

IGUALADORES Y TRADUCTORES

LA ÉTICA DEL ABOGADO EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.¹²

Martin Böhmer³

Hace algunas décadas, una enorme porción de la humanidad decidió que deberíamos convivir de acuerdo a un ideal que afirma que la mejor decisión pública es la que se toma por unanimidad entre todas las personas que se vean potencialmente afectadas por ella y sólo después de que hayan discutido habiendo tenido a mano toda la información relevante y evaluado los mejores argumentos que su capacidad deliberativa les permitió desarrollar.

¿Qué *teoría moral*⁴ puede surgir de reconocer este hecho? Si alguna, ¿qué *teoría política* puede surgir de esta teoría moral? Si alguna, ¿qué *teoría acerca del rol del derecho* puede surgir de esta teoría política? Si alguna, ¿qué *teoría del rol de los jueces* puede surgir de esta teoría acerca del rol del derecho? Si alguna, ¿qué *teoría acerca del rol de los abogados* puede surgir de esta teoría acerca del rol de los jueces? Y si alguna, ¿qué *teoría acerca de la enseñanza del derecho*, del rol de los profesores y de las facultades de derecho puede surgir de estas teorías acerca del rol de los jueces y de los abogados?

Este trabajo da una respuesta a la penúltima pregunta, evita la última y aprovecha las respuestas que a las restantes cuatro diera Carlos Nino. Así, intentaré mostrar la potencia de su pensamiento y la medida de mi agradecimiento. Ninguna de las dos cosas está en duda, sólo mi capacidad para hacerlas evidentes.

¹ “**Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional**”, fue publicado en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley, Facultad de Derecho U.B.A., 2008. También publicado en Villarreal, Marta y Courtis, Christian (coord.); *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F, 2007. La versión en inglés se encuentra en **Equalizers and Translators: Lawyers’ Ethics in a Constitutional Democracy**, *Fordham Law Review*, Volume 77, Number 4, March 2009, 1363. No podría haber concluido este trabajo sin la ayuda de Sara Niedzwiecki y de Celeste Braga. Varias de las observaciones que afinan los bastos razonamientos que intento defender aquí surgieron de conversaciones con Paola Bergallo y Gustavo Maurino, a quienes quiero agradecer especialmente. Las certeras observaciones de Mariano Fernández Valle a quien también agradezco, fueron debidamente incorporadas.

² No podría haber concluido este trabajo sin la ayuda de Sara Niedzwiecki y de Celeste Braga. Varias de las observaciones que afinan los bastos razonamientos que intento defender aquí surgieron de conversaciones con Paola Bergallo y Gustavo Maurino, a quienes quiero agradecer especialmente. Las certeras observaciones de Mariano Fernández Valle a quien también agradezco, fueron debidamente incorporadas.

³ Director del Área de Derecho, Universidad de San Andrés. Director del Área de Justicia, CIPPEC.

⁴ Tanto a nivel metaético como de ética normativa.

1.- La deliberación ideal.

Si uno creyera que los seres humanos somos un experimento de los dioses, parece claro que hasta ahora no tendríamos razones concluyentes para evaluarlo positiva o negativamente. Hemos estado cerca de la autodestrucción y también hemos desarrollado prácticas de las que podemos estar orgullosos. De todos modos tendríamos, como Job, razones para la queja. En efecto, el experimento del que somos objeto, como la apuesta entre dios y el diablo en la parábola bíblica, es casi tan cruel. El experimento⁵ consiste en ponernos sobre un planeta que carece de los recursos suficientes para que podamos desarrollar nuestras vidas de la forma que deseamos por lo que no tenemos otra alternativa sino coordinar nuestras acciones o destruir a quienes intenten interponerse entre nosotros y los bienes que necesitamos para satisfacer nuestros deseos. Sin embargo, nuestras capacidades para hacer una cosa u otra son, como los demás recursos naturales, también limitadas. Nuestras fuerzas y nuestra inteligencia son, además de limitadas, relativamente iguales así como nuestra capacidad para la empatía y la coordinación colectiva.

Lo que nos hace un experimento aun no fracasado es el hecho de haber logrado, de tanto en tanto, crear reglas que permiten coordinar nuestros esfuerzos y colaborar en lugar de aumentar los conflictos y tratar de suprimirnos los unos a los otros. Durante la Edad Media, por ejemplo, en algunos sectores del planeta, durante lo que llamamos la premodernidad se impuso un juego que definía las razones finales que terminaban cualquier conversación sobre cuestiones de distribución de recursos. Estas razones no eran otras que las emanadas de la voluntad de la autoridad.

Cuando el principio de autoridad se pone en duda como principio regulador del juego de las decisiones públicas, se crea un juego nuevo, que llamamos el “discurso moral moderno”.⁶ Los argumentos que utilizamos dentro de este juego que creamos a partir del siglo XVIII y en el que estamos inmersos, tienen algunas características particulares. Por ejemplo, la generalidad (en el sentido de que no puedo, por ejemplo, decir que algo esté bien porque le conviene a determinada persona), la universalizabilidad (en el sentido de que tengo que estar dispuesto a hacer universal mi juicio, incluyéndome), un cierto acuerdo sobre evidencias (la idea acerca de cómo entendemos que un hecho se da o no se da, es decir la necesidad de algún procedimiento de comprobación

⁵ Nino cita a Warnock, *The Object of Morality* cuando se refiere a estas circunstancias como “...’la dificultad básica de la vida humana’ (*the human predicament*)...” Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, Capítulo III, 2.

⁶ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 74 - 75; y, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 103

intersubjetiva de tal hecho), la publicidad (no puedo decir que algo está bien conforme a un principio que no puedo hacer explícito), etc.⁷

Ahora bien, en este discurso moral de la modernidad, en general presuponemos que sería bueno que todos los que estamos discutiendo tuviéramos el mismo nivel de información, que todos tuviéramos más o menos el mismo nivel de racionalidad, que todos tuviéramos un mismo nivel de capacidad de persuasión, etc. Por eso el nivel en el que juega el discurso moral de la modernidad es un nivel ideal. Idealmente, cómo se discute moralmente implica que el grupo de las personas interesadas en la solución del caso dialogan con el mismo nivel de racionalidad, de información relevante, y de capacidad de persuasión. Y si esos personajes terminan acordando por unanimidad, parece ser que esa razón sobre la que todos acuerdan por unanimidad es mejor que la decisión que tome una persona sola sin toda la información, sin argumentos racionales, etc.⁸ De modo que, dentro de este esquema, el ideal de la deliberación moral racional es que estemos todos, que tengamos la mayor cantidad de información posible, que tengamos la misma capacidad de imaginar argumentos racionales, que podamos persuadir con la misma retórica, etc.

Ahora, si ese es el ideal, si es el principio regulador al que todos obedecemos cuando entramos al diálogo público, hay cosas que no podemos decir salvo que estemos violando lo que hacemos. Esto es lo que Nino llama “inconsistencia pragmática”⁹. En una discusión moral, quienes discuten están presuponiendo algunas cosas, pues de no ser así no estarían discutiendo, o no estarían discutiendo de esta forma particular. Y si dicen cosas que se contradicen con los presupuestos de la práctica, su discurso se vuelve inconsistente, lo que le da a aquellos presupuestos su capacidad crítica.

Una vez que uno acuerda con esta movida metaética, está atrapado dentro del juego. La existencia innegable de esquemas morales alternativos y aun superpuestos en un momento determinado de la historia no invalida el hecho de que sólo se puede argumentar con pautas que sólo brinda un discurso determinado. Fuera de ese discurso es imposible hablar, fuera de todo discurso sólo hay silencio, violencia o de tener suerte, mera tolerancia indiferente. En ese sentido la concepción que expongo es calificada de relativismo conceptual. La corrección argumentativa es relativa al juego discursivo que estemos jugando. Desde afuera, desde el punto de vista externo, la

⁷ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 109 - 110 y 399; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 75 y 171 y ss.

⁸ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 390; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 166.

⁹ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 74; y, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 174 (MIRALA es el anteúltimo párrafo).

argumentación es relativa, desde adentro, desde el punto de vista interno, la argumentación aspira a convertirse en verdadera y de ser exitosa en la deliberación, al menos por un tiempo, lo es.

De esta forma, y una vez que uno acuerda, aun tácitamente, pertenecer a la comunidad que desarrolla el discurso moral de la modernidad para disminuir conflictos y aumentar la coordinación, debe acordar que de los presupuestos de la discusión ideal surgen, si uno no quiere ser tildado de inconsistente pragmático, ciertos principios morales.¹⁰

Primero, el principio de autonomía personal: es valioso que cada persona pueda decidir libremente cómo desarrollar su vida. La prueba de que este es un principio moral subyacente a la práctica deliberativa es que si yo discuto, si delibero moralmente con otro, es porque creo que el otro tiene la capacidad de generar argumentos propios, comprender los míos y evaluarlos críticamente.¹¹

Segundo, el principio de inviolabilidad: no se debe aumentar la autonomía de uno disminuyendo la de otro. Así, si yo hablo con los demás entonces no los puedo utilizar; si hablo es porque no son un instrumento de mi autonomía, sino que tengo que respetar sus deseos de hacer cosas diferentes de las que yo quiero que hagan. El amo no delibera con su esclavo.¹²

Tercero, el principio de dignidad: se debe respetar la voluntad de los otros aun cuando eso implique una disminución de su propia autonomía. Es así como puedo acordar un contrato bilateral, sólo puedo aumentar mi autonomía disminuyendo la de otro si el otro consiente. Y esta conclusión surge de los presupuestos de la deliberación pues si no voy a tomar en serio las cosas que el otro me dice, ¿para qué estoy hablando con él?¹³

Sin embargo, la deliberación moral ideal es, precisamente, ideal; no existe en el mundo real. Y ello por, al menos, dos motivos. Primero porque, como vimos, en la deliberación ideal se encuentran todos los afectados por el resultado de la discusión, lo que en la mayoría de los casos, cuando el tema es lo suficientemente importante y afecta a muchos, resulta imposible. Segundo, la deliberación ideal no existe porque requiere unanimidad, esto es, requiere que tengamos el tiempo necesario para que todos los interesados tratemos de persuadirnos unos a otros y terminemos todos

¹⁰ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 109 y ss.; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 74.

¹¹ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 229, para un análisis más acabado del principio de autonomía ver cap. V; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 75 - 78.

¹² Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, cap. VI y p. 340 y ss.; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 78 - 80.

¹³ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, cap. VII; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 80 - 82.

convencidos, aunque sea momentáneamente. Y eso tampoco se puede dar en la realidad, porque en general no tenemos ni el tiempo ni la capacidad de llegar a esos acuerdos. Para no hablar de otros motivos como la asimetría respecto del acceso a la información relevante, o la desigualdad retórica de los participantes, motivo este último al que me referiré más adelante.

Nos encontramos ahora abandonando las implicancias de ética normativa de la posición metaética que supone el ideal deliberativo para adentrarnos en su traducción en la realidad, estamos ahora en el reino de la teoría política. ¿Son estos defectos de la deliberación real motivo suficiente para descartarla? Recordemos que el ideal deliberativo es un ideal crítico, su objeto no es describir la realidad sino detectar los fundamentos normativos de una práctica social que tienen la capacidad de evaluar acciones. Es por eso que el ideal deliberativo constituye una utopía positiva¹⁴ con capacidad de proponer y criticar cursos de acción.

La propuesta política de esta teoría moral consiste en proponer un sistema de gobierno que se acerque lo más posible a este ideal moral. Y esa forma de gobierno es un invento moderno al que conocemos con el nombre de democracia constitucional. Es decir que en el plano de la realidad, la democracia es la mejor opción para hacer efectivo ese ideal; es el sucedáneo político imperfecto de la deliberación moral moderna.¹⁵ Así, la democracia reproduce ciertas condiciones de imparcialidad que hacen que este sistema político pueda acercarnos a tomar mejores decisiones que cualquier otro proceso de toma de decisiones colectivas.

Tales condiciones, entre otras, están implicadas por el hecho de que todos tenemos igual posibilidad de participación, porque contamos con la suficiente información, y porque hay ciertas condiciones de argumentación que obligan a deliberar y así reducen el uso de la fuerza, evitan errores fácticos, permiten ponderar mejor las consecuencias de una determinada decisión, etc. De modo que dichas condiciones de imparcialidad (que llevan a que existan distintos grados de democracia aunque exista un umbral mínimo por debajo del cual podría decirse que una decisión no es democrática) nos dan razones para creer que la decisión adoptada tiene más probabilidades de ser la correcta que cualquier otra que se hubiera tomado por cualquier otro procedimiento.¹⁶

2.- Deliberación real: los problemas de la democracia.

¹⁴ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 203 y ss.

¹⁵ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 387 y ss.; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 166 y ss.

¹⁶ Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 387 y ss.; y, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 181.

La democracia intenta acercarse a la deliberación ideal tratando de crear los mejores arreglos políticos para que la mayoría de las voces esté presente (en la medida en que no puedan estar todas las de los afectados), para que se escuchen los mejores argumentos (de acuerdo a la cultura y a la capacidad imaginativa disponible en ese momento en esa determinada sociedad) y para que las decisiones se tomen con el mayor nivel de acuerdo posible (cuando la unanimidad no resulte posible), teniendo en cuenta la mayor cantidad de información relevante (con la que se pueda contar teniendo en cuenta los recursos disponibles).

Así, dado que la democracia es un mero sucedáneo de la deliberación moral ideal, aquello que la hace imperfecta genera ciertos problemas. En primer lugar y a nivel de la creación de políticas públicas a un nivel, digamos, legislativo surge el problema de la representación¹⁷ puesto que no podemos estar todos. Y segundo, el problema de la regla de la mayoría: como no tenemos tiempo para la unanimidad, llegado un momento tenemos que votar, y lo hacemos utilizando la regla de la mayoría.

El problema es que dado que están los representantes y que deciden por mayoría, o a que los representantes llegaron a serlo en forma no perfecta pueden quedar individuos o grupos fuera de la discusión democrática que deben estar presentes en la deliberación porque sus intereses también pueden ser afectados por su resultado. Estos problemas de la representación requieren la creación de sistemas adecuados de partidos políticos, de mecanismos electorales, de diseño parlamentario, de garantías para la libertad de expresiones diversas, de acceso a la información, etc. El ideal deliberativo tiene una gran capacidad para la propuesta y la crítica de estas instituciones fundamentales de la democracia, propuestas y críticas en las que no me extenderé.¹⁸ De todas formas, por mejor diseñados que estuvieran, estos mecanismos no terminan de solucionar los peligros de la regla de la mayoría.

Entre ellos, existe la posibilidad de que las decisiones que tome la democracia real —las mayorías que lograron ganar en el juego democrático— violen los derechos de individuos o grupos, en cuyo caso estarían violando los presupuestos por los cuales justificamos el sistema democrático (los principios morales presupuestos en la deliberación ideal que justifican la existencia y respeto debido a esos derechos).

¹⁷ Carlos S. Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 184. nótese que para la concepción deliberativa de la democracia la representación es un problema, a diferencia de otras concepciones para las cuales la representación constituye una ventaja como para la pluralista.

¹⁸ Carlos S. Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, cap. 6.

3.- Constitución.

Dado que la democracia real librada a sus propios medios puede generar fallas, surge la necesidad de crear una agencia que defienda los procedimientos democráticos (haciéndolos más deliberativos) y los presupuestos sustantivos del sistema, y que no dependa de la voluntad mayoritaria. Necesitamos a alguien que contramayoritariamente —tomando decisiones contra la mayoría sin ser castigado políticamente por ello— defienda las reglas del juego de la democracia deliberativa. El más importante de estos mecanismos es el Poder Judicial, cuyo rol es aún más relevante cuando los jueces tienen poder político, como sucede en la Argentina, debido a que ejercen el control de constitucionalidad, el control contramayoritario por excelencia.

Ahora bien, esta herramienta contramayoritaria debe ser justificada, pues, en principio, ella resulta contraria a los fundamentos de la democracia deliberativa¹⁹. Seguramente, a todos nos parecería poco atractiva la idea de que los que gobiernen en una democracia sean los jueces, y pensaríamos que el que debe gobernar es el pueblo. Sin embargo, también pretendemos que haya alguien que ejerza alguna especie de control sobre las decisiones que toma el pueblo, sobre todo para asegurarnos de que se respeten los presupuestos que nos hacen querer vivir en una comunidad política regulada democráticamente. Así, entonces, aparece la tensión entre la idea de democracia, por un lado y la de constitución por el otro.

Una visión deliberativa de la democracia justifica este rol de los jueces señalando que, así como en la teoría económica la intervención del Estado se justifica cuando falla el mercado —por ejemplo, para regular monopolios—, en la tradición deliberativa la agencia contramayoritaria está justificada cuando falla la democracia.

Así aparece lo que Nino llama las excepciones al respeto irrestricto a la voluntad popular²⁰. Las excepciones son, en principio, dos. Primero, la defensa de los principios. Esto implica que si bien deferimos nuestro juicio a las decisiones que tome la democracia real cuando ella funciona

¹⁹ La idea de una sola persona que cree que entiende mejor los principios de la constitución que los representantes del pueblo parece estar muy lejos del ideal deliberativo de autogobierno en el cual todos los interesados participan de la toma de decisiones colectivas. “Los jueces, particularmente aquellos de los tribunales de mayor jerarquía, como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, no gozan generalmente de un origen democrático directo, dado que no son elegidos por el voto popular sino que son designados. Además, estos tribunales no están generalmente sujetos a una renovación periódica de sus mandatos, ni son responsables en forma directa ante la opinión pública...”. De este modo, “...surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generan entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático (...) Alexander Bickel llamó a este problema “la dificultad contramayoritaria”...” (ver Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p.258 y 259. Ver también *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 682 y ss).

²⁰ Son excepciones debido a que si la democracia real tuviera un juego lo más cercano posible a la deliberación ideal, en general uno intentaría que las agencias contramayoritarias no intervinieran.

razonablemente, si la democracia real viola ostensiblemente los principios —presupuestos por la deliberación moral ideal—, entonces los jueces deben intervenir²¹.

Segundo, la defensa de los procesos, es decir, el control de normas que restrinjan o deformen procesos que hacen que la democracia produzca legislación justificada deliberativamente. Este sería el caso, por ejemplo, de la definición de los distritos electorales de tal forma que siempre beneficien al mismo grupo. Si eso sucede, es razonable pensar que los jueces deben involucrarse aunque la norma no viole principios sustantivos, pues se rompen las reglas del juego, que son las que permiten decir que lo que surge de ese juego está justificado democráticamente. Dadas las dos excepciones, podemos decir, con respecto al rol de los jueces, que éstos tienen a su cargo (a) mantener un juego (procesos) (b) justificado (principios).

Existe, sin embargo, un tercer problema. Aún es posible que un juez en Neuquén crea que una norma viola principios y otro en Formosa crea que no, que una sala de una Cámara de apelaciones crea que sí y otra que no, que la Corte Suprema en su actual composición crea que sí y en su futura composición que no, etc. Esta posibilidad complica aun más la situación de los derechos ya que si no hay algún punto en el que sepamos qué dice la Constitución, o qué dice el derecho, el rol de los jueces parece imposible. El sistema parece atractivo en la medida en que la herramienta con la cual los jueces respetan las decisiones democráticas cuando ellas no violen principios ni procesos y las modifican en el caso contrario tenga alguna consistencia.

Surge así una tercera excepción con la cual los jueces pueden justificar su intromisión en la deliberación mayoritaria, dado que el juez también tiene la obligación de mantener la consistencia del lenguaje con el que se expresa, de defenderlo.

En efecto, en esta visión el derecho se estructura como un lenguaje y como tal debe ser lo suficientemente unívoco y conservarse así a lo largo del tiempo de forma tal que las personas cuyas vidas este orden regula puedan hacer planes y esperar que la respuesta del derecho no cambie de tal forma de afectar esos planes vitales de forma radical y abrupta. Pero, y también como el lenguaje, el derecho de ser capaz de modificarse para atender las necesidades del progreso material y moral de la sociedad. Esta tensión entre conservación y mejora es parte esencial de la práctica social compleja que llamamos derecho.

²¹ En Argentina, llamaríamos violaciones obvias de principios a las “violaciones de la constitución”, pues los principios en general están plasmados en constituciones que los hacen explícitos, tales como el principio de igualdad (art. 16) o de autonomía (art. 19).

Esta tensión es la que Nino pone en juego cuando responde a la cuestión del respeto que se le debe a la Constitución histórica²². En el caso particular de la Argentina esta cuestión gira en torno al respeto del texto redactado en 1853. Después de cuarenta y tres años de derramamiento de sangre, de discusiones e intentos constitucionales fallidos los argentinos creamos un ancla institucional: el acuerdo respecto de la autoridad del texto de la Constitución del '53. Sin embargo, la pregunta es cuál es la razón de que su sanción sea un hecho relevante. En efecto, si la razón de ser del sistema proviene del respeto por la deliberación y sus límites, ¿por qué atarnos a la deliberación del pasado, a un texto creado por una comunidad que hace ya muchos años dejó de existir?

La respuesta a esta pregunta, según Nino, debe surgir de una decisión que se toma en dos pasos. El primer paso consiste en preguntarse, respecto de lo que viene dado, si vale la pena (desde un punto de vista sustantivo, valorativo) seguir obedeciéndolo²³. El segundo paso obliga a que, si en el paso anterior decidimos quedarnos con el texto que recibimos (entendido como la práctica hermenéutica compleja en que consiste el trabajo social de interpretación), tenemos que respetarlo y respetar la práctica que se genera a partir de él aun cuando creamos que no llega a satisfacer los requerimientos de una Constitución ideal. Históricamente esta tarea resulta más sencilla cuando uno se encuentra más cerca del momento fundacional. Los creadores del texto están vivos, la práctica interpretativa no ha sufrido demasiados avatares, el lenguaje textual y el ordinario tienden a coincidir. Pero a medida que uno se aleja la cuestión se vuelve más compleja pues, ¿qué quiere decir entonces honrar la constitución?

Para explicar esto, Nino utiliza la metáfora de la catedral²⁴. Como las catedrales medievales, el derecho (o la práctica social hermenéutica en que consiste), es algo que no diseñamos ni construimos solos, ni en el plazo de una generación. Un juez es como un arquitecto al que le entregan una catedral que él no ha iniciado, ni proyectado, ni será capaz de terminar.

Como el arquitecto frente a la catedral que recibe, el juez frente al derecho tiene dos opciones. Respecto del arquitecto supongamos que le gustan los muros blancos, las líneas rectas, despojadas, las formas funcionales, pero le entregan una catedral gótica inconclusa. Una primera respuesta puede consistir en echarla abajo para comenzar nuevamente con el optimismo de pensar

²² Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, cap. 2. Ver también: *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 14 – 36 y 44 - 77

²³ Este sería el caso del pueblo sudafricano, que en un momento acordó en que la constitución era inadecuada, o el de los pueblos de Europa central y del Este luego de la caída de la Unión Soviética, y en algún sentido, el de la primera Corte Suprema de nuestra democracia. Ver Martin Böhmer, La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina, Publicación del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Democracia, *SELA 2000, Estado de Derecho y Democracia. Un debate acerca del rule of law*.

²⁴ Carlos S. Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 51.

que los arquitectos que le seguirán acuerden con su particular visión estética. O puede, en cambio, intentar, en la parte de la catedral que le toca, acercarla más a una catedral moderna, esperando que los que vengan detrás sigan su camino. Sin embargo, resulta imposible construir a media altura de una catedral gótica ya comenzada un trozo de catedral moderna: el edificio corre el peligro de desplomarse estructural y estéticamente. Entonces, si acordó no destruirla (porque lo que heredó no era tan espantoso y creyó que valía la pena conservarlo –después de todo muchos sacrificaron parte importante de sus vidas para llegar hasta allí, hubo proveedores que fueron armando sus empresas para ayudar en el mantenimiento de una catedral gótica, etc.), si asumió una práctica colectiva que él no comenzó, debe respetarla estructural y estéticamente, en tensión con lo que él mismo siente que es lo correcto. Tiene que respetarla, pero le es dado, en la medida en que le han encargado la grave responsabilidad de ser uno de los más influyentes constructores, interpretar el legado tensionándolo con sus preferencias estéticas e intentar, en su breve paso por la dirección de la obra, acercarla a su catedral ideal con la esperanza de que quienes lo continúen profundicen su visión respetándola como él hizo con quienes lo precedieron.

Honar la constitución significa entonces preservar la práctica social hermenéutica en la que ella consiste a la vez que se la mejora de acuerdo a los valores que cada generación entiende que están plasmados en el acuerdo institucional básico de la sociedad.

Así es como las democracias constitucionales crean mecanismos contramayoritarios destinados a preservar a) los derechos en los que se funda el sistema, b) las reglas del juego democrático y c) la consistencia del lenguaje que hace posible el juego a lo largo del tiempo. El Poder Judicial es una institución (no la única necesariamente) diseñada para desempeñar el difícil papel de defender estos principios y al mismo tiempo respetar los acuerdos alcanzados mediante los procesos democráticos, entendiendo que su rol contramayoritario debe estar siempre en tensión con la deferencia respetuosa que se le debe a la voluntad de quienes lograron acuerdos más amplios.

Hasta aquí Nino, pero como en tantas otras regiones del derecho el poder inercial de su pensamiento ilumina algún trecho más que podríamos seguir para ver hasta donde nos conduce.

4.- La deliberación en los tribunales.

El ideal de la deliberación no tiene por qué limitarse a los órganos legislativos o a los administrativos. Existen otras instancias, otros escenarios para hacer política. Los tribunales son uno de ellos. En sus salas la gente discute el modo que los acuerdos democráticos se aplican a sus

problemas concretos y ciertos funcionarios, los jueces, asumen su papel como árbitros de esas disputas. Y así, en ocasión de decidir las, tienen la triple oportunidad de a) afinar para el caso particular los argumentos brindados a favor de las reglas generales en el legislativo, b) en situaciones excepcionales defender los presupuestos del juego deliberativo en el que consiste el sistema democrático brindando una segunda oportunidad a los que perdieron en esa parte de juego en la que manda la regla de la mayoría y c) continuar la construcción del lenguaje del derecho preservando su sentido y mejorándolo de acuerdo a las cambiantes concepciones de los principios que le otorgan su valor. La primera tarea no es otra sino la continuación de la tarea legislativa, la aplicación de prescripciones generales a los casos concretos, la ejemplificación de una ley general. La segunda, el ejercicio del control contramayoritario, se realiza por lo general con motivo de la primera y en forma excepcional, y la última es una preocupación permanente asumida como una tensión entre pasado y futuro, preservación y cambio, en la que los jueces deben sentirse incómodamente a sus anchas.

Así, la deliberación también sucede, si bien de forma diversa, en el ámbito en el que se aplica la norma y no sólo en el de su creación. En el proceso judicial se reproduce algo de lo que ocurre en la discusión mayoritaria, dado que también constituye un ámbito de deliberación pública, en el cual se intenta que la conversación finalice sólo cuando el mejor argumento silencie la voz de la otra parte. De este modo también puede determinarse por medio de un proceso deliberativo cómo particularizar los mandatos generales, cuándo una norma de la democracia cae o no dentro de las excepciones al respeto irrestricto de la voluntad popular y de qué modo la tensión entre tradición y reforma se resuelve en el caso concreto.

Es fácil entender que esta tarea es imposible de realizar por una persona en soledad. Los principios que fundan la democracia rechazan el planteo elitista de pensar que tamaña tarea puede ser exitosa sin el beneficio de la presencia de los interesados en el resultado de la decisión. Así, el rol de personas diferentes de los jueces en la deliberación judicial cobra sentido. Ya no sólo es la jueza quien recaba información, pregunta, delibera consigo misma, sino que son las personas (por definición quienes pueden poner en marcha el funcionamiento de la deliberación pública donde sea que ella se produzca) quienes ponen en marcha el aparato judicial (dado que los jueces no actúan de oficio), acercan los argumentos y la prueba, y vuelven a deliberar porque no se ponen de acuerdo con lo que les demandan las leyes o porque afirman que aún cuando el mandato es claro la democracia falló en la defensa de los derechos, o desvirtuó el buen funcionamiento de los procesos democráticos o no tuvo en cuenta la sutil construcción que supone el cuidadoso proceso de respeto y mejora de la constitución.

El proceso deliberativo en los tribunales es, sin embargo, diferente del de los órganos mayoritarios. En efecto, en los tribunales la conversación está detalladamente reglada, y coordinada por un árbitro imparcial respecto a los intereses de las partes que tiene, como vimos, un rol muy definido que cumplir, un rol que ha sido traducido a normas detalladas y que podemos resumir en la idea de que lo jueces deben “aplicar el derecho”.

En un tribunal, la decisión ideal es alcanzada luego de un proceso deliberativo en el que prevalece el mejor argumento, constreñido por las restricciones (jurídicas) que limitan la función del juez. En esta lógica, en la que los jueces escuchan los buenos argumentos (jurídicos) y deciden por los buenos argumentos (jurídicos), las partes en la controversia, para que el derecho en general avance, deben esforzarse por brindar a los jueces los mejores argumentos disponibles en ese momento en la sociedad respecto de la forma en la que deben interpretarse y aplicarse las normas sujetas a las tensiones que pone en funcionamiento una democracia constitucional.

5.- Las fallas de la deliberación judicial.

Sin embargo, así como la democracia real falla por no coincidir con la democracia ideal en la medida en que los representantes no coinciden con los afectados y que las mayorías no garantizan las mismas decisiones que se hubieran tomado por unanimidad, los tribunales reales también están sometidos a fallas que les impiden crear una deliberación ideal. Una de ellas es la complejidad del lenguaje del derecho y que los mejores argumentos tienden a descansar en entendimientos que por buenas y malas razones que luego discutiremos, sólo comparten los miembros de la comunidad jurídica, excluyendo así de este importante diálogo al resto de la ciudadanía.

Esta falla es generada por una desigualdad entre los actores 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. Es por estas razones que la democracia constitucional crea una figura que intermedia entre los intereses individuales y el interés público: el abogado.

6.- Los abogados como igualadores retóricos de sus conciudadanos.

En este dilema, en el cual la deliberación en los tribunales debería hacer prevalecer los mejores argumentos (y por lo tanto estar abierta a la contribución de la mayor cantidad de personas), pero en el que sin embargo los mejores argumentos sólo surgen de complejos acuerdos y sutiles compromisos entre los ideales en tensión de la democracia constitucional, es que la democracia llama a mediar entre el poder judicial y los ciudadanos a una clase profesional particular.

Para poder entender mejor el rol que creemos les cabe a los abogados en una democracia constitucional utilizaremos una analogía entre ellos y sus antecesores clásicos, los sofistas. Esta analogía es útil en la medida en que ilustra la conexión compleja entre democracia y deliberación judicial, y la paradójica necesidad de restringir el acceso de los muchos a la deliberación sobre sus derechos para defender un sistema que está basado justamente en el valor de la deliberación extendida.

Se nos reconoce a los abogados como los herederos de los sofistas griegos y es por ello que sus actividades, de la forma en las que han sido descritas en los diálogos platónicos, es decir la defensa de cualquier causa por dinero, la capacidad de producir argumentos a favor de un cierto interés un día y del interés contrario al otro, el desprecio por la búsqueda de la verdad, son baldones socráticos que la profesión del derecho continúa cargando al cuello. Así, resulta importante volver sobre estas cuestiones para redefinirlas en el marco de la democracia deliberativa contemporánea.

En el diálogo que conocemos como *Gorgias o de la Retórica*, Sócrates produce una comparación fecunda. Afirma que tanto para el alma como para el cuerpo existen artes relativas a su bienestar. Así, la política, y dentro de ella, la legislación y la justicia son al alma lo que la gimnasia y la medicina son al cuerpo. La legislación mantiene al cuerpo político, a la polis, sano y en buen estado así como la gimnasia mantiene en forma a nuestro organismo. La justicia interviene luego de la ocurrencia de un daño tratando de restaurar en la polis el equilibrio en el que se encontraba, de la misma forma en que lo hace la medicina con el cuerpo enfermo. Sin embargo, estas artes pueden ser corrompidas cuando el ser humano opta por escuchar a las fáciles voces de la adulación. Así, entre la gimnasia y el arte cosmético, “un niño, u hombres que actúan como niños”, afirma Sócrates, elegirán el fácil expediente de los afeites a la dura disciplina del ejercicio físico, y entre el arte de la medicina y el arte culinario elegirán el plato sabroso y no la amarga medicina. Finalmente, Sócrates cierra su explicación afirmando que la sofística y la retórica son a la política (a la legislación y a la justicia) lo que el arte cosmético y el culinario son a la gimnasia y a la medicina: meros simulacros concebidos por la adulación.

El diálogo debe tender a la búsqueda de la verdad, la retórica, en cambio, pervierte el diálogo convirtiéndolo en un mero medio de persuasión, es decir, de imposición de la voluntad del más fuerte sobre el más débil. Los sofistas, al promover esta forma pervertida del diálogo democrático aumentan la arbitrariedad de los poderosos e impiden que la polis, y cada uno de los ciudadanos, sean mejores.

Sin embargo algo de contexto puede mostrar otra forma de ver las cosas. En la Atenas democrática, los sofistas enseñaban retórica a sus conciudadanos porque la retórica se necesitaba para persuadir a otros ciudadanos y ganar en el ágora. De la tarea de persuadir a otros dependía la vida y la muerte de todos, como lo pudo probar el mismo Sócrates al no poder convencer, si bien por pocos votos, a sus conciudadanos de que las acusaciones que pendían sobre él eran injustas.²⁵ Tanto la legislación como las decisiones judiciales eran resueltas por la deliberación pública de los atenienses y el destino de la primera democracia que conoce la humanidad dependía de las decisiones que surgieran de la capacidad de persuasión de estos pocos cientos de personas. Tal es la importancia crucial del trabajo de los sofistas, el que les daba el protagonismo público que los diálogos socráticos no pueden ocultar. Pero el solo hecho de la reputación democrática de los sofistas no puede justificar el rol de la retórica en un sistema democrático, por lo que se requiere volver sobre la mecánica del diálogo retórico para encontrar alguna forma de justificar su trabajo.

Si la deliberación pública es la fuente de las decisiones políticas y judiciales, entonces es también el mecanismo que por alguna razón es el preferido para producir las mejores decisiones. De rechazar el diálogo como última fuente de certeza, los atenienses deberían haber deferido sus más trascendentes decisiones a alguna otra autoridad. De la inexistencia de este tribunal superior se sigue que la deliberación les aseguraba las mejores decisiones posibles, por lo que las reglas que la definen debían tender a sustentar esta definición epistemológica del pueblo ateniense.

Una mala decisión es fruto de una mala deliberación, y una mala deliberación es la que permite que los malos argumentos queden sin ser contestados. El trabajo de los sofistas era, justamente, enseñar a crear argumentos y a exponerlos de forma persuasiva, pero fundamentalmente su trabajo era enseñar esta técnica (el arte de jugar con las reglas de la deliberación pública) a todos los ciudadanos. De la capacitación universal de los jugadores en las sutilezas del arte de deliberar se sigue que el juego crece en sofisticación, y que los más burdos errores de razonamiento, las falacias retóricas, serán detectadas rápidamente para placer del contradictor y vergüenza del que intentó introducirlas como argumentos lícitos. Del temor de esta posibilidad, que crece en la medida en que las mejores enseñanzas de los sofistas se extienden a todos, surge la evidente decisión de evitar

²⁵ Platón, *Apología*.

echar mano de malos argumentos y el incentivo a desarrollar las mejores razones para que el silencio del contradictor anuncie la victoria hasta que un nuevo orador imagine un argumento mejor.

A esta altura podemos pensar que la apuesta retórica de los sofistas consistía en que si todos los ciudadanos atenienses tuvieran la misma calidad retórica o al menos que la desigualdad retórica no fuera decisiva, la discusión democrática se acercaría a la deliberación ideal porque de ese modo se neutralizarían las falacias porque los oradores se autocensurarían de cometerlas frente a un público conocedor del arte retórico.

Volviendo al hilo de nuestro argumento, como ya hemos afirmado, recientemente la filosofía política ha vuelto a prestar atención al diálogo en su relación con la capacidad de producir, descubrir, acercarse o dar mayores garantías que otros métodos de ponernos ante lo que podríamos llamar la “verdad moral”. Este regreso al diálogo ha pasado varios tamices y entre ellos no son los menos importantes la reivindicación de la democracia, la igualdad entre sus ciudadanos y el valor de la persuasión. De hecho, las críticas a la democracia representativa y las propuestas para acercarla a la deliberación “cara a cara” entre los afectados por la decisión en juego, son una muestra de esta tendencia. Y la idea de descentralización que acompaña al federalismo, los principios de proporcionalidad y de representatividad de los sistemas electorales, los juicios por jurados, la justicia vecinal, los sistemas alternativos de resolución de conflictos, son algunos de los ejemplos más claros. Campea en ellos la idea de que cuantas más voces se incluyan en el diálogo (aumentando la información relevante y la cantidad de argumentos) con el objeto de intentar persuadir de la corrección de sus propuestas a otros que no comparten los mismos intereses, más imparciales serán las deliberaciones, y por lo tanto más razones tendrán para creer que se debe actuar de la forma en que han acordado.

También hemos recordado, con Nino, que para este ideal deliberativo la representación y la regla de la mayoría son un problema porque nos alejan del ideal de la presencia de todos los afectados y de la decisión unánime. Lo que queremos puntualizar en esta parte es otro problema que acecha a la deliberación y que nos acerca al trabajo de los sofistas. El problema al que nos referimos es la desigualdad retórica de quienes participan en la deliberación. En efecto, si la resolución de un conflicto depende de la efectividad retórica de las partes, la falta de igualdad produce el resultado indeseado de evitar que triunfe el mejor argumento violando una regla evidente de la deliberación ideal que consiste en excluir las falacias y las modulaciones del discurso como argumentos válidos dentro de la discusión. En una deliberación ideal las habilidades retóricas de los participantes son irrelevantes.

Sin embargo, como resulta evidente, en las deliberaciones reales, de las que dependen los intereses y los derechos de los ciudadanos de una democracia real, la desigual capacidad retórica de los participantes produce el resultado no deseado de que triunfen argumentos falaces y que de esta manera se imponga la voluntad desnuda de quienes carecen de los mejores argumentos. Los sofistas comprenden esta falla del mercado deliberativo de la democracia ateniense y buscan remediarla ofreciendo sus servicios a todo ciudadano que los requiera con el fin de aumentar sus destrezas retóricas. El objetivo era igualar la deliberación en la polis, garantizando al menos que la persuasión de los oradores no recurra al fácil expediente de las falacias, dado que entre buenos retóricos se detectan fácilmente los malos argumentos y se corre el riesgo de ser ridiculizado públicamente. De esta manera, con la anulación previa y mutua de las trampas retóricas, se espera que los argumentos que queden en pie sean los mejores que la comunidad puede imaginar en ese momento.

Es ésta la herencia profesional de los abogados, uno de los roles que les cabe en las democracias deliberativas: 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.

Dicho esto, una nota final: no en todas las instancias en las que estamos acostumbrados a requerir la presencia de los abogados ella resulta necesaria. En efecto, en la medida en que el tema en discusión no permita una escalada hacia cuestiones complejas en las cuales se juega lo que aquí denominé interés público, y que las partes mantienen una relación de relativa igualdad retórica, la justificación de la existencia de los abogados como traductores e igualadores desaparece. Es así que resulta no sólo permisible sino necesario dejar de lado la presencia de los abogados en estas circunstancias. Ejemplos de ellas son la justicia vecinal y los trámites no litigiosos en los cuales la ausencia de letrados aumenta la capacidad de acceso a la justicia de los ciudadanos en general.

7. Los abogados como traductores del lenguaje de los intereses privados al lenguaje del interés público.

En esta forma particular de diálogo político de la democracia constitucional, la deliberación judicial, los ciudadanos se enfrentan con herramientas desiguales dado que no conocen en la misma medida lo que manda el derecho positivo, ni tienen el mismo conocimiento de todos los hechos relevantes, tienen prejuicios no contestados, no saben articular los argumentos de forma igualmente

persuasiva, etc. Es justamente porque tienen conocimientos y capacidades retóricas desiguales por lo que necesitan representantes, los abogados, que les brinden las armas con las cuales librar la batalla deliberativa en forma equilibrada.

Esta batalla deliberativa tiene reglas relativamente bien definidas que vale la pena volver a repasar. La dinámica que comprende al juez, a dos abogados y a dos partes es una deliberación muy interesante, y muy diferente a la deliberación política que se da en un Consejo Deliberante o en el Congreso de la Nación. En ella dos ciudadanos acuden a las instituciones judiciales porque tienen un problema de interpretación normativa. Cada uno cree que el derecho le da la razón, pero sin embargo el derecho es una práctica muy compleja conformada por hechos y normas y que está lejos de parecerse a un oráculo o a una computadora infalible y precisa. Quien decide en definitiva es una persona, la jueza, a quien no se conoce de antemano pero de quien se sabe que tiene algunas características institucionales interesantes que resultan en una regla negativa del juego: a los jueces no les interesa el interés privado del cliente, es decir, no se los puede persuadir con argumentos basados en la conveniencia, necesidad o deseo personal, por lo que este tipo de argumentos quedan fuera de la deliberación judicial. Los jueces están para decir qué dice el derecho, y en ese sentido son los representantes del interés público. Los argumentos que no pueden ser construidos con los requisitos de la deliberación moderna, como por ejemplo generalidad y universalizabilidad, no interesan a quienes deben decidir en el caso concreto la compleja trama de mandatos que sobre ellos impone la democracia constitucional.

En efecto, los jueces desean saber cómo ejemplificar en el caso en cuestión la decisión mayoritaria, o si deben desoír el mandato popular porque en el caso están en juego los principios en los cuales se funda el sistema o las reglas sobre las que se construye la decisión democrática, o si tienen que repetir lo mismo que dijeron antes en un caso similar o si hay argumentos para modificar esas decisiones anteriores. El rol de los jueces coloca a los abogados ante la necesidad de desarrollar argumentos que persuadan a los jueces de que el interés de su cliente está respaldado por los mejores argumentos, siendo éstos los que los jueces adoptarían para realizar su tarea con sabiduría, teniendo en cuenta que el procedimiento es público y que sus argumentos serán contestado por la abogada de la contraparte.

De este modo, todo abogado tiene que decidir diversas y complejas cuestiones. Primero, debe pensar en el interés de su cliente, lo que muchas veces resulta difícil de determinar. En efecto, ¿el interés del cliente debe ser identificado con el interés manifiesto o con el que su abogada cree que debe ser su interés?, si el cliente no es un individuo sino una asociación de algún tipo, ¿es el interés de su cliente el de los directivos, el de la asamblea de accionistas, el de los trabajadores, el

de los consumidores, el de la sociedad en general? Segundo, una vez que está claro el interés de su cliente, debe ponerse en su lugar y pensar cuales son los argumentos a su favor. Tercero, debe salirse del lugar de su parte, ponerse en el lugar del otro, e imaginar cuales son los argumentos que utilizaría si fuera la abogada de la contraria y, como idealmente no conoce a la otra, tiene que pensar qué es lo que la mejor abogada podría argumentar. El segundo y tercer paso deben repetirse tantas veces como sea necesario, como en el ajedrez cuando los jugadores anticipan las movidas futuras en su imaginación antes de dar el siguiente paso. Pero además de todo este trabajo, que requiere un altísimo nivel de imaginación deliberativa, todo abogado debe estar siempre pensando en el juez, a quien no le interesa saber cual es el interés de las partes en la medida en que no constituye un argumento persuasivo para la realización de su trabajo institucional, el avance del interés público. Dicho de otra forma, los abogados deben ser concientes de que al juez sólo le interesa saber qué dice el derecho. Los encargados de las decisiones en el juego deliberativo judicial sólo desean saber si determinada ley que se sancionó impacta en el caso, y si lo hace, si viola principios o procesos, o si su interpretación es contradictoria con alguna interpretación relevante que se haya sostenido en el pasado y de ser así, cual debe subsistir y porqué.

De esta forma, como la abogada sabe que el juez quiere decidir en el caso teniendo en cuenta mandatos tan complejos, los argumentos que tiene que dar a favor de su parte necesariamente deben estar relacionados con este interés del juez. Los argumentos a favor del interés privado de su parte tienen que ser todos argumentos de interés público y por lo tanto, para ser efectivos, los abogados deben poder traducir efectivamente intereses privados en el complejo lenguaje del interés público.

Un párrafo sobre los abogados que se dedican al asesoramiento de sus clientes. Pareciera a primera vista que los argumentos necesarios para alcanzar el éxito en las transacciones que escapan a la discusión en los tribunales no requieren de la necesidad de ponerse en el lugar del juez. En efecto, las capacidades de negociación exitosa podrían requerir relajar las exigencias de imparcialidad, información o transparencia que se recomiendan en la discusión en los tribunales. Sin embargo, en la mayor parte de estas transacciones es crucial tener en cuenta que en ellas las partes tienen como presupuesto que el acuerdo al que llegarán será respaldado por formas rituales que lo hagan válido en el sentido de que si una de las partes incumple, la otra puede recurrir al monopolio de la fuerza pública para resarcirse del incumplimiento. El punto que sólo menciono aquí es que justamente el guardián del uso legítimo de la fuerza pública es el poder judicial. De esta

manera aun en las transacciones extrajudiciales los abogados de las partes están preguntándose lo que diría una jueza en el caso de que el acuerdo deba llevarse ante los estrados judiciales.²⁶

Por lo tanto, los abogados sirven a dos amos: a sus clientes y a los jueces. Sirven a sus clientes generando argumentos que persuadan al juez a decidir de acuerdo a sus intereses y sirven a los jueces creando los mejores argumentos que pueden desarrollar a favor de sus clientes permitiendo a los jueces desempeñar mejor su rol institucional, a saber: balancear el respeto por las decisiones mayoritarias, la defensa de los derechos y de los procesos democráticos, y la preservación y mejora del lenguaje del derecho. Este doble papel es tan importante que en muchos países los abogados tienen el monopolio (si no legal, *de facto*) de la representación ante los tribunales.

8.- Un monopolio justificado

Hasta aquí hemos justificado cierto rol de los jueces, y por lo tanto de los abogados, en una democracia constitucional, y desarrollado las reglas del juego deliberativo del derecho en el cual sólo se puede persuadir a los jueces con cierto tipo de argumentos. Dijimos que los argumentos exitosos para lograr una decisión beneficiosa para el cliente son los que mejor balancean los tres tipos de exigencias que pesan sobre los jueces: que sean deferentes a la voluntad popular, que impidan la violación de derechos y la manipulación de los procesos democráticos ejerciendo su rol contramayoritario y que mantengan y mejoren la práctica en la que consiste el derecho. Así si una abogada puede traducir intereses de su cliente en argumentos que persuadan al juez de que la decisión que está por tomar es la que mejor combina estos tres elementos, debería ganar el caso.

Esta traducción es una tarea muy complicada de realizar, y la gente debe continuar con sus vidas y no puede estar dedicada a desarrollar estas capacidades. Esto justificaría, *prima facie*, el monopolio de los abogados en una democracia constitucional, lo cual en principio parece paradójico en la medida en que supondría expropiar a los ciudadanos el derecho a defender sus derechos en forma directa, y no a través de la representación. En otras palabras, si bien nadie es mejor juez de sus intereses que uno mismo, el problema en la deliberación judicial es que al juez no le importa el interés individual de cada uno sino que sólo le importa el interés en la medida en que esté

²⁶ Ver Kronman, A. *The Lost Lawyer*, Belknap Press, 1995 y Gordon, R., “La Práctica del Derecho Empresarial como un Servicio Público” en Böhmmer, M. (comp.), *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*, Biblioteca Yale de Estudios jurídicos. Ed. Gedisa, 1999.

sustentado en argumentos que puedan ser traducidos en argumentos de interés público, entendiendo por interés público el balance de los tres elementos que mencionamos anteriormente.

Si es ésta la justificación del monopolio de la deliberación judicial en manos de los abogados, ¿Cómo podemos descomponer esas obligaciones para entender, en particular, cuáles son las obligaciones de los abogados en una democracia constitucional? En lo que sigue mostraremos que este monopolio sólo se justifica cuando se ejerce respetando las obligaciones siguientes:

a. Los abogados deben defender el interés de su cliente.

Este mandato significa que en su trabajo los abogados no pueden defraudar las necesidades y los deseos del cliente, lo que parece obvio aunque su aplicación no lo sea tanto. En efecto: ¿Cómo identificar al cliente y por lo tanto a los intereses que debe servir? ¿Es el individuo, es su familia, son sus hijos, es la organización a la que pertenece, es el directorio del que forma parte, son los accionistas a los que dice representar, es el público en general a quienes el cliente dice o debe servir? Para cumplir con la obligación de defender los intereses de nuestro cliente, antes debemos preguntarnos lo que entraña tal obligación.²⁷ Una vez realizado un acuerdo acerca de quién es el cliente y cuáles son sus intereses, el abogado tiene que decidir la estrategia a seguir para defenderlos.

La traducción del interés privado al interés público es complicada y es importante que en esta traducción no se pierda aquello que el cliente vino a buscar. Lo que se pierde, porque siempre se pierde algo, debe ser algo que el cliente acepta perder o sabe que va a perder. Aquí se encuentran una cantidad de obligaciones relacionadas con el derecho de información del cliente, su derecho al prestar consentimiento, su derecho a mantener la confidencialidad sobre ciertos hechos aun cuando esos hechos sean importantes para el caso, el consentimiento sobre los límites que el abogado se impone en la estrategia de defensa de ese interés, etc. Esa pérdida de información o de intereses que resulta de la traducción del interés privado al interés público necesaria para la tarea del abogado, tiene que ser una traducción que el cliente conozca, entienda y acepte.

Desde ya que lo anterior deja atrás cualquier forma de fraude al cliente: fraude desde el punto de vista de la falta de conocimiento, de la falta de consentimiento u otras formas. Desecho cuestiones más obvias tratadas tradicionalmente en los códigos de ética profesional (o en los

²⁷ Es una pregunta lo suficientemente difícil, y aun si uno coincidiera con Brandeis cuando propone que los abogados deberían trabajar por “la situación”, la pregunta no resulta más sencilla. (Esta es una discusión tradicional en la literatura sobre responsabilidad profesional, y aunque requiere de mucha más expansión y clarificación en Latinoamérica, no la trataré aquí).

penales) tales como la prohibición de quitarle el dinero, engañarlo con los honorarios, mentirle, o no trabajar en su favor.

b. El monopolio debe ejercerse en forma igualitaria.

La segunda justificación del monopolio de los abogados es que el proceso deliberativo en el que consiste el derecho debe estar abierto a todos, bajo las mismas condiciones de calidad y accesibilidad, y por lo tanto el servicio de los abogados debe ser prestado en esas condiciones.

i. Igualdad respecto de la calidad del servicio.

El hecho de la desigualdad en la idoneidad retórica o en la capacidad de traducir intereses privados en argumentos públicos produce consecuencias nefastas para la deliberación sobre la aplicación del derecho. En efecto, cuando un buen abogado se enfrenta a un mal abogado podría suceder que la desigualdad en la calidad restrinja los argumentos disponibles para el juez y permita que se introduzcan en la deliberación falacias que pasan como argumentos válidos, hechos no adecuadamente probados o resoluciones inadecuadas de las tensiones inherentes a la democracia constitucional.²⁸ Entonces, tener un mal o un buen abogado es fundamental no sólo para el cliente, sino también para los intereses del derecho en la medida en que de no existir esta relativa igualdad en la calidad de la representación legal, se corre el riesgo de introducir en la deliberación argumentos inadecuados y de excluir argumentos que tengan la virtualidad de hacer avanzar la calidad del estado de derecho. En este sentido, las diferencias cualitativas entre los abogados no deben ser demasiado amplias y los clientes deberían poder saber cuándo un abogado es mejor que otro.

Con respecto a esta última cuestión, existen instituciones que están obligadas a crear ciertos bienes públicos que disminuyan el costo de acceder a esta información. Una de estas instituciones es la facultad de derecho, de las que se espera que el título de abogado diga algo respecto de la calidad de los abogados que gradúa y, en el caso de la Argentina, permite, en ese acto, acceder al mercado²⁹. Esta es una primera razón para controlar la calidad de la enseñanza de derecho que se brinda y sobre todo es relevante a los fines de definir los conocimientos y destrezas mínimas que se esperan de una persona que haya completado la facultad de derecho. Los clientes no deberían realizar averiguaciones sobre qué título es mejor que otro, sino que los títulos deberían tener un valor en sí mismos, y convertirse así en bienes públicos.

²⁸ Wertheimer, Alan, *The Equalization of Legal Resources*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol 17, No. 4. (Autumn, 1988), pp. 303-322.

²⁹ Dado que el título académico permite el ejercicio inmediato de la profesión sin ningún otro requisito.

En este sentido, entonces, debería haber una exigencia de calidad relativamente igual de todos los abogados que el sistema deja salir al mercado, permitiéndoles defender los intereses de las personas. Por supuesto que esta obligación no sólo reside en las facultades de derecho sino también en otras instituciones, y es particularmente una obligación fundamental del Estado en la medida en que se la entienda como una garantía de igualdad en el servicio de justicia. Pero también es una obligación de los colegios de abogados (dado que el Estado delega en ellos el control de la profesión) mantener cierta igualdad en la calidad del servicio que prestan sus matriculados.

ii. Igualdad en el acceso.

La justificación del goce de este monopolio incluye la obligación de que la capacidad de defender los intereses particulares con relativamente igual idoneidad retórica y con los mejores argumentos jurídicos se encuentre al alcance de todos. La distribución de los abogados entre quienes los requieren no puede estar relacionada con el dinero que tengan sus clientes, ni con su particular situación geográfica, ni con sus capacidades para acceder a los edificios públicos, o para entender el lenguaje oral o escrito del derecho, ni con su género, raza o situación social, para nombrar sólo algunas de las barreras que dificultan el acceso a la justicia. Desde el punto de vista de la accesibilidad, aún si existen diferencias tolerables en la calidad de los abogados, el mercado no puede ser el criterio distribuidor del servicio de justicia. El sólo hecho de tener más dinero o de vivir en determinado lugar no debería asegurar una defensa mejor (o una defensa, sin más), ya que esta circunstancia estaría evidenciando el incumplimiento de las razones por las cuales se les entregó el monopolio a los abogados. El monopolio no se entrega a los abogados para que se hagan ricos unos pocos defendiendo a otros pocos.

No es este el lugar para ofrecer propuestas para la extensión igualitaria del acceso a la justicia. Sin embargo es importante volver a insistir en que esta obligación es parte de la oferta institucional necesaria de toda democracia constitucional, y por lo tanto se encuentra primariamente en cabeza del Estado, sin importar las formas en las que éste la estructura. Esta obligación puede honrarse utilizando los recursos que genera el mercado a través de la profesión liberal, el mismo Estado a través de los tribunales, las fiscalías y la defensoría pública, las facultades de derecho a través de las clínicas jurídicas y la sociedad civil en general. Así la existencia de una adecuada política pública respecto del acceso igualitario a la deliberación sobre la forma de aplicar el derecho es una obligación fundamental del Estado y forma parte de las cuestiones que muestran en qué medida cumple con los requisitos para justificar su existencia.

c. El monopolio debe ejercerse de acuerdo con la obligación de consolidar del estado de derecho.

Los abogados no deben tomar decisiones que destruyan la herramienta que la democracia les entrega para que realicen su actividad. En este trabajo hemos definido al interés público en el ámbito de la justicia como el balance de las tres obligaciones de los jueces (el respeto por las decisiones mayoritarias, el control contramayoritario y la preservación y mejora del lenguaje del derecho) y a la tarea de los abogados como dependiente de aquellas obligaciones en el sentido de que ella debe orientarse a facilitarlas. Esta práctica colectiva de los profesionales del derecho es lo que muchas veces se identifica con el estado de derecho en el ámbito judicial. En este sentido es que afirmamos que el monopolio de los abogados se justifica también cuando es ejercido de forma tal de no destruir el delicado balance de obligaciones en el que consiste el estado de Derecho.

Es decir, los abogados deben restringirse y evitar quebrar esa práctica institucional compleja aun cuando al hacerlo tengan la oportunidad de ganar su caso. En los términos que venimos desarrollando, una abogada está incumpliendo con esta obligación cuando no asume cabalmente su rol de traductora de intereses privados en interés público, sino que, en el afán de defender el interés privado de su cliente distorsiona la mejor interpretación acerca de lo que demanda el interés público. En Latinoamérica, muchos aspectos de la profesión nunca estuvieron relacionados con lo que la imposición de dicho estándar demanda. Aún subsisten una buena cantidad de cuestiones que podrían caracterizarse como la obligación de ejercer la profesión de abogado de acuerdo con una concepción robusta del *rule of law*. Tomada en serio, esta obligación impone una pesada carga sobre quienes procuran realizar reformas para la consolidación del estado de derecho, debido a la amplitud de hábitos y reglas que se contradicen con este estándar pero que se dan por sentadas como el modo usual, y en algún sentido el correcto, de hacer las cosas.

Un caso obvio de esta idea es el caso de la corrupción: existe un sentimiento extendido de que los jueces y los abogados comparten actividades de corrupción en Latinoamérica, siendo la más prominente los sobornos tendientes a modificar el resultado de un caso, a asegurar que el papeleo se realice más rápido, a que el funcionario preferido trate el proceso de quiebra, o a que el caso aterrice en el escritorio del juez adecuado. Si los abogados permiten que su cliente gane el caso corrompiendo al juez, el interés particular arrasa con las obligaciones del juez respecto del estado de derecho.

Cercanos a la corrupción, los casos flagrantes de conflicto de interés que atraviesan la práctica profesional en Argentina, y en general en Latinoamérica, son también ejemplos de intereses

privados impidiendo la deliberación pública de argumentos jurídicos. Estos casos, en los cuales se utiliza cierta posición del abogado y del juez para que el interés del cliente particular prevalezca sobre el interés público se dan, por ejemplo, cuando el abogado es profesor o jurado del juez en el Consejo de la Magistratura, o es el titular o colega de la cátedra donde el juez dicta clase en la facultad de derecho o es el decano de la facultad de derecho donde el juez es titular y depende del primero para continuar manteniendo esta posición de prestigio.

Más allá de los evidentes conflictos de interés que estas posiciones privilegiadas pueden producir, la falta de distinción entre un abogado y un profesor de derecho, y como consecuencia, la falta de una academia jurídica independiente que esté a cargo de ejercer una crítica externa, tanto del juez como del abogado también genera la posibilidad de usar a la academia para ganar casos en los tribunales, lo que podría denominarse “lobby académico”. En este caso el conflicto de interés no sólo es utilizado para defender intereses privados sin apelar a argumentos públicos, sino que además destruye el necesario rol a la vez crítico y constructivo de una academia jurídica que proponga más argumentos y mejores descripciones empíricas para acelerar el desarrollo del estado de derecho.

Todas estas situaciones muestran cómo los conflictos de interés ponen en peligro esta obligación de la traducción del interés privado al interés público. Cuando no existe esa posibilidad, lo que sucede es que el interés privado rompe la práctica social en la que consiste el derecho.

Por otra parte, si los tribunales han de convertirse en un espacio de deliberación pública en el que ganan los mejores argumentos, entonces deberían excluirse de este ámbito y de sus alrededores un par más de actividades que lo desnaturalizan.

El extendido hábito de los “alegatos de oreja” (*ex parte communications*), es decir la exposición de argumentos a favor de una de las partes ante una persona con capacidad de decisión dentro del proceso, sin contar con la presencia de la abogada de la otra parte, es una evidente violación del derecho de defensa, y del ideal según el cual los argumentos que se presentan en los tribunales deben someterse a un proceso de deliberación pública.

Finalmente, pero no por ello menos importante, subsiste entre nosotros una cierta actitud hacia la interpretación jurídica que concibe al derecho de un modo exclusivamente instrumental, paralelamente a la actitud de desprecio por la construcción de argumentos de carácter público y que afirma que cualquier interpretación de las normas que satisfaga los intereses del cliente debe ser introducida en el proceso. Sin embargo, al igual que lo que sucede con el juez, se espera que el abogado colabore en la construcción del lenguaje del derecho. En este sentido, el abogado tiene que pagar, por un lado, sus obligaciones respecto del pasado, es decir que debe asegurarse de que las

expectativas de la gente acerca de lo que el derecho requiere no sean traicionadas por el permanente cambio en la interpretación de la ley y, por otra, tiene que honrar sus obligaciones respecto del futuro, asegurándose de que el derecho mejore respecto de la deferencia que le debe a la voluntad del pueblo, del respeto de los derechos, y del mejoramiento de la práctica jurídica.

La práctica del derecho, para poder justificar la expropiación y el monopolio de la defensa de los derechos de las personas en que se sustenta, debe mantener una incondicional fidelidad a la inacabable lucha por acercarse al doble ideal de la democracia y del constitucionalismo.

La propuesta aquí ha consistido en argumentar, a partir del pensamiento de Carlos Nino, que sólo en la medida en que la profesión del derecho cumpla con estas tres obligaciones (la de defender el interés del cliente, la de permitir el acceso igualitario de todos a la deliberación jurisdiccional y la de no defender el interés privado a costa del interés público) la tarea que la democracia constitucional le ha asignado en forma monopólica se encuentra justificada.