

EL MERCADO DE LOS SERVICIOS LEGALES Y LA CRISIS DE LA ABOGACÍA*

Alberto M. BINDER**

Ya se ha convertido en tema habitual de nuestras conversaciones la crisis de la administración de justicia, la debilidad del Estado de derecho, el escaso cumplimiento de las leyes o la falta de preparación de jueces y fiscales, pero rara vez vinculamos todos esos fenómenos con el ejercicio mismo de la abogacía como tal. Sin duda los fenómenos antes dichos exceden el marco del trabajo de los abogados, pero también es cierto que lo que hacemos los abogados mucho tiene que ver con esos males. Hasta tal punto llega esa disociación que suele ocurrir que son los mismos abogados los peores críticos del funcionamiento del sistema judicial y legal, como si ellos fueran simples espectadores y no actores centrales en la actuación de la ley y los tribunales.

Sin embargo, los abogados son jueces —y rara vez anuentes a facilitar la incorporación de jurados—, fiscales, defensores, y su actuación es determinante para configurar el desempeño del sistema judicial. Ellos son asesores de los Poderes Ejecutivos, Legislativo y ocupan posiciones importantes en esos lugares. En términos generales, se trata de una comunidad profesional influyente en los ámbitos políticos y determinante a la hora de calibrar el valor de la legalidad en una sociedad.

Si admitimos una crisis judicial, en el sistema legal es evidente que también existe una crisis en la abogacía. En aquellos casos en los que admitimos esa crisis solemos asignarle una valor moral (falta de responsabilidad o de ética a los abogados) o de preparación producto de las deficiencias de la enseñanza del derecho. Esos factores existen y tienen

* Reproducido con autorización de *Revista Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

** Director ejecutivo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Argentina.

influencia, pero además de ellos existe una *crisis en el mercado de los servicios legales* que no suele ser advertida y menos aun afrontada.

El ejercicio de la abogacía es antes que nada un ejercicio liberal. Se trata de una profesión que se ejerce en forma privada. Este carácter de la abogacía no es menor ya que en la evolución de la defensa de los derechos individuales poder contar con un abogado (un asesor técnico) independiente, no vinculado al poder público y leal a los intereses de su defendido ha sido un avance y una conquista. Es, precisamente por ese carácter liberal, que los abogados se han agrupado en colegios y asociaciones que permiten defender el ejercicio profesional cuando debe enfrentarse a intereses que buscan doblegarlo a él y a su cliente. Es cierto —por fortuna— que también se ha avanzado en clarificar la obligación del Estado de facilitar la asistencia jurídica cuando las personas carecen de recursos o de convertir la presencia activa del defensor en una condición de legitimidad del proceso penal. Pero, en todo caso, lo que no debemos olvidar es que el derecho fundamental no es contar con un defensor público (en materia penal o civil), sino contar con un *defensor de confianza*. Analizar, en consecuencia, las variables que dificultan el acceso a un defensor de confianza es un problema central. Cuando ese acceso está dificultado por razones de pobreza ya es un tema de la defensa pública, sus modos de organización, etcétera. No es ese el tema de esta nota. Pero no todos los problemas vinculados a las dificultades para acceder a un defensor de confianza son un problema de defensa pública y es en ese segmento donde aparece la crisis del mercado de servicios legales.

Esa crisis se pone en evidencia cuando destacamos las siguientes variables:

- Existe en la mayoría de nuestros países un número creciente de abogados.
- Se ha producido un crecimiento sin control de las escuelas de leyes, de tal manera que la incorporación de nuevos abogados es permanente y en aumento. Hay un aumento también de la oferta de estudios de abogados, con costos elevados y muy dispar nivel de calidad.
- Existe un fenómeno creciente de desocupación, subempleo o falta de rentabilidad del ejercicio de la abogacía, en especial de los jóvenes abogados.
- La sociedad, en especial el mundo urbano, genera nuevas complejidades e interacciones que reclaman asesoramiento técnico tanto para prevenir conflictos como para resolverlos.

- Por lo tanto, existe un creciente número de personas indefensas, no sólo cuando están en situación de pobreza crítica sino sectores de clase media o clase media baja, para quienes acceder a un abogado de confianza y de buena calidad es cada día más difícil.

En definitiva, cada día más abogados, con menos trabajo, cada día mayores dificultades para que los abogados jóvenes puedan montar sus oficinas, una creciente necesidad de asesoramiento técnico y, finalmente, cada día más gente indefensa. Es decir, hay una crisis en el mercado de servicios legales o, mejor dicho aún, en un segmento determinado no se logra constituir un mercado de servicios legales, donde se conecten la oferta de servicios y la demanda de asistencia técnica. Así como el Estado debe encarar la solución de parte de este problema a través de la defensa pública, hoy es necesario encarar la solución de otra parte del problema mediante ayudas para normalizar o directamente crear el mercado de servicios legales en áreas o segmentos determinados. Es necesario insistir en esta idea porque existe una tendencia muy marcada a sostener que todos los problemas y dificultades en el acceso al asesoramiento técnico (uno de los problemas de acceso a la justicia) deben ser resueltos mediante los mecanismos de defensa pública o sostenida por el Estado. Ello no sólo no es posible en el plano fáctico —ya tenemos una defensa pública sobrecargada con las causas penales donde juegan otros factores y siempre está en juego la libertad personal— sino que tampoco es deseable porque debilita el carácter de profesional libre que debe tener el abogado y también debilita el valor central del principio de confianza en la selección del defensor, ya que no le es exigible a nuestros Estados, de escasos recursos, que faciliten de un modo absoluto la elección de un defensor de confianza, aunque la tendencia de todo sistema de defensa pública debe ser acercarse al modelo del defensor de confianza.

Por lo tanto hay un segmento del problema, hemos dicho, que debe ser resuelto en el plano del mercado de la abogacía. Usar la palabra “mercado” es correcto porque el abogado presta sus servicios a cambio de una remuneración y el cliente paga sus honorarios. El mercado de servicios legales tiene dos dimensiones —vinculado con las dos grandes dimensiones del ejercicio de la abogacía—. Por un lado, el conjunto de actividades vinculadas a la prevención de conflictos, es decir, el asesoramiento que permite que las actividades de cooperación adquieran formas estables que faciliten su desarrollo y eviten su distorsión en conflictos (por ejemplo, todo lo vinculado a la realización de contratos); por otro lado, el asesoramiento técnico cuando un conflicto se ha desatado y

debe ser resuelto en cualquiera de las instancias previstas hasta llegar al sistema judicial. La primera dimensión de ese mercado acompaña a los distintos circuitos sociales, comerciales o comunales (comercio, familia, emprendimientos colectivos, etcétera). El segundo, acompaña al sistema institucional de resolución de conflictos (desde los ámbitos de conciliación al sistema judicial). Es decir, que el mercado de servicios legales es siempre un mercado secundario que se superpone a otras actividades que ya tienen reglas propias o a circuitos de trabajo fuertemente institucionalizados.

Es evidente que no se puede tomar al ejercicio de la abogacía como un todo, ya que es muy diferente cómo actúa hoy el asesoramiento legal a las empresas (en ambas dimensiones) a la actuación que tiene respecto de otros sectores sociales. Un abogado que es asesor de inversiones sabe que él debe darle forma jurídica a negocios complejos o debe anticiparle al inverso los conflictos que pueden afectar a su inversión. También sabrá cómo litigar en sistemas de arbitraje porque tiene clara conciencia de que debe evitar ingresar al sistema judicial ordinario. En el otro extremo, la defensa pública explora nuevas formas organizativas tratando de sobreponerse a la sobrecarga endémica que le produce la creciente incapacidad de sectores sociales de acceder a la asistencia jurídica. Quizás el problema comienza con el hecho de que los dos grandes paradigmas de comprensión del ejercicio de la abogacía están precisamente en *ambos extremos*. El modelo de la abogacía para clientes con recursos y el modelo de asistencia al que carece absolutamente de recursos. En medio de ambos, hemos trabajado mucho menos en desarrollar un modelo de ejercicio de la abogacía para personas de escasos recursos, es decir, que tienen alguna capacidad —pero limitada— de contratar los servicios de la abogacía. Claro que el problema no es nuevo y se han desarrollado instrumentos (el pacto de cuota *litis* por ejemplo o ciertas formas de gratuidad). Pero actualmente las condiciones de muchos de los circuitos de base (comercio, familia, etcétera) y, en especial, las condiciones de funcionamiento del sistema judicial, han distorsionado o vuelto insuficientes esos pocos instrumentos.

La primera afirmación, en consecuencia, es que el acceso a la asistencia técnica de un abogado por parte de los sectores medios, medio-bajos y algún segmento de los sectores bajos de la sociedad (según bajo qué parámetros estemos realizando esta clasificación) no es un problema de defensa pública sino de reorganización del mercado de servicios legales.

Por supuesto, algunos sostendrán que esa reorganización debe darse por acción de la “mano invisible” del mercado que llevará, tarde o

temprano, a un equilibrio de máxima eficiencia en la asignación de los recursos. Dejando de lado la discusión sobre la ingenuidad o el carácter ideológico de esa premisa, lo cierto es que ella tampoco puede actuar cuando existen factores institucionales de alta incidencia en la distorsión de ese mercado.

En primer lugar, en la gran mayoría de los países no existen mecanismos de control de la cantidad de abogados que pueden recibirse. Es discutible también que deban existir esos controles, pero el modo como se han desarrollado las escuelas de derecho y la ausencia de controles de calidad no es una forma razonable de resolver este debate. De todos modos, ante la crisis de indefensión que produce el estado actual del mercado de servicios legales, la cantidad de abogados es un problema menor, si es que ella ha de ser un problema. De mucho mayor peso e influencia es el estado de burocratización del sistema judicial que produce un aumento inmenso del costo del ejercicio de la abogacía, lo que se traslada inexorablemente a los usuarios. En la gran mayoría de nuestros sistemas, la mora judicial y el exceso de ritualismo hacen que la cantidad de tiempo y trabajo que se le deba poner a un caso sean excesivos en relación a la importancia de ese caso y a las posibilidades económicas de los clientes. En la actualidad estas dos variables —mora y ritualismo— constituyen las dos principales causas del encarecimiento del trabajo del abogado. Pongamos un ejemplo simple: si un cliente solicita el asesoramiento para encarar un incumplimiento de contrato, si este no puede ser resuelto por vías informales o conciliatorias —lo que es deseable y por ello hay que expandir esos servicios—, las posibilidades de contar con un ámbito dónde resolver este litigio en una sola audiencia son muy remotas. El costo del asesoramiento para un caso que se resuelve rápido y en una sola audiencia es uno; otro será si por lo menos el abogado debe calcular varios meses de tramitación. Por otra parte, una es la forma de organizar el trabajo para el abogado que puede asumir muchos casos (en los que cobrará poco, pero finalmente, por la sumatoria, le permiten generar un ingreso razonable) y otra será la situación del abogado que para lograr ese efecto acumulativo debe tomar cientos de casos, porque ello implica una inversión en la organización de su bufete u oficina que normalmente —sobre todo los abogados jóvenes— no pueden asumir. Asimismo, esta situación ha impedido que mecanismos de uso común como los seguros médicos o las obras sociales puedan ocuparse de ampliar sus servicios hacia estas áreas. Imagínese el lector qué sistemas de seguros médicos resistirían si para cada atención menor se necesitara de un año de internación en un hospital.

El ejemplo es burdo, pero nos muestra la distancia que existen entre unas y otras prestaciones de servicios.

En esta dimensión la crisis del mercado de servicios legales es el reflejo del bloqueo que produce un determinado grado de burocratización del sistema judicial para ciertos sectores de la sociedad. Lo que ocurre —y es aquí donde el círculo se convierte en vicioso— es que ese grado de burocratización del sistema judicial lo producen —en gran medida— los propios abogados. Otro ejemplo simple nos ayudará: para lograr un funcionamiento judicial sobre la base de audiencias únicas y simples se necesita un tipo de abogado que sepa preparar el caso, que no litigue sobre cuestiones formales, que respete ciertas reglas de juego sobre la demora, que no busque la frustración o la suspensión de las audiencias, etcétera. Aquí encontramos otra dificultad: el abogado que está en capacidad de hacer eso no es precisamente el que producen la gran mayoría de nuestras escuelas de leyes, mucho más preparados para el trámite y la complicación que para el litigio y la simplicidad. ¿Por qué razón el conjunto de los abogados no reacciona frente a este fenómeno? Sin duda, por muchas razones (que van desde la falta de percepción de este problema hasta las características centrales de la cultura jurídica), pero la ilusión de que en algún momento se ingresará al segmento de mayor rentabilidad del ejercicio de la abogacía cumple también un papel. Ilusión que se desmiente por los miles de abogados que quedan en el camino y que produce situaciones masivas de indefensión.

Cuando se produce una situación de parálisis de este tipo (algo así como las “tablas” en el ajedrez) es necesario utilizar instrumentos externos. En este caso, se necesita la conjunción de acciones de política judicial que lleven adelante el Poder Ejecutivo y los órganos de gobierno del Poder Judicial, acciones de acompañamiento de los colegios públicos de abogados, allí donde existan. Tengamos en cuenta además que dado el monopolio de actuación que reclaman los abogados (quienes han sido muy activos en defender el monopolio de sus competencias en nuevos ámbitos como la conciliación o mediación, la actuación ante jueces de paz o tribunales vecinales, etcétera) produce un fenómeno de falta de acceso a la justicia. Aquí los abogados actuamos como el perro del hortelano, que ni prestamos un servicio ni dejamos que otros lo presten.

La conformación de un mercado allí donde no existe o la reorganización de un mercado distorsionado requieren de acciones estatales y subsidios (entendiendo por subsidios algo mucho más amplio que la inyección de dinero en ese mercado de un modo artificial). Ayuda para simplificar el sistema judicial, para modificar la cosmovisión de los abo-

gados, para organizar el trabajo, para regularizar y asegurar los honorarios, para estructurar las oficinas, para establecer controles de litigio que no arruinen un plan de simplificación, en fin, respuestas complejas para un problema complejo, pero que finalmente permitirá volver más eficientes grandes cantidades de recursos sociales que hoy están subutilizados y producen tanta indefensión como frustración en la comunidad profesional.