo con las ordenanzas de los príncipes, no autónomamente. Una vez más aparece la presencia del poder político como conformador profesional.

Weber califica a la enseñanza universitaria del derecho como “moderna”. Con el tiempo sólo se permitirá la práctica del derecho a aquellos que se han formado en aulas universitarias. La modernidad implica un monopolio por parte de la formación universitaria. Los técnicos del derecho se forjan en las universidades que, surgidas en la Edad Media, contribuyen a dar rigor sistemático a las diferentes disciplinas y, entre ellas, al derecho. La modernidad renacentista abre las puertas a la renovación del derecho romano. El humanismo jurídico se convierte también, al igual que el resto del mundo cultural, en un recuerdo del clasicismo<sup>79</sup>.

La enseñanza universitaria del derecho se completa con años de aprendizaje en la práctica, aunque, no se olvide, el “corpus” del derecho se ha de obtener en la cátedra. Los conceptos que son estudiados y destilados sistemáticamente se estructuran, a su vez, en normas abstractas que se formulan de un “modo estrictamente formal y racional, elaboradas por medio de una interpretación lógica y distinguidas conceptualmente unas de otras”. El derecho se emancipa de las necesidades cotidianas de los particulares y se puede hablar de pensamiento jurídico. No obstante, aparece el riesgo de que el derecho pierda contenido intuitivo. La lógica del derecho, como una fuerza que domina su práctica, puede dar lugar a que los intereses, reflejo de las necesidades de las partes y capaces de impulsar la formulación del derecho, queden anulados por aquélla.

### **III. EL CARNAVAL DE LOS JURISTAS**

Al abogado de la sociedad mundial se le plantea un reto en el que se sintetizan las diversas dimensiones que este profesional del derecho ha presentado a lo largo de su historia. La figura del abogado tiene un carácter carismático. El carisma ejerce una

---

<sup>79</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 590-592.

dominación que puede venir provocado por la oratoria o el poder intelectual. Weber afirma que la autoridad carismática es un poder revolucionario en la historia, pero en su forma pura es autoritaria y dominadora. La habituación tradicional y el prestigio, junto a la creencia, contribuyen a dar significado a la legalidad formal. El abogado forma parte de un cuerpo administrativo que implica la sumisión a sus ordenanzas. Este aseguramiento del dominio se entiende por “organización”. La dominación carismática es una relación de tipo extraordinario y personal. El abogado forma parte de un cuerpo legal o de clase que no desprecia la asunción de derechos de dominio de los que se apropia por medio de privilegios.

Otro tipo de dominación es de carácter tradicional, basada en la creencia de que los ordenamientos jurídicos son casi perfectos. Se reconoce un estatuto como válido para siempre y desde siempre. Fuera de las normas de la tradición la voluntad del señor sólo se halla ligada por los límites que en cada caso le impone el sentimiento de equidad. No obstante, este amplio campo de interpretación ha de estar basado en la equidad ética material, la justicia y la utilidad práctica, no en los de una ética formal, como es el caso de la dominación legal. Falta el concepto burocrático de la “competencia” que implica la delimitación objetiva de la jurisdicción. La “competición” de los titulares de los cargos, mediante la “dominación gremial”, sustituye a la “competencia”. Se confirma una jerarquía en clases sociales dentro del estado llano que participa cada vez más en el entramado administrativo.

En esta red de dominación tradicional se da una sorprendente coexistencia de tradición, con lo que implica de dependencia, y de actividad libre. En este sistema corporativo, que actúa orgánicamente como un cuerpo, resplandece, sin embargo, la persona y las relaciones personales. Domina un derecho material en la administración frente a un derecho formal, que da lugar a un “Estado-providencia” presidido por principios ético-sociales, en los que la ética tiene un importante componente de costumbre y aceptación social, así como por principios de carácter utilitario, también aceptados socialmente, que hacen imposible “toda rigidez jurídica formal”. La administración, en la que comienzan a tener importancia los letrados, se aproxima paulatinamente a una organización caracterizada por la clase, sus componentes se rodean de una competencia de “fundamento jurídico” y de “división de poderes” en donde los juristas, al servicio del señor, han formado en Europa el precedente del Estado moderno. La abogacía presenta una figura en formación y heterogénea. Hay

“honorarios” que, ocupados en la práctica del derecho, se liberan de la dominación carismática. Aunque el volumen de carga profesional no ha llegado al nivel que las necesidades del tráfico de las ciudades demandan, sin embargo, consiguen una educación jurídica desde el punto de vista de la práctica del derecho, al mismo tiempo que adquieren relevancia las garantías procesales. En Venecia, por ejemplo, se prefiere la prueba documental, como medio probatorio racional, frente a la irracionalidad de la vieja administración popular de la justicia.

El proceso de mundialización jurídica es un largo período que, se puede afirmar, se inicia en el declive de la Edad Media. Debido al recuerdo romanista y a la influencia de las poderosas universidades italianas en el tránsito del Medievo al Renacimiento, los profesionales del derecho están en condiciones de abrir la puerta a un sentido más universal del mundo jurídico. Los “*podestá*” de las ciudades italianas provenían de los nobles juristas formados en las universidades y las señorías representan el poder del alumbramiento de la modernidad. De forma similar, este tipo de profesionales aparecen en las ciudades marítimas de Francia y de la Corona de Aragón en España. La universidad contribuye a introducir al derecho y a sus profesionales en la sociedad mundial, se abre la puerta a la formación de un derecho sistemático que intenta dar respuesta a los problemas de un mundo nuevo. Hay juristas que adquieren un gran prestigio, son altamente cotizados y demandados por diversas universidades y gobiernos<sup>80</sup>. Para Weber, el carácter carismático, el tradicional y el del derecho moderno no son períodos históricos, sino más bien formas de comportamiento sociológicas y profesionales. El derecho moderno está definido por un sistema jurídicamente estatuido, con juristas especializados formados en la lógica-formal. Se llega a una creciente fuerza deductiva del derecho, a su “*interpretación lógica del sentido*” tanto en las normas jurídicas como en los negocios jurídicos.

Surge una dicotomía que ha caracterizado el mundo del derecho. Por una parte,

---

<sup>80</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 592-595. Los sueldos más altos correspondían a determinados juristas y médicos. En el caso de los juristas sus servicios eran muy tenidos en cuenta por los Estados como consejeros y asesores. En Padua se constata en el siglo XV un sueldo de jurista de 1000 ducados anuales. Es significativo el caso de Bartolommeo Socini, profesor en Pisa, que aceptó una cátedra en Padua al servicio del gobierno de Venecia y, cuando se disponía a emprender el viaje, el gobierno toscano ordenó su detención y únicamente le puso en libertad una vez que pagó la fianza de 18.000 florines de oro. BURCKHARDT, J.: *La cultura del Renacimiento en Italia (Vol. I)*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1987, p. 155.

la opinión de los juristas que establecen una lógica puramente profesional, lo que implica la construcción jurídica de los hechos a través de una arquitectura diferente, con un material integrado por proposiciones jurídicas abstractas y según la máxima de que no existe para el derecho lo que el jurista no puede pensar desde principios derivados del trabajo científico. Por otra parte, están las expectativas de los particulares que pueden verse, no solamente defraudadas, sino incluso destruidas por el único derecho reconocido, el de los juristas, el de los abogados. Frente a un mundo jurídico surgido del artificio, casi de laboratorio, se oponen las acciones jurídicamente relevantes de los interesados y los convenios realizados por éstos para conseguir resultados económicos significativos. La consecuencia es la desvertebración entre derecho y realidad social, en definitiva, “la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal”. Esta protesta encuentra seguidores incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de su propia actividad, lo que provoca una reacción esquizofrénica en tanto que los profesionales del derecho no pueden renunciar al carácter formal que es inmanente al propio derecho. La consecuencia es la sensación de fracaso, “el derecho de los juristas”, de los abogados, “no puede ni ha podido nunca satisfacer en plenitud esas expectativas”, esos resultados de tipo económico o de otra índole<sup>81</sup>.

El desarrollo del derecho moderno se debe a los notarios italianos y a las universidades, los primeros adaptaron sus antiguas fórmulas a los nuevos tiempos y las segundas constituyeron una teoría sistemática del derecho. Lo decisivo estuvo, sin embargo, en la racionalización del proceso. La monarquía francesa, a través de la creación del Instituto de los abogados, contribuyó a dar forma al proceso mediante la adaptación de la palabra correcta en cada momento del procedimiento. La misión de los abogados consistía, por tanto, en pronunciar las fórmulas judiciales correctamente. El derecho formalista reviste de poder al Estado, el capitalismo necesita un derecho que actúe al igual que una máquina. Este derecho formalista, abstracto, cobra fuerza por la alianza del Estado moderno con los juristas “para imponer sus ambiciones de poder”.

Desde un punto de vista económico, la alianza entre el Estado y la jurisprudencia formal favorecerá el capitalismo. En Inglaterra la elaboración práctica del derecho corresponde a los abogados que diseñan las formas adecuadas de los negocios en interés

---

<sup>81</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 649-651.

de sus clientes y del capitalismo, de cuyo gremio surgían los jueces, “ligados estrictamente a los ‘precedentes’, o sea a esquemas calculables”. En el Estado burocrático, con sus leyes racionales, aparece la figura del juez convertido en un mero autómatas en la aplicación de la norma, se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, emite hacia abajo la sentencia con sus fundamentos más o menos concluyentes. Su actividad es también una labor calculadora que refleja el carácter del Estado empresarial e intenta actuar al estilo de la exactitud de una empresa, mediante el rendimiento probable de una máquina.

La mundialización que tiene lugar con el Renacimiento y su prolongación en los siglos XVII y XVIII supone el triunfo de un derecho simbolizado en juristas, entre los que se encuentran los abogados, que construye el Estado como obra de la imaginación, como una obra de arte de jurisconsultos en las aulas universitarias, como un poder superior al de las ciudades medievales. El imperio universal se impone a la ciudad-estado y va a dar lugar a la existencia del Estado racional obra de los juristas. El racionalismo jurídico se viste de múltiples figuras en un auténtico carnaval del derecho: los pandectistas y canonistas de fines de la Edad Media, los *podestá* italianos, los juristas franceses del rey, los canonistas y teólogos iusnaturalistas del conciliarismo, los juristas de corte y los jueces ilustrados de los príncipes continentales, los teorizantes neerlandeses del derecho natural, los monarcómacos, los juristas ingleses de la Corona y el Parlamento, la “noblesse de robe” de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución. Tanto el Estado absoluto como el Estado constitucional, surgido de la revolución, están contruidos por estos personajes enmascarados y diferentes, aunque unidos por la máquina racional del derecho. En el escenario de la Convención francesa los protagonistas son juristas. El abogado moderno y la democracia constitucional son inseparables. A partir de la Edad Media, sólo en Occidente, surge la figura del abogado, del “defensor”, bajo la influencia de la racionalización del proceso.

La profesión de abogado se encuentra vertebrada en la actividad democrática de los partidos. El interés en la defensa del cliente tiene su paralelismo en la defensa de los intereses de partido. Weber presenta un matiz de carácter utilitarista que recuerda a Ihering. El juego político de los partidos significa “juego de elementos interesados” y no se debe olvidar que “el llevar un asunto con eficacia en beneficio de los interesados es precisamente el cometido del abogado de profesión”. En todos los parlamentos y

partidos democráticos la profesión de abogado juega un papel importante en lo que se refiere al reclutamiento de los parlamentarios. El abogado necesita de un escenario profesional que es, no solamente el foro, sino, sobre todo, el despacho. Weber concede a la profesión un decorado en el que la estética reviste a la ética, el político profesional, al igual que el abogado del que procede, necesita de manera imprescindible el despacho propio. El abogado, al contrario que otros profesionales, puede pasar de su profesión a la actividad política con facilidad, tanto desde un punto de vista técnico como desde el punto de vista “de las condiciones interiores previas”<sup>82</sup>.

#### **IV. DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA**

A pesar de todo, la fiabilidad de la ciencia jurídica ha sido puesta en cuestión en autores como Kirchmann en vísperas de la revolución europea de 1848. Se ha llegado a decir que se opone al progreso del derecho, “es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse de nuevo”. Cuando la ley de una institución ha conseguido depurar su concepto verdadero, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia jurídica llega tarde al encuentro con la realidad social, “un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin derecho”. La jurisprudencia es sólo el recuerdo del derecho al igual que el viajero en el desierto divisa prometedores lagos, camina todo el día y a la noche están todavía tan lejos como por la mañana. El fin de la jurisprudencia debe ser el de aprehender el objeto del derecho, “descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones”, percatarse de su forma y estructura, analizar su realidad y “ensamblar su saber en un sistema sencillo”. La jurisprudencia científica, con toda su carga de erudición jurídica, es temida por el hombre del campo y de la ciudad. Los países están hartos de los juristas científicos, en torno a ellos existe la sospecha de la contradicción entre el derecho y la ciencia. “Sobre la base de cien libros” la verdad que se construye es artificial, sin garantizar que sobrevivirá a la segunda instancia del asunto.

“¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica!”. En Inglaterra, debido al

---

<sup>82</sup> WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, nota 4, pp. 1048-1060.

gran número de decisiones parlamentarias, se facilita el desarrollo de este derecho de carácter popular, mientras que el recurso a la justicia y a los abogados queda reservado a los ricos. Cuando la ciencia del derecho se acerca a su objeto, al derecho mismo, lo tritura, lo destruye, el pueblo pierde el conocimiento y, por tanto, la posesión de su derecho, secuestrado por sus profesionales y convertido en patrimonio exclusivo de una clase. Los procesos se convierten en un juego de especulación, en los que el derecho está ausente en el verdadero sentido de la palabra, y simulan un acto teatral meramente externo. Ninguna de las partes sabe quién tiene el derecho a su favor, en cambio, “la voz interior calla. Se consulta a los abogados. Sólo consideraciones extrínsecas, como la probabilidad del éxito, los gastos del intento, la mayor o menor duración del proceso, determinan la decisión que se tome”. No hay rastro del derecho, ni sentimiento de indignación por la injusticia recibida, no hay satisfacción por la victoria del derecho.

Kirchmann presenta una interpretación romántica del derecho que ha de ser encontrado escrito en el corazón de cada cual y no en la solución artificial de voluminosos códigos y polvorientos libros, consultados por jueces y abogados desorientados acerca de lo que debe ser ajustado a derecho. La administración de justicia se ha convertido en un juego de azar por obra de la ciencia y “las bajas pasiones libran en ella una pequeña guerra, ya que la paz no le permite otra mayor”. Son significativas sus palabras a favor de Savigny, y una idea en la que ambos están de acuerdo, su época “no tiene vocación para la legislación”, el derecho se anticipa permanentemente a la ciencia, la cual “de sacerdotisa de la verdad, la ley positiva la convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón”. Su objeto es lo casual y lo contingente frente a lo eterno y lo absoluto<sup>83</sup>.

Jeremy Bentham, por su parte, con su peculiar perspicacia, lleva a cabo una dura

---

<sup>83</sup> KIRCHMANN, J.H.: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 31-35. Kirchmann publicó este opúsculo con motivo de la conferencia que pronunció en la Sociedad Jurídica de Berlín en 1847. Ernst Bloch añade, de acuerdo con el pensamiento de Kirchmann, que “el cultivo de lo positivo-casual es siempre lo que degrada el Derecho burgués y lo que le empuja a la forma más arbitraria del formalismo: a los cinismos positivistas”. Frente a un derecho del “juste milieu” de acuerdo con la búsqueda del máximo lucro, de carácter abstracto y formal, al servicio de una economía anárquico-formal tanto en el derecho civil como en el derecho penal, un derecho meramente formulador de acuerdo con la voluntad del legislador, se alza el derecho natural con voluntad de normar, ya lo advierte Kirchmann: “Un plumazo del legislador y bibliotecas jurídicas enteras se convierten en papel mojado”. BLOCH, E.: *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 137-138.

crítica del quehacer de los juristas. La falta de transparencia, la incompreensión de las normas, el desinterés por la justicia, la manipulación de la verdad jurídica y el mero interés crematístico son los vicios que corrompen la práctica profesional de los abogados, acostumbrados a presentar “*pruebas interesadas*” que “no deberían siquiera estimarse pertinentes, según las reglas mismas de su arte”. Al pueblo le interesa conocer la certeza del derecho en aras a la seguridad de las personas frente a la injusticia. La interpretación de Bentham es descorazonadora, “conviene al interés de cada uno el evitar en lo posible verse en manos de abogados; y a éstos conviene tener y mantener a otros en sus manos el mayor tiempo posible”<sup>84</sup>.

## V. EL SIGLO XXI Y SUS NICHOS SIN DERECHO

La reflexión que provoca el mundo presente y su proyección futuriza obliga a volver a imaginar. El derecho actual no puede desvincularse de su internacionalidad o transnacionalidad. Ejemplos de esta realidad se encuentran en los procesos de mercado alrededor del mundo, el desarrollo y distribución del conocimiento y la protección de sus formas, la promoción de la salud y el bienestar, la investigación médica, el control de las enfermedades o la protección del desarrollo, lo que Michael Reisman denomina el “*know-how*”, la distribución de la habilidad. Los profesionales de la abogacía se encuentran en un nuevo mundo y su actividad se despliega en múltiples actividades que difuminan la figura tradicional del abogado. Los abogados deben ser capaces de contribuir al cambio del derecho. Su carácter decisorio adquiere múltiples funciones y ya no se circunscribe a ser unos paseantes por la administración de justicia. La capacidad de mediación se pretende que sea sistematizada. La abogacía es actora en la valorización de objetivos políticos fundamentales.

El derecho es un proceso continuo de realización de opciones. Reisman plantea una cuestión clave, “la empresa del derecho no puede ser vista exclusivamente como un sistema cerrado en el que las reglas lógicas operan solas”. Este sistema abierto ha de elegir entre alternativas diferentes y opuestas. Los profesionales del derecho, incluidos los jueces, están cada vez más expuestos a la elección y la decisión en las que están presentes un cuidadoso examen del pasado en la lucha por sistemas democráticos y en la relevancia de lo que demanda la sociedad. La labor creativa se reafirma en la conversión

---

<sup>84</sup> BENTHAM, J.: *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 34-35.

de la realidad en realidad jurídica, el derecho interpreta la realidad y construye su propia realidad, su propia verdad.

La nueva época de la mundialización, representada en los inicios del presente siglo XXI, abre un escenario inquietante en el que ya el abogado no está constreñido cómodamente a los tribunales sino que ha de predecir e influir en un complejo y aparente sistema de toma de decisiones formales, informales, organizadas y no organizadas en grupos e individuos que producen un impacto en los intereses de sus clientes. Al abogado se le plantea el desafío de encontrar en medio de este caos quiénes son esos grupos y personas. La técnica jurídica es indispensable, pero hay cuestiones que habrá que resolver al margen de los textos jurídicos, el contexto se impondrá en muchas ocasiones al texto<sup>85</sup>. Este mundo contextual se caracteriza por la movilidad, la volatilidad, la fragmentación y la fusión al mismo tiempo, la multiplicación de realidades inéditas, la confluencia de intereses de difícil comprensión. El poder se ha convertido en algo más abstracto y volátil, la determinación de las causas y las responsabilidades es más compleja, “los interlocutores son inestables; las presencias, virtuales, y los enemigos, difusos”. Todo contribuye a que se viva en un mundo más enigmático, convertido en una red y, por lo mismo, más inabarcable y, aunque parezca contradictorio con lo que se dice, intransparente, “ya que la red también es una trama” en la que los individuos concretos se diluyen y el argumento se realiza con personajes difusos con “interacciones complejas y difíciles de identificar”.

Con la mundialización han desaparecido los antiguos límites y ha surgido la inseguridad en una territorialidad ambigua, de falta de estabilidad, en una sociedad opaca caracterizada por la desorientación. Esta ausencia de límites da lugar a tierras de nadie, “nichos donde no rige el derecho”, espacios de marginación por donde deambulan refugiados, emigrantes y personas desamparadas por la ley. Este escenario de injusticias y desigualdades, cubierto por una cortina de inmediatez, de visibilidad ingenua y de aparente corrección, habrá de ser interpretado por los juristas y, por tanto, también por los abogados, para poder ser desvelado<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> REISMAN, M. “El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, dir. Por Böhmer, M., Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 112-115.

<sup>86</sup> INNERARITY, D.: *La sociedad invisible*, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, pp. 65-66.

## VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y HUMANA DIGNIDAD

Es interesante recordar las reflexiones de Calamandrei en la conferencia pronunciada en la Universidad de Florencia el 21 de enero de aquel atormentado año de 1940. En ella realiza un vehemente alegato en defensa de la ley, símbolo del trabajo modesto de los juristas, entre los que destaca a jueces y abogados, los cuales, en medio de “esta angustia, que embarga a todas las conciencias honestas, la padecen, sobre todo, los profesionales del Derecho, los que han dedicado lo mejor de su vida al servicio de la ley” y se preguntan, más que por una justicia deontológica, por una justicia concedida en concreto a los hombres. Estos profesionales son objeto de duras críticas por parte de los que Calamandrei denomina filósofos y también por parte de los legisladores. Entre el análisis histórico y sociológico que realiza Weber y el planteamiento de futuro de Reisman surge esta nueva perspectiva en la que se intenta reafirmar el valor de la ley y del derecho, en un momento histórico en el que se asiste a su descrédito en medio del ascenso de los totalitarismos. Este recelo hacia el fenómeno jurídico se aprecia fundamentalmente en jóvenes, incluso en aquellos que han elegido sus estudios de derecho. El derecho como misión entra en crisis y se convierte meramente en un oficio. Las palabras que representaban a la ley provocaban “en los corazones juveniles el temblor de las cosas vivas, sin embargo, parece que hoy hayan perdido toda su resonancia sentimental y casi todo su significado actual”.

El derecho se convierte en un problema generacional. Los jóvenes escuchan con escepticismo y casi con hostilidad las palabras de justicia y derecho. Su vigilante realismo desconfía de la oratoria, ausente de su auténtico significado, ya nunca estará “dispuesto a dejarse encantar por las palabras vacías que suenan al buen tiempo antiguo”. El tiempo siempre es antiguo cuando la realidad no se imbrica en la labor transformadora de la imaginación. Todo el derecho no está en la ley, el derecho no está encerrado en todas las leyes en la misma medida. “¿Y dónde está este Derecho sino en la fuerza que abate las leyes, sino en el hecho que las renueva?”. El sentido del derecho, la fe en el derecho aparecen como frases debilitadas por la contundencia del desánimo, “el viejo aforismo *cedant arma togis* ya no sirve ni siquiera para hacer sonreír”. Se vive en las nuevas generaciones una difusa, aunque inconsciente, tendencia a despreciar la importancia del derecho y, en cambio, a sobrevalorar la del hecho consumado. El profesor de Florencia dirige una crítica hacia aquellos filósofos que difunden “*verdades*

*peligrosas*” cuando admiten que la ley es irreal y que únicamente la concreta volición individual crea el derecho. “En el mundo empírico existen los juristas (es decir, esos hombres que hacen de jueces, abogados, docentes, etc.) como profesionales” que se dedican a la aplicación de las leyes frente a los que se afanan por crear el nuevo derecho, lo que estrictamente se denomina la “política”.

La ley abstracta es garantía de “*humana dignidad*”, puesto que apela a la libre determinación de la persona, supone un reconocimiento de su autonomía individual. El jurista sabe que el poder del derecho reside en “la fuerza de la conciencia moral, la fe en ciertos valores humanos insuprimibles, la aspiración a la bondad y a la piedad”. Cuando el jurista aplica la ley modifica la realidad, modifica la conducta humana. No obstante, al jurista, que ante todo es un legalista, mientras hace su trabajo no le está permitido implicarse activamente en la instauración de leyes más justas, sino en luchar “para que el Derecho en vigor *sea justamente aplicado*”. Consecuentemente, los profesionales del derecho únicamente deben esforzarse por mantener dentro de los límites de la ley la “*justicia jurídica*”, vivida con su trabajo cotidiano y pueden “contribuir a hacer menos ásperas las miserias humanas y a defender la civilización”.

Calamandrei descende a la realidad de la justicia en tiempos de zozobra y sitúa a jueces y abogados ante la aventura del conflicto. No hay tiempo para intelectualismos no vivificados por una fe. La profesión del jurista, aunque debe circunscribirse a los límites de la legalidad, sin embargo, no es una profesión cómoda, defender la ley supone riesgos, “también para servir a la justicia jurídica se requiere coraje. Para defender a los débiles frente a los fuertes, para sostener las razones de la inocencia”, para decir la verdad, aunque sea cruda. Para poder realizar todo esto se requiere “una solidez moral tal, que puede dar al ejercicio de las profesiones legales la nobleza de un apostolado”. Se lee con frecuencia en las salas de justicia que “la ley es igual para todos” y, lo mismo que ante un grabado de Daumier, no hay que sonreír ante este lema<sup>87</sup>. “La misión

---

<sup>87</sup> CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 71-75. Puede ser interesante esta descripción ante los grabados de Daumier acerca de los abogados y la justicia: “*avocats faméliques, deseches d’envie, fielleux, embusqués dans la Galerie Marchande comme dans un maquis; défenseurs d’assassins, cyniques et blasés, agitant véhémentement leurs manches noires, se frappant la poitrine et protestant hypocritement de l’innocence de leur client; avocats marrons, trafiquant dans la pénombre des couloirs, de leur conscience et de la bourse des clients; magistrats seniles, abêtis, sourds et somnolents auxquels est confiée la charge redoutable de juger leurs semblables; tous côtoyant*

humana de los juristas es, precisamente, ésta: hacer que las leyes, buenas o malas, se apliquen de manera igual a los casos iguales, sin parcialidad, sin olvidos, sin favores”. Esta es la alegría y la fe del jurista, provocar entre las personas, especialmente entre los menos favorecidos, la sensación del cumplimiento de la igualdad ante la ley para que no sea “una burla a la que los jueces vuelvan la espalda”. La abstracción de la ley es la fórmula lógica de la solidaridad, la fuerza de la cohesión social, en la que se descubre la virtud civilizadora y educadora del derecho, pensada en forma de correlación recíproca. En el principio de legalidad se encuentra el reconocimiento de la igual dignidad humana, la observancia individual de la ley es la garantía de la paz y de la libertad de cada uno. La abstracción de la ley adquiere un cierto carácter de eternidad, como al margen del tiempo, a la vez que, mientras está en vigor, garantiza su cumplimiento en las generaciones futuras.

El respeto de la ley, el prestigio de los abogados, la independencia de los jueces no son cuestiones meramente técnicas, no son “artimañas de los juristas”, son condiciones esenciales que personifican la importante labor de los profesionales del derecho. Calamandrei concluye su reflexión con palabras desesperadas y que resuenan a una cierta despedida en medio de la violencia desencadenada por la II Guerra Mundial. Se debe dedicar la propia vida para despertar en las conciencias el sentido de la importancia del derecho. Defender unas leyes iguales para todos implica comprometerse con la realidad histórica, escuchar a la propia historia<sup>88</sup>.

El decorado del despacho del que hablaba Weber es en el presente y lo será probablemente en el futuro el escenario desde el que el profesional de la abogacía tendrá que ejercer en los diversos niveles en los que se configura la justicia mundializada, tanto en el derecho de los estados nacionales como en el derecho supranacional y tendrá que limar las aristas cortantes de ambos para que las normas se inserten entre sí con el menor roce posible. No obstante, aún queda un tercer nivel, desorganizado, heterogéneo, desigual, conflictivo, al estilo de la “ciudad doliente” de Dante, con un horizonte imprevisible, con estados fallidos, persecuciones, genocidios, pobreza y conflictos permanentes frente a los que se queda vacío el viejo y desgastado realismo. La abogacía

---

journallement le crime et l'escroquerie et ayant la conscience plus ou moins flétrie par ce perpétuel contact”. ESCHOLIER, R.: *Anciens et modernes. Daumier*, Librairie Floury, Paris, 1938, p. 90.

<sup>88</sup> CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, nota 16, pp. 71-75.

se mueve en un camino en el que se entreteje una red caracterizada por una justicia mundial, integrada por normas internacionales que garantizan la protección de los individuos y en la que se entrecruzan intuiciones morales para elaborar un marco de conceptos que hagan posible tratarlas como problemas éticos<sup>89</sup>.

Este mundo tan proyectivo, tan abierto a nuevas perspectivas, tan barroco, se presenta como un sueño en el que al final concluye en un tribunal. Huyen las sombras de los personajes a su lugar, queda el aire con nuevo aliento, florece la tierra, ríe el cielo, “llégueme por ver lo que había y vi en una cueva honda (garganta del infierno) penar muchos, y entre otros un letrado revolviendo no tanto leyes como caldos”<sup>90</sup>. En medio de este caos resuenan las palabras del poeta

“La justicia a mi autor movió severo; me hicieron el poder que a todo alcanza, el saber sumo y el amor primero”<sup>91</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ALIGHIERI, D.: *La Divina Comedia*, Ramón Sopena, Barcelona, 1962.

BENTHAM, J.: *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

BLOCH, E.: *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.

CALAMANDREI, P.: *Fe en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009,

ESCHOLIER, R.: *Anciens et modernes. Daumier*, Librairie Floury, Paris, 1938.

---

<sup>89</sup> GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 134-135.

<sup>90</sup> QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, nota 5, p. 101.

<sup>91</sup> ALIGHIERI, D.: *La Divina Comedia*, Ramón Sopena, Barcelona, 1962, p. 108.

GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

INNERARITY, D.: *La sociedad invisible*, Espasa-Calpe, Madrid, 2004.

KIRCHMANN, J.H.: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949,

LUHMANN, N.: *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

MACHADO, A.: *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978

MERTON, R.K.: *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

QUEVEDO, F.: *Los sueños. Sueños y discursos de verdades descubridoras de abusos, vicios y engaños, en todos los oficios y estados del mundo*, Espasa-Calpe, Barcelona, 2001.

REISMAN, M. “El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, dir. Por Böhmer, M., Gedisa, Barcelona, 1999.

SCHOPENHAUER, A.: *El arte de tener razón. Expuesto en 38 estratagemas*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1944