



## Conferência Internacional

### Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

## LOS VALORES SOCIALES Y ECONÓMICOS EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA ABOGACÍA

### **1.- El inicio del cambio en las profesiones jurídicas.**

Hace no demasiados años, en Portugal y en España el paradigma del profesional del derecho era el abogado de toga, el abogado con ejercicio ante los tribunales, que intervenía, sobre todo, en el conflicto, en la patología de la vida de interrelación social y económica. La forma de ejercicio de esa profesión era relativamente homogénea: había despachos muy pequeños y despachos menos pequeños, casi todos de carácter generalista. El derecho mismo era casi abarcable en su totalidad.

Frente a ese paradigma, el abogado centrado en el puro asesoramiento, como el abogado de empresa, tenían un papel más bien marginal y parecía como si no fueran abogados en el más pleo sentido del término.

El inicio del cambio se vislumbraba en factores como los siguientes:

a) *La especialización.* Julius von Kirschman observaba en 1847 ("*La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*") que tres solas palabras del legislador podían reducir a basura cientos de volúmenes de una biblioteca. Aquella metáfora incendiaria, a la que han sucedido otras muchas análogas, quería expresar la incipiente inabarcabilidad y la esencial mutabilidad de un derecho durante siglos estable y fiel a sí mismo. Se instauraba con ella una tendencia a la especialización, sobre todo, por jurisdicciones: penal, laboral,



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

contencioso-administrativo y civil, reducto todavía de la máxima generalidad, depositaria de más de dos mil años de evolución.

*b) La asociación.* Los despachos de carácter esencialmente personal, u organizados en torno a una figura destacada se convierten en pluricéntricos y propenden a la integración, de apellidos y de equipos, bien dentro de una especialidad o asumiendo desde el primer momento el reto de dar respuesta jurídica a no importaba qué problema.

*c) La generalización del asesoramiento externo.* De un modelo de diferenciación funcional entre el recurso al abogado externo y el asesoramiento interno a la empresa, se transita a un modelo en el que cada vez para mayor número de operaciones se cuenta con asesoramiento jurídico externo y especializado. En parte se debe a la tecnificación y masificación del asesoramiento; y en parte a la conveniencia de externalizar la responsabilidad si la operación genera algún riesgo o sufre una incidencia. Como consecuencia, el mercado crece y facilita la organización de la actividad profesional en cada vez mayores despachos de abogados.

*d) El crecimiento económico y la internacionalización de los mercados.* La entrada de empresas extranjeras en nuestros mercados, primero, y la salida , después, de nuestras propias empresas a otros mercados, y su interrelación y crecimiento, hacen que el incremento del tráfico genere más operaciones susceptibles o de asesoramiento en su fase de concertación, o de remediarse sus conflictos en fase de judicialización, o, cuando es posible, de renegociación, transacción o arbitraje. En igual sentido opera la aparición de operaciones masivas o complejas de mercados de capitales y las fusiones y adquisiciones, que consumen ingentes cantidades de recursos jurídicos que sólo se pueden disponer desde fuera de las propias empresas afectadas y por medio de despachos profesionales de otra dimensión.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

e) *La patologización de lo procesal.* La suma de estos factores invierte la proporción entre la dedicación profesional a lo contencioso y al asesoramiento previo de transacciones económicas: sólo los asuntos que pueden permitirse el paso del tiempo sin solución llegan de forma natural a los juzgados, más aquellos en que las partes piensan que el planteamiento judicial será una solución no a término (buscando la dilación, o la presión del litigio para otra clase de solución), aparte siempre los conflictos irreductibles de base no racional. Como muestran las estadísticas, hay mayor número de procedimientos judiciales, pero los asuntos que se ventilan ante los tribunales son, en general, de peor calidad, y aumenta en mucha mayor medida y calidad el asesoramiento no contencioso.

### **2.- La diversificación de las profesiones jurídicas.**

Para empezar a definir la situación actual, valgan una comprobación empírica y una proyección que toma a aquella como base: si miramos veinte años hacia atrás, el panorama en la península ibérica de los despachos profesionales ha cambiado drásticamente: han cambiado los nombres y las estructuras. Si fuéramos capaces de mirar veinte años hacia adelante, sucederá probablemente lo mismo, lo que implica necesariamente la desaparición de algunos de los actuales despachos y la aparición de otros, en un proceso de racionalización, adecuación de la oferta a la demanda y de concentración.

Lo que hoy hay son, en primer lugar (por tamaño) grandes despachos, nacionales y extranjeros, en cuyo interior pesa bastante más la función de asesoramiento que la contenciosa, aunque tales despachos cuiden cada vez más esta área a través de los departamentos procesales. Luego, despachos medianos o pequeños, sobre todo “especializados” en ramas jurisdiccionales, donde la prestación de actividad profesional es menos intensiva y no está conectada con las grandes operaciones. Y también, profesionales artesanales, individuales o casi individuales, que, pese a su supervivencia en todos los sistemas, van ocupando, colectivamente, un espacio en el mercado jurídico cada vez menor.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

Por otro lado, los profesionales al servicio de la Administración, estatal, autonómica o local, o de los cada vez más numerosos órganos reguladores. O los abogados de empresa que en su conjunto, tienen una muy alta especialización y competencia técnica, prácticamente en todos los sectores y, desde luego, en los sectores. El resultado es una diversificación de las profesiones jurídicas, en general, y de la propia abogacía en particular, que se hacen heterogéneas según áreas materiales de intervención, y en función de la organización de la actividad y de los despachos.

La definición de "abogacía" contenida en el Estatuto General del la Abogacía de España, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, es sumamente amplia: *"La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades, y a la Justicia"* (art. 1.1). Pero todavía lo es más la definición de "abogado" en el art. 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye *"en exclusiva la denominación de abogado al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y el consejo jurídicos"*, para seguir recordando en su apartado 2 la libertad e independencia del abogado.

En Portugal sucedería algo semejante con la definición de los *"actos propios"* de los abogados en la Ley nº 49/2004, de 24 de agosto, aunque su enumeración sea algo más casuística (además del ejercicio del mandato forense y la consulta jurídica, se definen como actos propios de los abogados la elaboración de contratos y actos preparatorios de la constitución, alteración o extinción de negocios jurídicos, la negociación para el cobro de créditos y el ejercicio del mandato en el ámbito de los actos administrativos y tributarios) si bien con la cláusula de salvaguarda de *"sin perjuicio de las competencias propias atribuidas a las demás profesiones o actividades cuyo ejercicio está regulado por Ley"*.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

Prácticamente todo queda, en la norma española, bajo la denominación y la función exclusiva del “abogado”: la defensa, el asesoramiento y hasta el consejo jurídico, si se ejerce “profesionalmente” que es, por así decirlo, el elemento tautológico de la definición: la abogacía sería la profesión jurídica por antonomasia, y las restantes profesiones jurídicas se delimitarían frente a ella por oposición o exclusión, en la medida en que sean profesiones colegiadas distintas (como los procuradores de los tribunales, con cometidos más específicos) o con un estatuto jurídico público diferenciado, como los jueces (que no dan, precisamente, “consejos”), Notarios, Registradores de la Propiedad, Profesores universitarios, Abogados del Estado, o de determinadas administraciones u organismos públicos con un estatuto propio, y algunos más.

La realidad social es aún más difusa y la tendencia camina hacia mayores dosis de competencia y desregulación con la entrada de más operadores con límites competenciales borrosos o cuestionadas “reservas de actividad”, de las cuales la más importante sigue siendo, desde las normas procesales, la del ejercicio de la defensa ante los Tribunales, plasmada en el citado art. 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, complementado en cuanto a la colegiación obligatoria en el art. 544.2.

Dentro, pues, de las profesiones jurídicas la abogacía tiene una posición a la vez general y residual, donde cabe la máxima heterogeneidad en sus funciones, en su contenido material, en su forma de organización para la prestación del servicio al cliente y en el papel del abogado dentro de la organización para la prestación del servicio, desde el ejercicio individual y personal, hasta el ejercicio colectivo donde, cualquiera que sea la relación jurídica del abogado con la organización, ésta no excluye -o sustituye a- la prestación individual.

Así, el abogado empleado en el despacho profesional como trabajador por cuenta ajena sigue siendo “abogado” si su función consiste en la prestación de los servicios de defensa, asesoramiento o consejo jurídico, como establecía ya el número 1 de la disposición adicional



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, desarrollada luego por el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, regulador de la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, en clara referencia a esa libertad e independencia como dato definitorio de la abogacía proclamada por nuestro Estatuto General y que se mantiene incluso en los supuestos de ejercicio de la actividad por cuenta ajena, resaltando el carácter personal del acto de prestación profesional.

En ese escenario donde la abogacía como profesión jurídica básica se presta personalmente y en condiciones esenciales de libertad e independencia, al margen de la forma en que se organice la actividad y de la materia en que recaiga, la diversidad de actos de prestación es extraordinaria: el abogado que asiste personalmente al cliente, y el que interviene en una sola fase o aspecto de una prestación compleja, sin contacto con el cliente, pero siendo su intervención necesaria para el servicio jurídico; quien concurre a los tribunales jurisdiccionales o arbitrales, el que interviene en los procesos de negociación, o en la preparación de la negociación; el abogado de empresa; quien participa en la determinación de los riesgos de una actividad, capaces de generar obligaciones, responsabilidades o compromisos; quien los evalúa desde un punto de vista jurídico; el que prepara y supervisa la actuación de órganos sociales. El abogado que asiste a su cliente en prisión, o en una crisis matrimonial; el que prepara los documentos o los revisa. Todo eso extendido en una estructura multidimensional, polarizándose la actuación profesional sólo en algunas de las direcciones.

En el contexto de la diversificación de las profesiones jurídicas es necesario insistir en la condición de *abogado del abogado de empresa*, que no en todos los ordenamientos jurídicos se reconoce como tal, aunque si en Portugal y en España.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

Recientemente la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de septiembre de 2010, en el caso Akzo, para negar la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado de una empresa y ésta ha considerado que la relación de dependencia laboral existente entre el abogado y la empresa implica la inexistencia de independencia, y esa ausencia de independencia haría quebrar el carácter confidencial de las relaciones entre abogado y cliente. Dice así en su párrafo 45: *"como ha puesto de manifiesto la Abogado General en los puntos 60 y 61 de sus conclusiones, en concepto de independencia del abogado se determina de manera no sólo positiva, tomando como referencia las obligaciones derivadas de la disciplina profesional, sino también negativa, haciendo incapié en la inexistencia de una vinculación mediante una relación laboral"*. Y añade: *"un abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio, y consiguientemente, sometido a la disciplina profesional no tiene el mismo grado de independencia respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus bufetes"*. Para concluir que *"en esas circunstancias, el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo"*. El razonamiento en algunos puntos parece contemplar la diferencia como una diferencia de grado o de matiz. Pero el efecto es perverso: como la relación laboral *"no permite garantizar una independencia comparable al de un abogado externo"*, y *"el abogado interno se encuentra en una posición esencialmente distinta al de un abogado externo"*, la confidencialidad claudica y se avala la posibilidad de que el regulador o el órgano jurisdiccional aprehendan y utilicen tales comunicaciones internas.

En el derecho portugués, la cuestión está contemplada expresamente en el art. 68 del Estatuto de la Orden de los Abogados, aprobado por Ley 15/2005, de 26 de enero: corresponde a la Orden de los Abogados calificar el contrato que permite al abogado ejercer como tal en una posición de subordinación jurídica en su empresa, manteniendo el requisito



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

de la independencia, que no es una independencia formal como ausencia de vínculo, sino una independencia material como independencia de criterio. Incluso se prevee la nulidad de la cláusula contractual que atente contra esta independencia. Lo último que claudica es la condición del abogado.

En el derecho español no tenemos una regulación semejante, aunque los abogados de empresa no sólo pueden ejercer como tales, sino que para las funciones típicamente de abogado y con reserva de Ley en la actividad, como es el ejercicio ante los tribunales, tienen que estar colegiados. Y el art. 542.3 de la Orgánica del Poder Judicial establece el deber de secreto de todos los abogados, internos o externos, respecto de todos los hechos o noticias de que conozcan por "*razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*".

Desde nuestro punto de vista es esencial preservar la condición de abogado del abogado de empresa, mantener la existencia de una independencia material o sustancial en su criterio, así como el carácter confidencial de sus comunicaciones con la empresa en tanto que abogado en funciones de asesoramiento interno, de igual modo que está sometido a otras obligaciones en tutela del interés general y a favor de la sociedad y de su servicio a la justicia, como también lo están los demás abogados.

### ***3.- Las exigencias del mercado.***

Se puede discutir donde está la clave del cambio en las profesiones jurídicas, fundamentalmente en la abogacía: tal vez en el tamaño de las organizaciones que prestan servicios de asesoramiento, representación y defensa, o tal vez en su correlato funcional, en la especialización de los abogados dentro de una firma suficientemente dimensionada, o en la especialización de la propia firma. Pero cualquiera de estas apreciaciones, que algo tienen que ver con la realidad, no la agotan, dejando fuera una circunstancia fundamental: el comportamiento activo de los operadores jurídicos como agentes en un mercado de



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

servicios profesionales con fuerte componente nacional, por la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales y -todavía- determinadas barreras de acceso y de restricción a la libre circulación de profesionales, pero cada vez más internacionalizado.

Los despachos han venido creciendo para adecuarse a las exigencias del mercado, competir en mejores condiciones con otros despachos, y alcanzar el postulado del suministro de servicios jurídicos desde un punto único, capaz de proporcionar al cliente no importa qué respuesta a cualquier demanda imaginable, comprendiendo las distintas especialidades jurídicas. Salen al mercado, despliegan estrategias de marketing y comunicación impensables hace unos años, sobre todo en países como España y Portugal. Este fenómeno tiene importantes consecuencias en el tipo de prestación profesional y en sus necesidades de regulación o desregulación que pueden debilitar valores tradicionales -tal vez esenciales- de la profesión.

En cuanto a la prestación, hay un cierto riesgo de pérdida de la independencia en uno de sus aspectos más importantes: la independencia frente al propio cliente, que ya no se ve sólo como sujeto del derecho a dilucidar o del interés a defender, sino como un activo del despacho que hay, primero, que atraer, después que mantener, y siempre que satisfacer. El problema radica en las situaciones de conflicto entre el interés objetivo del cliente, como justiciable, y su propia y no especializada percepción de su interés, que es desde la que va a definir su conducta frente al proveedor de servicios jurídicos. El artículo 2.3 del Código Deontológico de la Abogacía española obliga al abogado a preservar su independencia frente a toda clase de presiones, exigencias o complacencias que la limiten, aunque provengan del propio cliente.

Y el problema se agrava si se trasciende la relación singular o bilateral cliente-abogado y atendemos a la clientela, en general, como activo del despacho, ya que entonces la relación de dependencia económica es incontestable. La superación de estos conflictos potenciales



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

exige un delicado equilibrio entre valores no siempre alineados que sólo está al alcance de los mejores. Pero así es la competencia.

En cuanto a las necesidades de regulación o desregulación, éstas aparecen en cuanto la actividad profesional se contempla desde el punto de vista del mercado y de la competencia. Vivimos una época que se considera a sí misma como de desregulación de las profesiones; de eliminación de las barreras de acceso al ejercicio de las actividades que denominamos "profesionales" y de los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación y circulación de servicios. Todo ello en el marco de la Directiva comunitaria (CE 2006/123) relativa a los Servicios en el mercado interior; Directiva que excluye el principio de la libre prestación de servicios en "*los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados*" (Preámbulo, 88).

En este marco se llega a cuestionar la existencia de los Colegios profesionales o, al menos, la colegiación obligatoria allí donde ésta, como sucede en España, se exige para el ejercicio profesional y puede significar una barrera de acceso o de entrada en una profesión; o una barrera de ejercicio, en forma de regulación de ese ejercicio en materias de precios, publicidad, forma jurídica de los prestadores de servicios o incompatibilidades; regulación que también se cuestiona, especialmente en cuanto procede de los propios Colegios profesionales.

La abogacía no puede rehuir el debate y dejar de profundizar en la transformación social y económica de nuestra profesión y del medio en el que se presta. Al contrario, tenemos que aprovechar el debate y participar activamente en él para resaltar cómo nuestros Colegios de Abogados, aunque naturalmente ofrezcan servicios a sus colegiados, y deban prestarlos en mayor y mejor medida, no se justifican, en su obligatoriedad, por tales servicios, sino por el servicio público a la sociedad y la tutela del interés general insito en la tutela judicial efectiva y en la realización del valor de justicia, que es el escenario y la herramienta de la abogacía.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

De ese modo, la regulación del acceso y del ejercicio de la profesión que los Colegios de Abogados comportan deben superar el test de proporcionalidad que permite comprobar hasta qué punto la normativa profesional contribuye verdaderamente al interés general y puede justificarse objetivamente, tal y como ya consideró en 2004 el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia del caso Cipolla (C-94/04 y C-202-/04), relativa a los servicios profesionales de la abogacía: *"La protección por una parte de los consumidores, en particular, de los destinatarios de los servicios judiciales prestados por los auxiliares de justicia, y, por otra parte, de la buena Administración de Justicia es un objetivo que se encuentra entre los que pueden considerarse razones imperiosas de interés general que permiten justificar una restricción a la libre prestación de servicios siempre que se cumpla el doble requisito de que la medida nacional controvertida en el litigio principal, sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo."* Así son los fines de interés general a los que tenemos que atender prioritariamente los Colegios de Abogados.

Así, en España, la gestión de la asistencia jurídica gratuita que, por imperativo legal, corresponde a los Colegios de Abogados; o la extensión voluntaria de una función similar a través de servicios de orientación o asistencia jurídica, sea mediante convenio o no con Administraciones públicas. Y, en términos parecidos de tutela de intereses generales, el control deontológico de la profesión, que sólo se puede llevar a cabo de una manera independiente a través de los Colegios de Abogados. O la formación para el acceso a la profesión de Abogado, como se contempla en la Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, todavía sin desarrollo reglamentario, que reserva al Consejo General de la Abogacía un papel en la homologación de las Escuelas de Práctica Jurídica que pueden organizar e impartir cursos que permitan el acceso a la profesión, y en las pruebas de evaluación de la aptitud profesional; y, sobre todo, atribuye a los Colegios de Abogados la función de celebrar convenios con las universidades



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

para establecer la fijación del programa de prácticas, la designación de los tutores, los lugares o instituciones donde se efectuarán las prácticas y los mecanismos de control de su ejercicio.

Algo semejante, aunque sin ese carácter regulado, sucede con la formación continuada del abogado como garantía de la calidad en la prestación profesional necesaria en una sociedad cada vez más exigente y donde la excelencia profesional ya no es un valor añadido que califica positivamente la actividad desplegada por el Abogado, sino un requisito de su ejercicio. Ante la multiplicidad y heterogeneidad de los centros públicos y privados de formación especializada que hoy hay para nuestros profesionales, los Colegios de Abogados deben desempeñar una importantísima función de articulación, garantía de calidad y genuina orientación práctica, del sistema formativo, sin perjuicio de que también puedan ser actores en el proceso de formación.

No son justificaciones marginales de interés público a la actividad colegial para defender corporativamente el estado actual de nuestra regulación, comprendida la posición de los Colegios de Abogados. Bastaría con mencionar aquí la defensa del derecho de defensa allí donde se compromete, especialmente en la actuación ante los Tribunales de Justicia donde la decisión, sea de fondo o procesal, afirma o niega el derecho de la parte, del justiciable.

Esta es la esencia de los Colegios de Abogados, lo que justifica su existencia y lo primero que se compromete allí donde se hacen desaparecer los Colegios o se debilitan hasta que su irrelevancia jurídica o social les impide cumplir estas funciones, que requieren de un Colegio de Abogados fuerte, con voz y peso institucional para hacerse oír en situaciones de conflicto o de crisis.

Sin embargo, no puede obviarse la tendencia a la desregulación y el incremento de la competencia efectiva en los mercados de servicios profesionales que al día de hoy, y sin merma para la validez de los principios generales que hemos enunciado, significa no sólo la multiplicación y diversificación de las profesiones jurídicas, sino la aparición de actividades



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

profesionales, no ligadas ni a la titulación en derecho ni a la colegiación como abogado, que ocupan espacios que hasta hace poco entendíamos reservados *de facto* o *de iure* para los juristas o los abogados. Así, por ejemplo: la creciente importancia de los graduados sociales en los conflictos y hasta en los procedimientos laborales; la entrada de otros profesionales, como psicólogos y asistentes sociales, en funciones de mediación y conciliación; o la apertura, por razones constitucionales o de tutela de derechos fundamentales, de determinados procesos en que estos derechos están en juego, como los que se sustancian ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a la actuación directa, sin dirección letrada, de los propios interesados, o a la actuación representativa de quienes, no siendo ni abogados ni tal vez juristas, tienen sin embargo un expertizaje y una competencia técnica en la defensa de los intereses comprometidos que, en no pocas ocasiones, mejoran las prestaciones de los profesionales del derecho, o, al menos, de algunos profesionales del derecho.

No puede esperarse otra cosa en un mundo abierto y en competencia. A los juristas nos corresponde abordar e impulsar este debate para trazar los límites a partir de los cuales el interés general requiere de la cualificación de la profesión jurídica, colegiada o no, y hasta donde pueden y deben operar principios más acordes a la libre competencia o a la libertad de establecimiento.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

### **4.- El progreso de la incertidumbre.**

En este proceso de transformación hay un factor objetivo de importancia capital, porque afecta no sólo al modelo de "derecho"; sino a la función de los profesionales y, sobre todo, de los abogados: el progreso de la incertidumbre.

El proceso histórico de la codificación tuvo en el siglo XIX, bajo el modelo común del código napoleónico, un designio de certeza jurídica por el que se quería poner fin a la multiplicidad inabarcable de las fuentes del derecho en lo que Calasso considera la larga época del derecho común, que iría desde la edad media hasta la codificación misma. Era un derecho producido por acumulación histórica a partir de las fuentes romanas, en una sucesión estratificada, asistemática y fragmentaria de glosas, comentarios, *consilia*, tratados y, esporádicamente y en términos cuantitativamente mucho menores, normas dictadas por lo que podríamos llamar los incipientes poderes públicos, a veces reflejo de costumbres más o menos locales, versiones aproximadas de las fuentes romanas tamizadas por el estudio de los jurisprudentes, o puras emanaciones organizativas de fuentes del derecho público. Un derecho disperso extensionalmente y en su dimensión temporal; incierto.

Los Códigos cumplían un papel de pedagogía social, para dirigir a la comunidad un mensaje de nuevo orden, emanado de la voluntad del pueblo expresada a través de la Ley como fuente única del derecho, aunque en lo material seguía tratándose del material romano pasado por esa decantación jurisprudencial histórica y más próximamente por el orden racional del pensamiento humanista y iusnaturalista y el sistema de conceptos de la pandectística alemana. Los Códigos encerraban aquel derecho disperso e incierto en un espacio bidimensional y plano presidido por el principio del tercio excluso, sin contradicción y sin lagunas: todo el derecho posible y un derecho cierto. Paralelamente, los jueces ni podían dejar de juzgar pretextando el silencio o la oscuridad de la Ley, expresión de un derecho consistente y completo, tal y como decían la práctica totalidad de los primeros códigos civiles. Tampoco, bajo el principio de la separación de poderes, podían los jueces



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

intervenir en el proceso de creación del derecho, que asimilaría el poder judicial al legislativo, mediante una interpretación de las normas que fuera más allá de ese proceso lógico, mecánico, que veía en todo acto de aplicación normativa una suerte de silogismo jurídico.

Hasta aproximadamente la mitad del siglo XX, el derecho se ha movido dentro del modelo de la codificación; pero padeciendo progresivamente los efectos de una multiplicación de normas sectoriales dirigidas a tutelar intereses generales y a dar respuestas específicas a una realidad social y económica cada vez más compleja y tecnificada. En esa situación, que Irti ha llamado "*la edad de la decodificación*", los Códigos civiles perdieron su función de centro del sistema del derecho privado (o del derecho todo, como sucedía con el *vetus ius civilis* romano); función que para la totalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto ha pasado a estar desempeñada por las Constituciones como fuentes de principios y valores y referentes de certeza y seguridad jurídicas, principios que ellas mismas proclaman y encarnan.

Sin embargo, también ese modelo hace crisis cuando la Constitución no es suficiente para enfrentarse al pluralismo jurídico en materia de fuentes del derecho, tanto en el orden local e intraestatal, como en el supranacional o comunitario; y al desbordamiento del propio concepto de derecho, donde cada vez cobran más importancia las decisiones de los reguladores basadas en principios generales y conceptos jurídicos indeterminados que poseen, al propio tiempo, un alto contenido técnico, extrajurídico y valorativo.

Las reglas jurídicas dejan de expresarse en los términos abstractos del Código civil, donde el propietario se opone al no propietario o al titular de un derecho real limitado; y el acreedor al deudor, o el fiador al deudor garantizado, y el arrendador al arrendatario, en distinciones simples y básicas que parece que no pueden dejar de ser como son. Ihering hablaba en ese sentido de la química del derecho para referirse al derecho de obligaciones y su carácter necesario, donde el jurista iba a la búsqueda de aquellos elementos simples cuya



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

combinación explicaba, como en el *ars combinatoria* de Raimundo Llull o de Leibniz, la totalidad de las instituciones y relaciones jurídicas. Por debajo de la diversidad de éstas había algo así como un alfabeto universal con el que hablaba el lenguaje del derecho, y cuyas reglas le correspondía descubrir al jurista. Leyes -las de las normas- regidas por leyes -las de ese lenguaje - precisas. Un espacio de certeza.

Cuando en 1974 nuestro Código civil prohibió el abuso del derecho y su ejercicio antisocial, y exigía que los derechos subjetivos -aquél antiguo dominio de libertad- tuvieran que ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe para reconocer eficacia al acto de ejercicio, una parte de la comunidad jurídica temió qué fueran a hacer los jueces con normas tan generales e indeterminadas, que reclamaban dosis tan altas de arbitrio judicial. Al tiempo, la jurisprudencia pasaba a “complementar” el ordenamiento jurídico, como si los tribunales se asimilaran a los legisladores y pudiera quebrar el viejo axioma de la separación de poderes. Era el riesgo de la inseguridad, que, por supuesto, no sobrevino con el prudente ejercicio de la función jurisdiccional. Aquellos principios coloraron las resoluciones judiciales, haciéndolas más abiertas a los fines y componentes valorativos, pero pocas veces fundaron por sí solas una decisión y cuando lo hicieron, estaba justificado. No cambió el modelo de derecho y su aspiración a la certeza.

Ahora sí lo está haciendo. El problema no es conceptual, sino práctico. Si hoy una gran compañía, de cualquier lugar del mundo, quiere realizar una operación de concentración económica, adquiriendo otra que opera, aun parcialmente, en el mismo sector y cotiza en algún mercado secundario oficial, y debe lanzar una oferta pública de adquisición de valores, difícilmente puede saberse *a priori* si la operación va a poder realizarse o no; si el ordenamiento jurídico y el conjunto de instituciones que lo rigen, van a poder darle una respuesta afirmativa o negativa en forma de autorización o denegación, con condiciones que tampoco están del todo legalmente predeterminadas, y en un horizonte temporal extraordinariamente variable -pero dilatado- e incierto.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

Frente al rigor lógico, casi *more* geométrico, de los preceptos del Código civil en materia de obligaciones y contratos (la química del derecho que decía Ihering), el art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia dice que, previa la tramitación del expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia, apreciará "*si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado*", basándose en el análisis de sus "*efectos restrictivos, previsibles o contrastados*". El nivel de generalidad, indeterminación y apertura hacia la realidad económica y técnica de los conceptos de la norma es máximo. Aunque se vaya formando un cuerpo de doctrina a cargo de los reguladores implicados, difícilmente la respuesta puede ser previsible. Añádase a eso que la actuación de los reguladores es, de ordinario, revisable en sede jurisdiccional contencioso-administrativa; que junto a los reguladores nacionales están los comunitarios; y que en todos esos procesos, como de hecho ha sucedido, se puede suscitar la actuación de los Tribunales sin esperar a la actuación de los reguladores, invocando ante la jurisdicción las mismas normas que aquellos han de aplicar.

Procesos y operaciones de gran relevancia para la economía y los mercados se vuelven imprevisibles, siendo extremadamente difícil racionalizar *ab initio*, para los operadores implicados, incluyendo los asesores legales, cuál vaya a ser la respuesta del ordenamiento jurídico y, dentro de él, las múltiples instancias que, de un modo u otro, han de intervenir en -o pronunciarse sobre- la operación para aprobarla, rechazarla, suspenderla o condicionarla y cuándo.

Se trata de un proceso absolutamente general, global que afecta a todos los ordenamientos, y que otorga una mayor importancia a la función jurisdiccional, garante de cualquier conflicto y límite siempre a la actuación de los poderes públicos. Este proceso conduce, probablemente, a un cambio de paradigma jurídico tan importante como el que supuso en su día el proceso codificador: ese derecho que, desorganizado y múltiple en la Edad Media y en la duradera noche (¿lo fue realmente?) del derecho común, se había simplificado,



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

ordenado y compilado en las Codificaciones, se está ahora desbordando y multiplicando, como si recorriese el camino inverso. También pierde neutralidad valorativa y la abstracción y la lógica se contaminan de elementos técnicos que permiten una extraordinaria discrecionalidad. Se vuelve a hacer incierto.

Esa incertidumbre afecta a la función del abogado que es -o era- un factor de certeza, al hilo de la aspiración de certeza del derecho mismo, y que ahora se enfrenta con las normas abiertas, los conceptos jurídicos indeterminados y la incertidumbre esencial del resultado. Su función es puramente de medio, de actividad, mientras que la certeza es un fin, ligado a la predecibilidad, sea del resultado de una operación debidamente diseñada y ejecutada, o sea de su labor de esclarecimiento y fijación *sub specie iuris*. El abogado se limita a prestar un servicio más, como el asesoramiento económico, de competencia o estratégico a cargo del director financiero o de los responsables en la empresa de estas áreas. El abogado, o el asesoramiento jurídico que presta, se tiende a convertir así en una *commodity*: un activo más o menos fungible y sustituible, cuya prestación se mide por horas, no por calidades, y se compara por precios.

Y frente a los actuales conflictos, el problema es de vehículo o cauce: nuestros tribunales no están preparados para abordar litigios con el grado de complejidad y la dimensión técnica de los que genera hoy la vida de interrelación social. Cuando esta clase de problemas se elevan a la jurisdicción se producen enormes disfunciones y, a veces, sentencias desconcertantes. Tampoco la celeridad del tráfico económico admite la judicialización de los conflictos. De hecho, los conflictos de que estamos hablando se producen y resuelven -cuando se resuelven- ante el regulador. Y ahí el abogado es un interlocutor de otro estilo: tiene que inspirar confianza, estar muy próximo en la interlocución a la empresa y a quien tiene que evaluar la operación.; ofrecer alternativas que surgen del diálogo, responder rápidamente a la objeción o la sugerencia. Naturalmente, este estado de cosas no es el de toda la abogacía; pero genera una nueva función de la abogacía.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

### **5.- La influencia de nuevos factores económicos de cambio en la abogacía.**

Si proyectamos estas ideas sobre la que parece ser la situación en los próximos años, el resultado podría ser el siguiente:

#### **a) El incremento de la abogacía no contenciosa y la prevención del riesgo.**

Se trata de una continuación del proceso que ya vivimos: frente al “*abogado de toga*”, se incrementará aún más, en el cómputo relativo de las funciones posibles dentro de las profesiones jurídicas, la abogacía no contenciosa, ajena al ejercicio ante los tribunales, sean jurisdiccionales, como de costumbre, o arbitrales. En consecuencia, se potencia la profesión legal en la función promocional del derecho ordenadora de la vida social y la abogacía queda integrada en la propia actividad económica, participando en mayor medida en la toma de decisiones empresariales. El asesoramiento jurídico, se preste dentro o fuera de la empresa, deja de ser algo externo, o adicional, a la decisión: está formando parte de la decisión misma, de su gestación.

Y como consecuencia también se ha de reforzar la especialización del asesor legal, no ya por jurisdicciones, ni por disciplinas o materias, sino por sectores de actividad empresarial: el derecho de la energía, del medio ambiente, del mercado de valores, de los seguros, del sector financiero, de la alimentación o de la distribución, del transporte, segmentándose las actividades económicas horizontal y verticalmente.

Esta abogacía de asesoramiento se orienta así no sólo a la prevención del conflicto, sino a la prevención del riesgo, que ya es en sí mismo un desvalor económico. Riesgo es, en este sentido, toda situación, o toda cualificación de una situación, capaz de generar una contingencia, un pasivo, una obligación, una responsabilidad, o una pérdida de valor. Tanto el riesgo operativo o de negocio, como el riesgo regulatorio o de *compliance*, sea la fuente de éste heterónoma o autónoma, cuando es la propia empresa, el propio sujeto, quien se



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

autoimpone mecanismos de control cuya no observancia tiene que considerarse por sí misma riesgosa y tiene por ello que comprobar y desvelar.

La *Serbanes Oxley Act* de 2002, contenía una sección específica, la 7245, luego desarrollada con gran prolijidad, para establecer reglas de responsabilidad profesional para abogados que, de cualquier modo, actúan en representación o defensa de emisores, incluyendo los abogados internos, de modo que tuvieran la obligación de informar de cualquier indicio de quebrantamiento de una norma o de un deber fiduciario dentro de la compañía, o por un agente actuando por cuenta o en interés de la compañía, al responsable de la asesoría jurídica o al primer ejecutivo de la entidad, y si éstos no respondiesen adecuadamente, al Comité de Auditoría del Consejo de Administración, que extiende sus funciones mucho más allá del ámbito originario de la auditoría de cuentas, para comprender todo el riesgo operativo o de negocio de una sociedad, y donde también los abogados, internos o externos, tienen que intervenir cada vez más en los muy costosos procesos de cumplimiento y autoevaluación para excluir posibles riesgos.

### ***b) La importancia de la conciliación, la mediación y el arbitraje.***

Entre el abogado preventivo y el abogado del conflicto cobrará cada vez más importancia el abogado de la conciliación y la mediación; en todos los sectores de la actividad, no sólo en el económico o comercial, también en el personal y familiar. El abogado posee, por su actividad profesional y experiencia, lo que en la jerga educativa de hoy en día son las destrezas, habilidades y competencias idóneas para la mediación, para la sumisión a contradicción dialéctica de los intereses de una parte en la búsqueda de una solución transaccional.

La generalización de esa actividad la extiende, incluso, al campo de lo jurídico público y legislativo: los abogados como “mediadores”, tal vez en sentido amplio, entre personas físicas, empresas individuales o colectivas, asociaciones de consumidores o de ciudadanos,



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

agrupados sectorialmente o por cualesquiera centros de interés, de un lado, y los poderes públicos, como tutores del interés general, de otro, sea en el poder ejecutivo o en el legislativo. Esa “mediación” expresa el contacto negociado entre agentes sociales y organizaciones y poderes públicos, generalizándose en la fase preparatoria de los procesos legislativos o regulatorios, en forma de representación de intereses colectivos para el traslado de posiciones y demandas, la negociación o el mero asesoramiento.

Tampoco hay duda de la creciente importancia del arbitraje comercial, tanto del doméstico como del internacional, imprescindible por razones de neutralidad negocial, para evitar la dependencia de la jurisdicción de una de las partes contratantes. Sin embargo, la perspectiva de futuro no es únicamente la del crecimiento lineal de los arbitrajes mediante la extensión en el tiempo y en el espacio del arbitraje que, como institución, hoy conocemos.

Las razones que, como diremos, conducen a procesos judiciales más complejos no hay motivo para que no operen de modo semejante en el mundo del arbitraje. Lo hacen, debilitando la pretensión de rapidez y eficacia que le es consustancial: la presión por “ganar” el arbitraje, o dificultar y demorar la pérdida, ejercida desde clientes bien asesorados, conscientes de sus derechos y de las responsabilidades del abogado, o del equipo de abogados, conducen a importar desde la jurisdicción hacia el arbitraje técnicas de excepción e incidencia procesal, cuando no a interferir el arbitraje con la jurisdicción.

Los arbitrajes tienden a sustanciarse en períodos mucho más largos y a detenerse en sus inicios demasiadas veces por excepciones e incidentes. Y en el arbitraje, aún en mayor medida que en la jurisdicción por influencia de la práctica de abogados (y árbitros) procedentes de sistemas de *common law*, el proceso se focaliza en la revelación de información y documentos dando lugar a esa mayor intervención del tribunal arbitral en la práctica de las pruebas, regularmente antes de los *hearings* finales, lo que obliga a los árbitros a concertarse, con o sin las partes, consumiéndose tiempos adicionales. La rapidez y la eficacia del arbitraje parecen estar en entredicho.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

### ***c) La transformación del procedimiento judicial.***

La creciente complejidad de la vida económica llevará muy probablemente al aumento de los procesos judiciales. En los últimos años, tal y como en España demuestran las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial y los números ciertos de que disponemos en el Colegio de Abogados de Madrid, deducidos de la gestión de la asistencia jurídica gratuita a los ciudadanos sin recursos que organiza el Colegio, el número de procesos ha crecido en una secuencia extremadamente difícil de asumir y procesar por abogados y tribunales, sin medidas excepcionales de mejoras materiales, organizativas y, sobre todo, de gestión, que no se están adoptando.

Pero junto a este incremento del número de los procedimientos concurre otro factor que lo agrava: la creciente complejidad del proceso, que seguramente hará de él algo diferente del que nació de nuestras leyes procesales.

No es ajeno a este fenómeno la presión de los clientes sobre los abogados, que se saben “vigilados” por empresas o particulares probablemente bien asesorados al margen del letrado interviniente en el proceso, bien por abogados internos, si se trata de una empresa, bien por la posible consulta a otros letrados, algo normal en un mercado cada día más abierto y dinámico. También la presión de la responsabilidad profesional, cada vez más exigida y otorgada por nuestros jueces y tribunales. Basta introducir en una base de datos de jurisprudencia la voz “*responsabilidad civil profesional*” para comprobar que, en los últimos años, la mayoría de las sentencias que aparecen bajo ese criterio de búsqueda tratan de la responsabilidad de los profesionales del derecho que actúan en el proceso: abogados y procuradores (con clara “ventaja” para los primeros).

Como reacción, el abogado se ve obligado a desarrollar toda la imaginación posible y a promover todos los recursos e incidentes imaginables, apurando al límite -y a veces más allá del límite- las posibilidades formales de la defensa:



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

- La multiplicación y focalización de las cuestiones procesales previas, que lastran las actuaciones y dilatan extraordinariamente la duración total del proceso: cuestiones de jurisdicción, foro, pluralidad de partes, pluralidad de procesos que generan acumulaciones y litispendencia, o que pueden producir cosa juzgada, entre otras.
- La tutela de intereses colectivos o difusos, contemplado ya en nuestras leyes procesales, creando un caldo de cultivo favorable a las *class actions*, donde la singularidad del caso puede reflejar la totalidad del problema social, incluida la posibilidad de indemnizaciones punitivas análogas a las de otros sistemas.
- La focalización del proceso en la revelación de información y documentos, dando lugar a una mayor intervención del órgano jurisdiccional en la práctica de las pruebas, y a un mayor compromiso del abogado para su aportación y práctica. Frente a la idea de que cualquier postura procesal es legítima, si sirve al interés del cliente, nos enfrentamos al incremento de las obligaciones de la buena fe procesal y a la cooperación al resultado veraz y justo del proceso.
- La búsqueda de un balance de calidad entre la esforzada actuación de los abogados y la respuesta del tribunal. No será posible mantener la extraordinaria asimetría actual. La calidad y complejidad de los escritos forenses producidos por los abogados ha crecido enormemente en los últimos años. La calidad de la prestación profesional ya no es un plus que se añade a determinadas actuaciones, sino un prerequisite del encargo y de la prestación. La organización y especialización de los despachos profesionales va también en ese mismo sentido. Sin embargo, las resoluciones judiciales se siguen dictando casi con los medios de siempre, más el ordenador para el proceso de textos y el acceso a las bases de datos; con medios semejantes pero con mucha más presión, por el número y la complejidad de los asuntos que pesan sobre el juzgado. El efecto combinado de todos estos factores: un enorme, probablemente intolerable, desbalance entre lo que pone el profesional y la parte



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

que lo apoya, y el producto que se obtiene en forma de sentencia. Una asimetría que también comienza a verse en el mundo del arbitraje, sujeto a una suerte de mimetismo o contaminación judicial.

### ***e) La dependencia de las transformaciones económicas.***

Los anteriores vectores de transformación tienen un incuestionable sustrato económico:

Son las exigencias de la economía las que obligan a eliminar el riesgo de contingencias que pueden representar un coste empresarial o profesional; y el papel del abogado se revela esencial para ello cuando el riesgo, o las pautas para su evitación, se socializan e institucionalizan obligando a cumplir una regulación cada vez más compleja, sea autoimpuesta por un código de conducta o heteroimpuesta por una norma.

La entronización de los medios autonómicos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, son en buena medida el efecto del mayor peso relativo de la sociedad civil, que busca formas de autocomposición mucho más rápidas, económicas y controlables para las partes que unos tribunales de justicia saturados de trabajo e inciertos de resultado. Y no son sólo un medio de resolución de conflictos: un nuevo derecho va surgiendo de su actuación y de sus criterios de resolución, como una suerte de *ius pretorium* de la modernidad.

Los procesos judiciales se pliegan a su vez a los cambios económicos, aunque sólo fuera, en primer lugar, para refugio de deudores morosos que encuentran en la lentitud e ineficacia de los procesos la vía idónea para demorar en el tiempo su responsabilidad. Pero, ironías al margen, no cabe duda de que también el proceso judicial se convierte en un instrumento sofisticado de estrategias económicas y competitivas, en el que agentes económicos muy capaces lo someten a tensiones para las que históricamente no estaba preparado, por la complejidad y trascendencia económica de las cuestiones planteadas. Nunca como ahora



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

hemos visto grandes operaciones corporativas con algunos de sus aspectos en los Juzgados; nunca los Jueces y Magistrados han tenido una presencia tan mediático por la trascendencia para la opinión pública y para la vida social y económica de sus decisiones.

También hemos aludido en las páginas precedentes a la importancia de los órganos reguladores y supervisores que en ámbitos del derecho como el derecho de la competencia, el mercado de valores, el sector financiero, la energía o las telecomunicaciones, por poner ejemplos extremadamente obvios, desarrollan una red de normas, criterios de actuación y decisiones de extraordinaria importancia para la vida económica que determinan un mayor protagonismo de los abogados, obligados a tener una presencia y una interlocución constante con dichos reguladores de modo que si bien no hace mucho más previsible su respuesta sí genera una nueva forma de actuación profesional, que consume gran cantidad de recursos.

Falta por saber de qué manera la crisis económica en la que estamos instalados, como España y Portugal sabemos muy bien, puede condicionar o reorientar este proceso de cambio. Es, por ejemplo, evidente que las empresas controlan más los recursos dedicados al asesoramiento jurídico externo, internalizan más esta clase de funciones y, cuando las externalizan “midem” mucho más que antes los costes. Pero no está nada claro que esto sea el signo de una involución.

Las respuestas sociales, como los sistemas físicos por la segunda ley de la termodinámica, tienden a la complejidad. Si trazamos una flecha en una dirección arbitraria del tiempo y vemos que avanza a través de una serie de sucesos cada vez más aleatorios, su dirección será la del futuro, decía Eddington en 1929 (*The nature of physical world*). Y probablemente así suceda en el mundo de las profesiones jurídicas, obligadas a dar soluciones cada vez más precisas y mas (económicamente) eficaces en tiempos de crisis.

### **6.- Los valores sociales de la abogacía.**



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

En íntima conexão con lo que acabo de afirmar, ganando generalidad y tal vez perdiendo algo de intensidad, las profesiones jurídicas tienen que responder a la globalización del derecho, de las relaciones sociales y económicas, y de la organización de los operadores jurídicos.

Desde que explicaba, como profesor de derecho civil, los contratos de obra y de arrendamiento de servicios, siempre me ha disgustado la imagen simplista y mercantilizada del abogado definido por la relación bilateral y contractual con su cliente, como si su función se agotara en el cumplimiento de ese encargo profesional remunerado que recibe del cliente, o por cuenta de éste, si es un defensor de oficio.

El Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea contiene en su artículo 1.1 una definición de la función del Abogado en la sociedad, en su artículo 1.1, es extraordinariamente precisa: *"En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un Abogado debe servir los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer"*.

En Portugal, el Estatuto de la Orden de los Abogados tiene incluso un artículo específico, el 85, para dar cuenta de los deberes del abogado ara con la comunidad: el abogado está obligado a defender los derechos, libertades y garantías y a perseguir la correcta aplicación de las leyes, la rápida administración de justicia y la mejora de la cultura y las instituciones jurídicas. Después aparece una prolija relación de deberes más concretos. Entre ellos, no abogar contra derecho, ni usar medios o expedientes ilegales, no promover diligencias manifiestamente dilatorias, inútiles o perjudiciales para la correcta aplicación de la Ley o el descubrimiento de la verdad.

En España, nuestro Estatuto General de la Abogacía define, más parcamente, la abogacía como *"una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés*



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

*público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia*". Hasta cuando la Real Orden de Carlos IV de 1794 acordó reducir el número de abogados de Madrid, se decía que el de doscientos *"sería suficiente para el servicio público"*. La vocación de servicio público es una constante y forma parte esencial de la abogacía.

En el Título XXII del Libro V de la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1804) se recogían ya numerosas reglas que reflejaban la orientación de la abogacía al interés general:

– En la Ley III se trata del juramento que deben hacer los Abogados al tiempo de recibirse, y se afirma *"que no ayudarán en causas desesperadas, en que sepan y conozcan que sus partes no tienen justicia"*.

– En la Ley IV se manda *"que los Letrados, examinados Abogados, ... no digan ni aleguen cosa no verdadera"*.

– En la Ley VIII, recogiendo una pragmática de los Reyes Católicos de 1495, se prescribía *"que los Abogados ... no aleguen cosas maliciosas, ni pidan términos para probar lo que saben o creen que no van a aprovechar, o que no se puede probar"*.

Son muchos los aspectos de esta profesión orientados al interés general, incluso superponiéndose al interés privado del cliente si éste es, de forma patente, un interés espurio. El Estatuto General de la Abogacía española impone como deber fundamental del Abogado, en tanto que participe en la función pública de la Administración de Justicia, el de cooperar con ella de modo que en ningún caso la tutela de los intereses que se le confían pueda *"justificar la desviación del fin supremo de la justicia a que la abogacía se halla vinculada"*; y la justicia no es un nombre, un *flatus vocis*, sino un valor superior del nuestro ordenamiento jurídico a tenor del artículo 1 de la Constitución. De forma análoga, el artículo 2.3 de nuestro Código Deontológico obliga al abogado a preservar su independencia frente a toda clase de presiones, exigencias o complacencias que la limiten, aunque provengan del propio cliente.



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

Los Abogados, que están en contacto permanente con el valor superior de la justicia y los derechos fundamentales de las partes, tienen obligaciones frente a la sociedad en toda intervención profesional. Pero la tienen también más allá de esa intervención profesional.

La función social y, como consecuencia, la responsabilidad social son inherentes a la abogacía.

La responsabilidad social corporativa se ha convertido para las empresas en una exigencia del mercado -de la sociedad, por tanto- que les obliga a ir más allá de las obligaciones legalmente establecidas para atender a sus empleados, consumidores, socios o proveedores, y mejorar la situación de las comunidades donde se proyecta su acción. Deben hacerlo con transparencia, de una forma regular que tiende a homogeneizarse para facilitar la evaluación y la comparación; incluso frente al mandato básico para las sociedades mercantiles de maximizar el beneficio de sus accionistas. La contradicción puede salvarse diciendo que la responsabilidad social corporativa es necesaria para atraer inversores y fidelizar clientes y empleados; pero la exigencia es anterior a la capacidad de aprovechar sus ventajas competitivas. Lo que está en juego es un concepto integrador y axiológico de "creación de valor" o "riqueza" frente al "ánimo de lucro" a corto plazo en el puro sentido mercantil.

Pero, si eso sucede en el dominio de las sociedades mercantiles, orientadas al beneficio económico, qué no debe suceder con los profesionales del derecho, y en particular con los abogados, que operamos con el valor de la justicia como herramienta de trabajo y planteamos y resolvemos problemas complejos con el consejo, la mediación o la defensa, acostumbrados a autoexigirnos esa función social que trasciende la relación con el cliente bajo la óptica de un encargo pagado y reunimos óptimas condiciones para liderar la búsqueda de la paz social.

La profesión de abogado está sufriendo en todas partes una profunda transformación, y, sin duda, uno de los vectores más característicos de esa transformación es su internacionalización: en los clientes, en los asuntos, en los Tribunales. Y, como consecuencia,



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

en la propia estructura de los despachos de abogados. Pero ese es sólo un dato. Los abogados podemos ser referente en un mundo sin fronteras. Dicho de otro modo: queremos contribuir activamente a hacer posible un mundo sin fronteras; o, siendo más precisos, un mundo donde las fronteras no sean un factor de exclusión, sino de inclusión, para indicar hasta donde alcanza, con toda su eficacia y desde nuestra plena responsabilidad, las acciones positivas dirigidas a tutelar y conformar el interés general. Así, los valores de la justicia y la solidaridad no dependan en tan gran medida del principio de la territorialidad, insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones que se dan hoy en un espacio multidimensional donde surgen en red, frente a los Estados y sus réplicas, múltiples centros de poder interconectados, en una sociedad civil que ya no necesita del impulso oficial o de grandes medios para alzar su voz y articular un discurso plural, consistente y transformador como puede ser -debe ser- el de la abogacía y las profesiones jurídicas apoyadas en sus organizaciones, institucionales o de asociación libre y voluntaria.

En esta sociedad global en que vivimos, precisamente porque la globalización ha sobrevenido de forma espontánea y precipitada, faltan instituciones globales que ordenen las consecuencias de la globalidad. Instituciones que permitan: la gestión de la inmigración, la gestión de las desigualdades y las injusticias; la gestión de las crisis económicas generalizadas o la gestión de los conflictos internacionales. Es evidente que las profesiones jurídicas en general, y los juristas aquí reunidos, en particular, no podemos remediar todo esto; pero pocos sectores de la sociedad civil pueden ayudar mejor a superar esa carencia.

Hablar hoy de la internacionalización de la profesión jurídica, pensando en una proyección de futuro, es quedarse muy cortos. La globalización en el derecho aparecerá, precisamente, como la puesta en red de los actores y operadores jurídicos, implicados en las decisiones que conforman la vida económica y de relación. Y esa respuesta a las demandas de una sociedad global no puede quedarse en una mera adecuación técnica, estructural y organizativa al ingrediente de internacionalidad en el tráfico jurídico y a la celeridad y multiplicación de las



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

comunicaciones y la información. Tiene que haber, desde el compromiso y la responsabilidad, una respuesta axiológica, que incorpore los valores de justicia y solidaridad que demanda la sociedad actual y que, de siempre, han estado en la base del quehacer de los abogados.

Después de lo expuesto cabe quizás preguntarse si queda algún espacio para el profesional del derecho apegado a la tradición, para el abogado personal, a solas consigo mismo y a solas con el cliente, o delante de un papel o una pantalla en blanco. Como Catedrático de Derecho civil, he procurado siempre huir de las definiciones. Sin embargo, por esta vez, la definición clásica arroja algo de luz sobre lo definido: el derecho civil es el derecho de la persona de carácter más general, el que la contempla en sí misma, en el medio familiar y en su vida básica de interrelación. ¿Hacen falta tantos intermediarios (“operadores jurídicos”) y tantas aparentes complejidades para dar un consejo como jurista o llevar un pleito, como abogado, para otorgar un testamento, o para deshacer el conflicto por no haberlo otorgado; para redactar un contrato de arrendamiento de vivienda, o defender a un inmigrante en trance de ser expulsado?

El derecho, junto a tareas de enorme capacidad de transformación, ligadas en general a la actividad económica o tecnológica, conserva zonas enteras apenas sin cambios, casi iguales a hace 2.500 años. Todavía podemos leer en un Código civil el derecho a perseguir por dos días consecutivos un enjambre de abejas, o cómo pueden abrirse en la pared medianera huecos de 30 centímetros de lado, rematados con alambre de hierro. Sigo pensando que si un ciudadano romano levantara hoy la cabeza, el derecho sería uno de los pocos temas de conversación.

Las profesiones jurídicas tienen, como el derecho mismo, valores que tienden a mantenerse en el tiempo y que desde su carácter profundamente personal, individual, poseen una extraordinaria trascendencia social. Así le sucede a la abogacía con los valores de la independencia, la libertad y la defensa de los derechos humanos, que los abogados



## Conferência Internacional Os Novos Desafios da Advocacia Europeia

Jornadas em Memória do Bastonário Coelho Ribeiro

españoles nos obligamos a defender al incorporaranos a la profesión y comprometernos formal y solemnemente con los principios y valores constitucionales.

Pero, por debajo de ellos, en nuestro quehacer diario, siempre existirá la soledad de abogado ante la hoja de papel, el último día de un plazo, o a medio metro del cristal en la engañosa privacidad del locutorio en una prisión. Es desde esos valores como hay que aproximarse, en tanto que jurista socialmente implicado, al problema preventivo, paliativo, decisorio o de consejo o diseño de una actividad futura, que va a comprometer nuestra intervención profesional, sea cual sea la forma de organización del servicio jurídico. La forma, las condiciones de contorno, los métodos, son lo diverso; lo afectado por la modernización y el cambio; no la esencia de la abogacía. Con la perspectiva que da la larga historia del derecho, no es difícil mirar el futuro y orientarse en los cambios, que nosotros mismos hemos de promover en la búsqueda constante de la paz social, la solidaridad y la justicia.

Seguramente estaremos todos de acuerdo en un diagnóstico básico. A nuestra sociedad global le faltan instituciones globales para gestionar y resolver los problemas de la globalidad: los conflictos internacionales, las crisis económicas mundiales, la desigualdad. Los abogados, los jueces, los profesores de derecho, los juristas, en fin, no podemos ser meros espectadores; ni siquiera meros defensores. Tenemos la obligación de explorar el camino y proponer las reformas legislativas e institucionales que sea necesarias, tanto nacional como internacionalmente. Tenemos, además de un compromiso con las víctimas, ese contacto profesional con una parte de la realidad humana que vive en el conflicto o en la desventaja social, seguramente, más que los demás, y nos permite utilizar un lenguaje más preciso, mejor preparado para dar cuenta de la diversidad y de lo intolerable de ciertas diversidades desde la perspectiva de los derechos humanos.

***Antonio Hernández-Gil***

*Decano del Colegio de Abogados de Madrid*