



# PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia  
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

**Junio 1994**

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

*Decano:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

*Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:*

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

*Suplente:*

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

*Por los profesores titulares:*

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,  
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

*Suplentes:*

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,  
Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

*Por los profesores protitulares y adjuntos:*

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

*Suplente:*

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

*Secretario Académico:*

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Secretario de Redacción:*

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

*Junta Asesora:*

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,  
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,  
Dr. JOSE O. CLARIA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

# PRUDENTIA IURIS

NUMERO 34

JUNIO 1994

---

## SUMARIO

<i>Rodolfo Blaquier</i> : El abogado interno de empresa en la Argentina .....	5
<i>Alfredo Di Pietro</i> : Res Publicae .....	57
<i>Dino Luis Bellorio</i> : La problemática ambiental en el ámbito del MERCOSUR y el NAFTA .....	69
<i>Mireille Delmas-Marty</i> : Hacia un modelo europeo del proceso penal .....	85
<i>Néstor Daniel Villa</i> : Panorama de las relaciones Iglesia Estado en el Río de la Plata .....	93
Notas Bibliográficas .....	103

*Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.  
Queda hecho el depósito que marca la ley.*



# EL ABOGADO INTERNO DE EMPRESA EN LA ARGENTINA

RODOLFO BLAQUIER

SUMARIO: I. OBJETO Y CONTENIDO DE ESTE TRABAJO. 1.1 Objeto. 1.2. Contenido. II. CONCEPTO DE ABOGADO INTERNO. 2.1. Introducción. 2.2. Concepto de abogado interno. 2.3. Características esenciales. III. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ABOGADO INTERNO Y EL EXTERNO. 3.1. Semejanzas. 3.2. Diferencias. 3.3. Ventajas y desventajas. IV. PRINCIPALES FUNCIONES DEL ABOGADO INTERNO. 4.1. Introducción. 4.2. La función del abogado interno según la naturaleza de la organización en que trabaja. 4.3. Principales funciones. 4.4. Clasificación de las principales funciones. 4.4.1. Según las relaciones que comprende. 4.4.1.1. Relaciones y estructura interna de la empresa. 4.4.1.2. Relaciones externas de la empresa. 4.4.2. Según las tareas que realiza. V. ACTUACIÓN DEL ABOGADO INTERNO. VI. EL ABOGADO INTERNO EXITOSO. VII. CAUSAS POR LAS CUALES LAS EMPRESAS UTILIZAN ABOGADOS INTERNOS. VIII. LA UTILIZACIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS POR LAS EMPRESAS. 8.1. El abogado externo independiente y el estudio jurídico. 8.2. Las funciones del abogado externo y del interno. 8.3. Causas por las cuales las empresas utilizan abogados externos. 8.3.1. ¿Por qué hay empresas que no tienen abogados internos? 8.3.2. ¿Por qué hay empresas que teniendo abogados internos también consultan a abogados externos? IX. ESTRATEGIA DEL ÁREA LEGAL DE LA EMPRESA. X. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS LEGALES DE LAS EMPRESAS EN LA ARGENTINA. 10.1 ¿Cuándo crear el área legal? 10.2. Características del área legal. XI. LA ÉTICA PROFESIONAL Y EL ABOGADO INTERNO DE EMPRESA. 11.1. Introducción al concepto de ética. 11.2. Ética y normas. 11.3 Ética y derecho. 11.4 Breve noción del contenido de las normas jurídicas. 11.5. El abogado interno y la ética. 11.6. Conductas éticas del abogado interno. Fuentes de información de este trabajo. Notas.

## I. OBJETO Y CONTENIDO DE ESTE TRABAJO.

1.1. Objeto: Referirse a la función, actividad y problemática ética específica del abogado interno de empresas comerciales en la Argentina <sup>1</sup>.

1.2. Contenido: Se compone de un texto, cuyo sumario figura en las páginas anteriores, y notas explicativas y ampliatorias.

## II. CONCEPTO DE ABOGADO INTERNO

2.1. Introducción: Con el avance de la cultura <sup>2</sup>, las relaciones sociales se van haciendo más complejas. Una de las manifestaciones del progreso cultural comenzó con la división del trabajo y la consecuente y progresiva aparición de profesionales <sup>3</sup>.

Aun en la actualidad surgen profesiones, como las relacionadas con la computación (analista de sistemas, por ej.), acerca de las cuales pocas décadas atrás siquiera imaginábamos. También hoy día, profesiones clásicas tales como el derecho<sup>4</sup> adquieren nuevas facetas.

Recordemos que hoy, aun entre los abogados, es común identificar el ejercicio de la profesión con el abogado independiente, cuya principal actividad consiste en defender a sus clientes en los juicios que se desarrollan ante los tribunales, o con la carrera judicial; éstas son las formas clásicas del ejercicio de la abogacía.

Pero, en la actualidad, se han abierto al ejercicio de la abogacía otros campos de actuación no tradicionales, que van cobrando creciente importancia.

Una de esas novedosas maneras de ejercer la profesión jurídica es la del abogado interno de empresa, acerca de lo cual intentaré dar una idea muy general, referida especialmente al que trabaja en una empresa comercial privada en la Argentina.

Si bien cada empresa constituye una comunidad particular irrepetible, hay rasgos y caracteres que, en términos generales, son comunes a todas ellas.

Habitualmente, y salvo el caso de empresas muy chicas, la mayoría de las personas que conforman la organización de la empresa son empleados en relación de dependencia, entre los cuales puede haber abogados internos. Los abogados internos pueden trabajar a tiempo completo (full time) o a tiempo parcial (part time).

2.2. Concepto de abogado interno: El abogado interno es un empleado (tiempo completo o parcial /full o part time), que trabaja desempeñando su profesión jurídica dentro de la organización jerárquica de la empresa, la cual, utilizando el lenguaje jurídico tradicional, viene a ser su cliente.

Al hablar de abogado interno, me refiero a aquel universitario que trabaja utilizando esencialmente los conocimientos propios de su profesión jurídica. No me refiero al abogado que desempeña tareas netamente extrajurídicas dentro de la organización empresaria; sí me refiero al que desempeña esencialmente tareas jurídicas, sin perjuicio de también efectuar trabajos extrajurídicos. Cuando un abogado pasa a ser ejecutivo de línea o ocupa un puesto que implica tareas de conducción empresaria, dejo de considerarlo como abogado interno.

Del asesor legal de otrora, cuyo despacho era casi un archivo, ya no queda nada. El "in-house lawyer" es, hoy, en la mayoría de los casos, parte integrante del management, con voz y, a veces, también con voto. De bajo perfil, entiende como pocos no sólo los asuntos jurídicos de la empresa, sino también el negocio en sí, en sus aspectos económico-financieros, contable-impositivos y técnicos. Tiene en cuenta un detalle por demás importante cuando de asesorar se trata: las personalidades que definen el organigrama informal de la compañía y en esto corre con ventaja frente a los abogados externos. Conocer la empresa por dentro es una de las "ventajas competitivas" frente al abogado externo, aunque la función del interno no sea precisamente la de conquistar un cliente que, en realidad, tiene cautivo ("Abogados in company" revista Apertura, marzo 1992).

Más apropiado que hablar de abogado interno es distinguir entre empresas que tienen un cargo de asesor jurídico o un departamento o gerencia legal incorporado a la organización

y las que reciben asesoramiento externo (“Abogados in company” revista Apertura, marzo 1992).

### 2.3. Características esenciales:

a) Su fuerza de trabajo está puesta a disposición de la empresa, que constituye su empleador (no analizo aquí la problemática de la personalidad jurídica de la empresa).

b) Trabaja dentro de la organización de la empresa.

c) Actúa subordinado jerárquicamente dentro de la organización de la empresa, manteniendo de manera apreciable su independencia de criterio profesional, aunque en medida inferior a un abogado externo; ej.: no puede rechazar el estudio de determinados temas o defender ciertos casos o el seguir determinadas estrategias jurídicas que no considera convenientes; claro está, siempre que ello no interfiera con la ética.

d) Como consecuencia de lo anterior, hay un cierto cercenamiento a su independencia profesional.

e) Sus ingresos dependen totalmente o en una gran proporción de los sueldos que le paga la empresa (puede también percibir de la empresa honorarios como director, síndico, consejero de vigilancia; o bien percibir de terceros honorarios —casi siempre regulados judicialmente— a cargo de la contraparte de su empresa, etc.)<sup>5</sup>.

## III. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ABOGADO INTERNO Y EL EXTERNO

### 3.1. Semejanzas: Al igual que el abogado externo, el interno:

a) Asesora a su cliente, que en este caso es la empresa.

b) Puede llevar o no juicios. Al igual que el externo, el interno —según sea el tamaño y la organización de la empresa— puede dedicarse sólo a consultas y/o negociaciones y/o trámites de determinada complejidad ante la administración pública; o también llevar juicios (actuación contenciosa).

c) Redacta o controla documentación de relevancia legal; ej.: contratos, notas destinadas a la administración pública, a clientes, etc.

d) Participa de negociaciones o tiene a su cargo el llevarlas a cabo.

3.2. Diferencias: El abogado externo trabaja bien sea independientemente o dentro de la organización de un estudio jurídico independiente, que es una empresa prestadora de servicios jurídicos.

3.3. Ventajas y desventajas: Como suele suceder en los diversos órdenes de la vida, ser abogado interno tiene sus ventajas y desventajas:

a) Independencia económica y profesional: El abogado externo, al estar fuera de la organización de la empresa (cliente), mantiene respecto de ésta un mayor grado de independencia profesional y económica que el abogado interno.

b) Autonomía laboral: El abogado interno no determina por sí mismo cómo trabaja, dónde trabaja, cuándo trabaja y cuánto trabaja. En estos aspectos, el externo tiene un grado de autonomía mucho mayor.

c) Ingresos: El abogado interno tiene una relativa seguridad respecto de sus ingresos mensuales; su remuneración tiende a ser estable. Sabe mejor a qué atenerse en cuanto a ingresos futuros frente a la irregularidad de los ingresos del abogado externo.

El abogado interno difícilmente tiene la posibilidad de ingresos importantes por honorarios, frente a esa posibilidad que tienen algunos —no todos— abogados externos.

d) Egresos: El abogado interno no tiene costos fijos para el mantenimiento de la infraestructura que utiliza (personal, oficina, biblioteca, archivo, comunicaciones —teléfono, télex, fax, etc.—, fotocopias, computación etc.), los cuales son soportados por la empresa. En cambio el abogado externo sí tiene que soportar tales costos.

e) Desafío profesional: El abogado interno se enfrenta con mayor variación en los temas de que se ocupa, lo cual reviste mayor interés desde el punto de vista de su formación profesional. Por la variedad de problemas jurídicos que tiene que atender, el trabajo del abogado interno suele ser más interesante que el del externo, que tiende a dedicarse a una determinada clase de tareas (súper especialización; ej.: juicios ejecutivos por cobros). Si bien esto no sucede con los abogados externos que trabajan en estudios jurídicos —especialmente cuando son medianos y grandes—, a los efectos prácticos se trata de abogados internos de empresa “estudio jurídico” (con o sin participación en los beneficios del estudio, según su categoría dentro del estudio: empleados, asociados o socios).

Debido a la mayor envergadura económica de las empresas —especialmente las organizadas bajo la forma de personas jurídicas, más precisamente como sociedades comerciales, en comparación con los negocios llevados a cabo por un comerciante individual, persona física—, en general las cuestiones legales que atañen a las mismas suelen tener mayor importancia institucional que las que se suscitan entre personas físicas. El abogado interno está menos involucrado en desalojos, cobro de dinero y más vinculado a relaciones entre personas y organizaciones cuyos problemas hacen a la política general del país, lo cual requiere no limitarse al marco de lo exclusivamente jurídico, sino enfocar también el problema desde el punto de vista de la política (interempresaria, o bien política nacional y/o provincial y/o municipal).

En general el abogado interno participa en mayor cantidad de ramas del derecho que el abogado externo, salvo algunos abogados seniors de estudios jurídicos grandes.

f) Variedad de contactos profesionales: El abogado interno suele interactuar más frecuentemente que el externo con profesionales de otras ramas, tales como administradores de empresa, contadores, ingenieros, etc. Estos contactos enriquecen la formación del abogado interno.

g) Contactos interempresarios: El abogado interno suele relacionarse más frecuentemente que el externo con funcionarios de otras empresas, generalmente de nivel medio y superior; con cámaras que agrupan a empresas de actividad similar (ej.: automotriz) o de un mismo sector (ej.: industria); con organismos gubernamentales (ej.: autoridades de aplicación de ciertas actividades tales como servicios públicos prestados por empresas privadas); etc.

h) Libertad para disponer del tiempo personal: En este aspecto, el abogado interno tiene menor autonomía que el externo, pues su horario y lugar de trabajo están condicionados a las necesidades de la empresa. El abogado interno es menos libre para disponer o manejar su tiempo que el externo.

#### IV. PRINCIPALES FUNCIONES DEL ABOGADO INTERNO

¿Cuáles son las principales funciones del abogado interno, es decir qué debe hacer?

4.1. Introducción: A fin de analizar las principales funciones del abogado interno, previamente hay que tener en cuenta determinadas cuestiones:

a) La labor jurídica no constituye el objeto específico de la empresa: Lo que hace el abogado interno (trabajo jurídico) no es lo que sustancialmente hace la organización en la que actúa; es decir que la labor jurídica no constituye el objeto de la empresa: ésta produce y/o intercambia bienes y/o servicios para obtener un lucro, a fin de continuar y/o incrementar y/o diversificar su actividad. Ello salvo el caso de un estudio jurídico, que es una empresa cuyo objeto consiste en brindar servicios de naturaleza jurídica.

b) El abogado interno no está destinado a ser una estrella dentro de la empresa: Su rol no es estelar, no suele estar en el primer plano de la organización en que actúa; su papel es subordinado, las candilejas iluminan a otros actores de la representación empresarial.

Los únicos lugares en los cuales la función del abogado interno es la principal es en los tribunales y en los estudios jurídicos.

En la empresa el abogado interno es un auxiliar de modo similar al de los peritos en un juicio. Su opinión suele ser importante, a veces decisiva, pero quienes en definitiva toman las decisiones desempeñan otras profesiones más afines con la actividad propia de una empresa y cuyos objetivos se evalúan en función del lucro<sup>6</sup>. Estas personas son las estrellas de la empresa; ej.: ingenieros, administradores de empresa, contadores, etc.; y los cargos que ocupan suelen ser: gerentes de negocios, de finanzas, de comercialización (ventas), etc.

A causa de ello, el abogado interno debe tener clara conciencia de que, a veces, las decisiones empresarias se tomarán relegando las opiniones jurídicas y dando importancia a otros aspectos (comerciales, tales como la oportunidad que justifica el riesgo, etc.). Es muy importante que asuma ello, que lo comprenda —incluso aconsejando, a veces, que ciertas decisiones no pasen principalmente por lo jurídico—, y que no se sienta herido en su amor propio.

El abogado interno está para ayudar a las estrellas de la organización para que no cometan errores que pueden traer perjuicios a la empresa, para implementar en los aspectos legales los objetivos y planes empresarios o para potenciar tales objetivos y planes.

El abogado interno no debe complicar las negociaciones de la empresa —especialmente con terceros— con trabas u obstáculos legales, salvo que ello fuera imprescindible. Ello, independientemente de señalar los riesgos en forma moderada y no “paralizante” para la organización.

4.2. La función del abogado interno según la naturaleza de la organización en la que trabaja: Según la naturaleza pública, privada o mixta, la función del abogado interno no será exactamente igual.

a) Empresa o repartición pública: Habitualmente, su finalidad es prestar un servicio público <sup>7</sup>.

El abogado de una empresa o repartición pública —que como tal forma parte del estado— es un funcionario público que, a causa de su profesión, tiene una especial responsabilidad respecto del afianzamiento de la justicia, que es uno de los principales objetivos de la Constitución Nacional, tal como lo señala su preámbulo.

Por lo tanto, la función esencial del abogado interno de empresa o repartición pública consiste principalmente en que sus opiniones y decisiones tiendan al afianzamiento de la justicia. Secundariamente deberá defender los intereses económicos de la empresa o repartición, siempre que ello sea justo.

Si bien esto se encuentra en el terreno del deber ser y en la práctica las cosas suelen ser distintas, la actitud señalada marca una meta hacia la cual debe apuntar el desempeño del abogado interno, aun teniendo en cuenta que las presiones de las circunstancias concretas pueden, a veces, hacer desviar el rumbo. Lo que el abogado interno debe tratar es de tener clara su responsabilidad en el afianzamiento de la justicia y que el rumbo general de su actuación tienda hacia ello.

b) Empresa mixta: Habitualmente su finalidad es hacer obras públicas importantes o producir bienes de características particulares ineludiblemente requeridos por la industria de un país (ej.: acero). En tal caso, la causa de la participación estatal es la satisfacción de necesidades públicas; en cambio, la participación privada tendrá una finalidad de lucro.

En tal situación, el abogado interno apunta a lograr un delicado equilibrio entre la realización de la justicia en términos generales (participación estatal) y la defensa de los justos intereses económicos de la empresa (participación privada).

c) Empresa privada: Su finalidad es el lucro económico (ver nota 1, e), y la función del abogado interno apunta principalmente a la defensa de los justos intereses económicos de la empresa; es decir que su actuación, aunque tendiente a la defensa de tales intereses económicos, no debe apartarse del marco de la justicia.

4.3. Principales funciones: Entre ellas, se cuentan:

a) Defensa de los intereses de la empresa en el plano jurídico: La función de los integrantes de la organización empresaria apunta principalmente a la atención de los intereses económicos empresariales. En este contexto, la función específica —en términos generales— del abogado interno consiste en la defensa, especialmente en el plano jurídico, de tales intereses.

b) Asesorar a quien toma las decisiones: El abogado interno no está en la línea de toma de decisiones de la empresa; es decir que su responsabilidad no consiste en tomarlas. Una de sus responsabilidades esenciales consiste en asesorar legalmente a quien toma las decisiones empresariales; frecuentemente dicho asesoramiento lo lleva a participar en la toma de decisiones <sup>8</sup>.

A causa de tal función de asesoramiento, suele depender de los más altos niveles dentro de la empresa (normalmente reporta a la gerencia general o a la administración - directorio).

Está inmerso en un microclima empresarial, no abogadil, a diferencia de lo que suele suceder en el caso del abogado externo. Por ello, el abogado interno, al reportar directamente a la administración, depende directa o indirectamente de un no abogado (o de un abogado que no se dedica al derecho, sino a ser empresario, y por lo tanto dejamos de considerarlo abogado interno). En cambio, el externo, o bien es independiente, o si trabaja en un estudio depende de otro abogado.

c) Relaciones con profesionales de otros campos: El abogado interno tiene mayor cantidad y frecuencia de relaciones de trabajo con no abogados (ingenieros, economistas, contadores, administradores de empresas, etc.) que el externo <sup>9</sup>.

La interacción con profesionales de otras ramas del saber constituye un desafío y una oportunidad:

Desafío: pues se requiere un esfuerzo para interactuar eficazmente y sin crear fricciones con personas poseedoras de valores, disposiciones, perspectivas, objetivos y experiencias vitales —especialmente en materia de formación y laborales— distintas.

Oportunidad: pues constituye una fuente de enriquecimiento espiritual y profesional. El desempeño en un medio multidisciplinario permite tomar contacto con personas y conocimientos que de otra manera difícilmente se produciría. Brinda la oportunidad de contrastar perspectivas y valores, e incorporar actitudes útiles para el propio desarrollo personal; entre ellas, descubrir que la sencillez y la humildad no disminuyen a una persona ni le cercenan su poder cuando lo ejerce correctamente y con idoneidad.

Ello genera cierto grado de modestia y reconocimiento sobre los límites del

propio saber, y tiende a poner en su justo lugar la utilidad del mismo en el mundo no abogadil.

Este aprendizaje y enriquecimiento espiritual es mutuo; los demás miembros de la organización empresaria también deben esforzarse para entender y, en cierto modo, adaptarse a los puntos de vista, opiniones, actitudes y valores propios de los abogados.

En este proceso de adaptaciones recíprocas juega un papel muy importante el prestigio personal—de la persona en sí misma y de su idoneidad profesional—, la posición jerárquica ocupada, las líneas políticas internas de poder, etc., tanto del abogado interno cuanto de quienes interactúan con él.

d) Formación jurídica general: El abogado interno debe tener una sólida formación jurídica general teórica y práctica. Al respecto nunca me cansaré de decir que es imposible una buena formación práctica (es decir, no ser un autómatas sin posibilidades de creación innovadora) sin una adecuada formación teórica, la cual indispensablemente requiere de una sólida base de estudios y de la actualización permanente.

En el presente contexto de un derecho dinámico y cambiante, una buena base teórica no actualizada será insuficiente para dar respuesta a los problemas planteados por las nuevas situaciones jurídicas <sup>10</sup>.

El buen abogado interno deberá tener sólidos conocimientos especialmente en materia de derecho civil (parte general, obligaciones, contratos, derechos reales), comercial, del trabajo y de la seguridad social y administrativo (incluyendo el procedimiento administrativo).

Si su tarea comprende la actuación ante los tribunales (llevar juicios), deberá también conocer a fondo el procedimiento civil y comercial; si ello está a cargo de abogados externos, bastará con un conocimiento general.

En materia de asesoramiento impositivo, si bien no hay una regla general, ante la creciente complejidad y autonomía del tema, se tiende a recurrir a especialistas que bien pueden ser abogados como contadores u otros profesionales de las ciencias económicas.

Normalmente el abogado interno recurrirá a especialistas ante problemas de ramas muy especiales del derecho, tales como derecho aduanero, penal, aeronáutico, marítimo, etc.

La buena formación suministra “ojo clínico”, es decir, permite saber cómo detectar de inmediato el germen de un posible problema o encauzar de manera adecuada y rápida un conflicto inesperado o que requiere una urgente solución, situación frecuente en las empresas, donde suelen necesitarse los trabajos “para ayer”, especialmente en países en vías de desarrollo, como la Argentina, donde suele haber una buena dosis de incertidumbre.

e) Tareas que abarca su labor: La mayor o menor cantidad de tareas que abarque la labor del abogado interno dependerá no sólo de su capacidad, sino también de la estructura con que cuente y de las tareas que la organización le encomiende.

Al respecto, básicamente hay dos estilos o actitudes: abarcar más y profundizar menos,

o bien abarcar menos y profundizar más <sup>11</sup>. Personalmente, decididamente me inclino por el segundo, que he constatado coincide con los abogados internos y externos —así como de otros profesionales— de los países desarrollados. Esta actitud suele no ser bien comprendida por la organización, pero el abogado interno debe esforzarse por lograr tal comprensión, haciendo ver que en el mundo contemporáneo la profundización de los problemas ahorra mucho dinero a las empresas.

Desde ya que el abogado interno no tiene plena libertad de elección respecto de la aplicación de ese estilo. Deberá adaptarse a los picos de trabajo, pero deberá estar prevenido contra los “picos permanentes”.

4.4. Clasificación de las principales funciones: Las principales tareas que abarcan la labor del abogado interno pueden clasificarse de la siguiente manera:

4.4.1. Según las relaciones que comprende:

4.4.1.1. Relaciones y estructura internas de la empresa: Comprende:

a) Constitución y funcionamiento de la organización jurídica de la empresa o grupo empresario (derecho societario). La estructura jurídico-societaria usualmente es tomada por la línea como algo que existe por sí mismo y que funciona solo.

b) Relaciones jurídicas con el personal (derecho del trabajo y de la seguridad social).

4.4.1.2. Relaciones externas de la empresa: Este ámbito de actuación es más importante que el anterior porque: I) Es aquél para el cual fue creada la empresa, es donde se logra la finalidad u objeto de la misma, tal como producir, comprar, vender, etc.; II) Los riesgos económicos normalmente son más importantes en esta área de relaciones externas.

En sus relaciones externas, la empresa se relaciona con:

a) Con clientes, proveedores y competidores, en el ámbito del derecho privado, enmarcado por el derecho comercial y civil, principalmente obligaciones y contratos comerciales y civiles.

b) En las relaciones de derecho público con el estado, enmarcado por el derecho administrativo, tributario, cambiario, control de precios, inversiones extranjeras, transferencia de tecnología; relaciones con los organismos de contralor de la organización jurídica, tales como la Inspección General de Justicia (que tiene a su cargo el Registro Público de Comercio en Capital Federal), la Comisión Nacional de Valores, el Instituto de Acción Cooperativa, etc.; organismos de contralor de distintas actividades, tales como Banco Central de la República Argentina (bancos y demás entidades financieras que captan fondos del público), Superintendencia de Seguros de la Nación (seguros), etc.

Como consecuencia del creciente intervencionismo estatal en la economía, es un área

que ha aumentado sustancialmente, tanto en el volumen de trabajo para el abogado (y la estructura administrativa de la empresa) cuanto en incidencia para el cumplimiento de objetivos empresarios.

c) Con el estado, cuando éste actúa como persona de derecho privado (determinadas relaciones contractuales), en esa zona gris en la cual se superponen las normas del derecho privado y del derecho administrativo.

d) En las relaciones con organismos privados de contralor, como la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Instituto Argentino de Racionalización de Materiales —IRAM—, etc.

#### 4.4.2. Según las tareas que realiza:

a) Asesoramiento legal preventivo: Prever problemas legales y neutralizar sus efectos perjudiciales para la empresa en una de las más importantes y típicas funciones del abogado interno <sup>12</sup>.

Sin embargo es una tarea muy ingrata porque no es debidamente valorada y reconocida por la organización empresaria que, al no haber experimentado el problema, o bien no tomó conciencia del mismo o si lo advirtió, no sabe bien a qué se debió el no haberlo padecido, atribuyendo ello, incluso, a la suerte.

En cambio, el abogado interno conoce perfectamente el mérito que le cabe en haber evitado el problema y le duele que la organización no se lo reconozca (aunque más no sea admitiendo que a la suerte hay que ayudarla).

Son las reglas del juego; el que no admite o no soporta esta situación no tiene pasta de abogado interno.

Ello no quita que el abogado interno luche por convencer —no imponer— a la organización acerca de la conveniencia de la labor legal preventiva. En esta lucha debe enfrentarse con profesionales del campo económico que se desconciertan al no poder mensurar en dinero a tal labor, y suelen reaccionar desdeñándola.

Para la mejor prestación del asesoramiento preventivo es indispensable conocer las distintas áreas de la empresa, estar al tanto de los proyectos de la empresa y el permanente estudio y actualización de los aspectos jurídicos vinculados a la actividad —objeto— empresaria. Respecto de esto último, es importante:

a.1) Estar al tanto de las normas que puedan afectar, para bien o para mal, la marcha de la empresa:

a.1.1) Normas legales publicadas en boletines oficiales (nación, provincias, municipalidades).

a.1.2) Hay que estar atento a normas muy específicas, referidas a determinadas actividades, que se publican parcialmente (sin anexos) o que directamente no se publican.

a.1.3) Normas legales en trámite, a través de diarios de sesiones del Congreso Nacional, legislaturas provinciales y demás organismos emisores de normas (poder ejecutivo—incluyendo a los ministerios que de él dependen—, municipalidades, secretarías, direcciones, etc.) y de publicaciones especializadas.

a.2) Estar al tanto de las decisiones judiciales y administrativas en las actividades que conciernen a la empresa.

a.3) Estar al tanto de las publicaciones que tratan cuestiones de índole jurídica que pueden tener incidencia sobre la actividad de la empresa.

b) Detectada una norma o proyecto de interés empresario, el abogado interno deberá hacerlo conocer a quien corresponda en la organización para que lo tenga en cuenta. Si el texto es largo o complicado, en su informe tratará de resumirlo, resaltando los aspectos de especial relevancia, tratando de no perderse en detalles, lo cual no quiere decir que él los ignore.

c) Proponer determinadas interpretaciones, especialmente en casos de normas complejas o poco claras.

d) Concurrencia a cámaras empresariales y a seminarios, congresos u otras reuniones en que se traten temas de interés empresario específico. Tener especial cuidado en no dispersarse y no abarcar más de lo que razonablemente y responsablemente se puede.

e) Redacción y/o control de textos de contratos y demás documentos destinados a tener efectos jurídicos.

En algunas empresas, el único que puede redactar tales documentos es el abogado interno. Pero lo habitual es que los abogados internos participen en equipo con otros integrantes de la empresa en esa tarea, ya que, por ejemplo, los abogados suelen escribir con poco criterio o tacto comercial. Una buena carta con implicancias legales suele ser el resultado de la tarea de un equipo, uno de cuyos integrantes es abogado.

En algunos casos (ej.: contrato de locación de obra importante) es aconsejable la participación de las áreas técnicas (especificaciones técnicas), financieras (formas de pago) y contables (determinación del procedimiento administrativo de certificación del avance de obra, facturación, tratamiento impositivo).

La participación de las diversas áreas involucradas de la empresa dificultará quejas posteriores de su parte y más bien dispondrá el ánimo hacia la búsqueda de soluciones constructivas por parte de las diversas áreas de la organización ante los inevitables problemas que cualquier emprendimiento importante acarrea.

f) Evacuación de consultas verbales o escritas que de manera directa o indirecta (ej.: duda suscitada en una reunión, sin que se haya pedido opinión al respecto), formal o informal (ej.: en el pasillo o ascensor), le hacen los distintos sectores de la empresa. Los informes

escritos deben ser metódicos, precisos y, en la medida de lo posible, breves; ésta es la forma típica de asesorar<sup>13</sup>.

Los informes jurídicos deben redactarse con criterio didáctico y en lenguaje lo menos técnico-jurídico posible (vulgarmente, en “cristiano”), teniendo en cuenta que no van dirigidos a abogados, sino que por el contrario, la mayoría de sus destinatarios no lo serán.

Conviene exponer el problema, analizar la cuestión, efectuar un resumen (si la complejidad del tema o la extensión del informe lo hiciere necesario) y finalizar con una conclusión que incluya una recomendación clara o con una descripción de las alternativas posibles.

A veces resulta conveniente indicar las fuentes de la información; hay temas recurrentes, que permanecen “dormidos” durante meses y luego “resucitan”, en tales casos no tener que buscar nuevamente la “punta del ovillo” suele ahorrar mucho tiempo. Si la organización considera que ello es un signo de pedantería, el abogado interno podrá hacer una nota aparte que guardará en su carpeta.

Existe una cierta relación entre la naturaleza verbal o escrita de la consulta y su respuesta: habitualmente ante una pregunta verbal bastará la respuesta verbal (salvo, claro está, que quien haga la consulta pida una respuesta escrita o tenga un nivel jerárquico dentro de la organización que justifique la respuesta escrita, o que ello esté requerido por la complejidad de la consulta); a una consulta escrita normalmente se responderá por escrito, con mayor o menor formalidad, adecuada a la formalidad de la consulta.

A veces conviene dejar constancia por escrito de la opinión, incluso para evitar que la respuesta verbal sea mal interpretada o se distorsione a través de sucesivas transmisiones orales dentro de la organización empresaria, especialmente entre no abogados (ej.: opinión verbal de abogado: con adecuadas garantías esta operación podría realizarse. Cómo llegó finalmente el mensaje: el área legal no pone reparos a la realización de esta operación. Resultado: ante el incumplimiento y frente a la falta de garantías, todo el mundo se lava las manos y se pretende responsabilizar al área legal por haber dado “luz verde” indebidamente).

g) Actuación como intermediarios en el intercambio de información con abogados o estudios externos en los casos que se recurriere a ellos.

El abogado interno conoce el microcosmos (mundo pequeño o particular) de la empresa en que trabaja, lo cual no ocurre en igual grado con el externo, quien, por ejemplo, suele no conocer a diversas personas que trabajan en la “cocina” de la empresa, a quienes sí conoce el abogado interno; el abogado externo suele también desconocer las particularidades de los trámites dentro de la empresa (especialmente empresas grandes o grupos económicos de gran envergadura).

Por otra parte, el lenguaje jurídico y el empresarial no coinciden plenamente: hace falta una persona en el medio que hable ambos lenguajes y los compatibilice, es decir un traductor o “lenguaraz” (hábil, inteligente en dos o más lenguas, según el Diccionario de la Real Academia Española). Así, una pregunta mal formulada o no comprendida suele tener una respuesta poco útil, cuando no perjudicial.

El abogado interno sabe expresar la consulta que se le efectúa en términos comprensibles para el abogado externo, e inversamente, hace más comprensible a la organización la respuesta del abogado externo o el significado de una norma (ley, decreto, resolución, ordenanza, decisión judicial o administrativa, etc.)<sup>14</sup>.

h) Gestión de trámites de cierta relevancia ante la administración pública (ministerios, municipalidades, etc.), con probables consecuencias jurídicas de importancia para la empresa.

i) En ciertos casos, el abogado interno negocia o participa en las negociaciones con terceros, ya sea particulares (proveedores, clientes, etc.) o ante organismos estatales.

j) A veces lleva juicios en los cuales la empresa es demandante o demandada.

k) A veces desarrollan tareas a las que puede darse una denominación general de relaciones institucionales o “lobbying”, actuando en cámaras empresarias y otros organismos, incluso interactuando con reparticiones y entes estatales.

l) Integración de equipos en oportunidad del emprendimiento de nuevos proyectos por parte de la empresa.

m) No debe ser absorbente. El buen abogado interno no obstaculiza el funcionamiento de la organización empresarial; consecuentemente “dejará hacer” a las otras áreas, no pretenderá que “todo” pase por sus manos, pues comprende que ello sería una actitud innecesariamente obstruccionista. Sabe que es un auxiliar de la organización y que ésta requerirá sus servicios cuando los necesite, y que no los necesita, ni es bueno que los necesite, para absolutamente todo.

n) Debe complementar su labor con el abogado externo: Como veremos más adelante, el buen abogado interno se complementa de manera eficaz y constructiva con el abogado externo, pues tiene conciencia de no saber todo y no le avergüenza decirlo; más aún advierte que su figura se agiganta dentro de la empresa cuando admite la conveniencia y aun la necesidad de acudir a un especialista.

ñ) Comentar leyes y otras normas, especialmente aquéllas que inciden en la actividad de la empresa.

o) Conocer la empresa para la cual trabaja; ello incluye estar familiarizado con sus diversas áreas, las tareas a cargo de cada una y su importancia relativa dentro del conjunto. Tener una buena relación personal con los dueños y empleados de la empresa, así como conocer sus personalidades. Ello contribuye al mejor conocimiento del microcosmos constituido por la empresa.

p) Si el área legal está integrada por más de una persona —abogados o no (ej.: secretarías)—, el abogado interno al frente de la misma tendrá, además, las responsabilidades propias de cualquier integrante de la organización empresarial con personal a su cargo.

## V. ACTUACIÓN DEL ABOGADO INTERNO

¿Cómo debe cumplir sus funciones el abogado interno? ¿Cómo debe actuar?

a) Ser imaginativo: No ceder a la fácil tentación de decir que algo no se puede hacer. Planteado un objetivo empresarial al abogado interno, éste debe devanarse los sesos para encontrar la manera de implementar ese objetivo conforme a derecho; es decir, de acuerdo con las normas jurídicas y tendiente al logro del ideal de justicia.

Nada más irritante para los ejecutivos de línea que encontrarse con abogados que sistemáticamente encuentran obstáculos a las propuestas de los primeros.

Sin embargo, el sí fácil, los dictámenes complacientes generan falta de respeto por parte de la organización.

A veces no hay más remedio que dar una opinión negativa. En tal caso habrá que fundamentarla adecuadamente y, en lo posible, buscar formas alternativas o aproximadas de lograr el objetivo <sup>15</sup>.

El abogado interno debe luchar de manera constructiva y permanente en contra de la fama de poner trabas a las propuestas de la organización empresarial.

b) Señalar las consecuencias legales: Comunicar claramente a su superior las consecuencias jurídicas probables de los posibles cursos de acción.

c) Adaptarse al trabajo en equipo: La organización empresarial se caracteriza por el trabajo en equipo; ello requiere ser flexible y aprender a adaptarse a las personalidades de los demás. Por ejemplo, algunos abogados pecan, a veces sin darse cuenta, de cierto grado de arrogancia; ello es irritativo y genera resistencias dentro de la empresa.

Por supuesto que a veces hay que disentir, pero la forma cómo se lo hace es crucial. Mi lema al respecto: “suaviter in modo, fortiter in re” (suave en la forma, fuerte en la acción).

d) Reaccionar adecuadamente cuando su opinión es dejada de lado: Un test casero para determinar si un abogado tiene pasta de interno es cómo reacciona si su consejo legal es ignorado. Cuidado si su orgullo no lo soporta, si su reacción es fuertemente negativa.

Es común que especialmente abogados jóvenes o relativamente nuevos en la empresa observen que sus recomendaciones son con alguna frecuencia ignoradas. Además de acostumbrarse a ello, el abogado debe indagar la causa. Esta suele ser deficiente explicación de las alternativas disponibles —debe tratar de evitar el lenguaje demasiado técnico-jurídico, recordar que interactúa con no abogados—, o bien sobrevaloración de obstáculos o riesgos legales —lo perfecto suele (no siempre) ser enemigo de lo bueno, en este caso impidiendo el logro del objetivo empresarial—.

Los abogados internos experimentados y con antigüedad en una empresa suelen provocar, mediante una actuación eficaz, prudente, persuasiva y perspicaz, que sus

recomendaciones sean debidamente valoradas y tenidas positivamente en cuenta. Pero hay que aceptar que, normalmente, para llegar a ello es necesario pasar por un período mas o menos largo durante el cual la organización empresaria ignora o desdeña la opinión del abogado, hasta que poco a poco su capacidad se impone y la organización se va convenciendo mediante la experiencia que es conveniente tenerla en cuenta. El abogado interno debe tener conciencia de la necesidad de hacer el “servicio militar” dentro de la empresa.

e) Ser metódico y ordenado: El cúmulo de asuntos que tiene a su cargo un abogado que “convive” con su cliente”, tal el caso del abogado interno, sólo puede ser bien atendido si los mismos se encuentran adecuadamente sistematizados, clasificados y ordenados. Así se ahorrará tiempo y angustias desgastantes en la búsqueda de documentación requerida con urgencia y que nadie sabe dónde se encuentra. Habitualmente tal clase de desorden es una manifestación de una indisciplina intelectual del responsable del área legal.

## VI. EL ABOGADO INTERNO EXITOSO

Entiendo por ello a aquél que se ha ganado el respeto personal y el reconocimiento de su idoneidad profesional por parte de la organización empresaria, es decir:

a) Que su conducta ejemplar lo hace depositario del respeto y de la confianza de la organización en general y de sus miembros, personalmente, en particular.

b) Que sus opiniones son tenidas seriamente en cuenta por la organización en general, independientemente de que en más de una ocasión no se las adopte o acepte.

c) Que no pone trabas legales innecesarias para la realización de los negocios empresarios.

d) Como consecuencia de lo anterior, alcanza un desarrollo y reconocimiento profesional que da verdadero sentido a su tarea, es decir:

d.1) Satisfacción por la labor realizada, al poder comprobar su utilidad.

d.2) Remuneración adecuada.

## VII. CAUSAS POR LAS CUALES LAS EMPRESAS UTILIZAN ABOGADOS INTERNOS

¿Por qué las empresas resuelven tener abogados internos? La finalidad específica de una empresa comercial no consiste en producir dictámenes legales, demandas, contestaciones, obtener sentencias judiciales favorables a sus intereses, etc.; tales son actos — podríamos decir accesorios — al servicio de la empresa, tendientes a facilitar el cumpli-

miento de sus objetivos. Lo que hace el abogado interno no es lo que sustancialmente hace la organización en la que actúa, salvo —como dijimos— el caso del estudio jurídico.

Sin embargo, cuando una empresa adquiere un tamaño de cierta importancia —lo que generalmente se conoce por medianas y grandes empresas—, existen motivos que aconsejan que la organización cuente con un abogado interno. Entre ellos:

a) Seguridad de disponibilidad permanente e inmediata de un asesor legal que conoce a fondo el microcosmos de la empresa en cuestión (personas, actividades, estilo, detalles internos, proceso productivo o comercial, objetivos, etc.). Este conocimiento —especialmente el conocimiento personal producto de una interacción permanente— origina una particular relación de confianza y lealtad.

b) Debido al conocimiento del microcosmos empresarial, los empresarios y ejecutivos generalmente perciben que los abogados internos reaccionan más eficientemente (rápidamente y en forma adecuada) al problema planteado, no siendo necesarias demasiadas explicaciones.

c) Normalmente, en la medida que la organización le ha dado la participación adecuada, el abogado interno ha intervenido en el nacimiento y evolución de un cierto problema que en determinado momento entra en crisis. Por ello, el abogado interno tiende a co-actuar con el problema desde su inicio, lo cual se traduce en un conocimiento más profundo del asunto y la posibilidad de una rápida reacción (ya que no será necesario poner en tema al abogado ni éste deberá comenzar a estudiar el asunto desde “cero”) ante las distintas fases de la evolución del problema.

d) Al respecto es importante la labor de persuasión (no de imposición, ya que ello resulta irritativo) del abogado interno hacia la organización para que ésta le haga participar en los problemas que así lo justifican desde su inicio y que no le “tire” los problemas a último momento, en situación crítica, con poco tiempo para pensar y decidir adecuadamente el curso de acción a seguir. Cabe señalar que los abogados externos suelen estar acostumbrados a reaccionar rápidamente frente a problemas que están en situación crítica.

El abogado interno debe tener cuidado de no caer en el extremo opuesto: pretender que por si acaso se le consulte absolutamente todo; así no hay estructura empresarial racional posible.

e) A veces, el abogado interno se convierte en un especialista en la clase de temas que habitualmente maneja la empresa; ej.: bancos, seguros, sociedades, laboral, etc.

f) El buen abogado interno suele tener una más ajustada estimación de la importancia (económica, precedente, etc.) que el problema puede llegar a tener en el marco de la actividad de la empresa. Asimismo, la relación costo-beneficio en la toma de decisiones siempre estará presente en el análisis del buen abogado interno (ej.: la empresa tiene un caso jurídicamente claro, pero un reclamo legal puede deteriorar o terminar la relación con un cliente importante. En tal caso, el consejo puede ser intentar una transacción).

## VII. LA UTILIZACIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS POR LAS EMPRESAS

8.1. El abogado externo independiente y el estudio jurídico: La función tanto del abogado externo independiente cuanto del estudio jurídico consiste en asesorar jurídicamente a sus diversos clientes, llevar juicios, realizar trámites (procedimientos administrativos, etc.) ante la administración pública, llevar a cabo o participar de negociaciones, etc.

La diferencia esencial entre el abogado independiente y el estudio consiste en que mientras el primero actúa en forma personal, el último está organizado como una empresa que brinda servicios jurídicos y normalmente cuenta con mayor infraestructura <sup>16</sup>.

8.2. Las funciones del abogado externo y del interno: Ambas tienen bastante similitud en lo que respecta a tareas netamente jurídicas, con la gran diferencia que mientras que el abogado externo debe contar con varios clientes, el interno tiene un solo “cliente” que es su empleador (la empresa o grupo empresario).

Las funciones tienden a diferenciarse más en el campo de las tareas no estrictamente jurídicas que suelen realizar los abogados internos: lobby, negociaciones, trámites administrativos internos de la empresa, etc.

8.3. Causas por las cuales las empresas utilizan abogados externos: ¿Por qué las empresas —aun las medianas y grandes— recurren a abogados externos? La pregunta se subdivide en: a) ¿por qué hay empresas que no tienen abogados internos? y b) ¿por qué hay empresas que teniéndolos también consultan a abogados externos?

8.3.1. ¿Por qué hay empresas que no tienen abogados internos?:

a) Depende del tamaño de la empresa o de la cantidad o importancia de los problemas legales emergentes de su actividad. No siempre se justifica que una empresa tenga un abogado interno; ello representa un costo fijo que puede pesar significativamente si la envergadura económica de la empresa no es suficientemente grande o el cúmulo de tareas legales no lo exige.

b) Razones de división de trabajo aconsejan que, salvo que en una empresa se justifique un departamento legal con una subdivisión especializada en llevar juicios (ej.: por la frecuencia y reiteración de los mismos, lo cual bien puede estar señalando un problema estructural de la empresa misma), es más conveniente que esa tarea la realicen abogados externos especializados y actualizados en esa actividad, con conocimientos teórico-prácticos de derecho procesal actualizados, en vez de los abogados internos, quienes por su poco frecuente actividad ante los tribunales no suelen tenerlos.

c) No siempre resulta clara a un empresario o ejecutivo la conveniencia y aun la necesidad de disponer de esta relativamente novedosa forma de asesoramiento legal.

8.3.2. ¿Por qué hay empresas que, teniendo abogados internos, también consultan a abogados externos?

a) El abogado interno puede llegar a estar tan emocionalmente involucrado con la empresa para la cual trabaja que a veces pierde perspectiva, pierde objetividad frente a ciertos problemas. El abogado externo enfocará el problema con mayor “perspectiva”. En muchos casos es conveniente y se justifica requerir una opinión de asesores que habitan en un “mundo” exterior al de la empresa.

b) Hay abogados externos que tienen una experiencia más variada y amplia por estar vinculada a distintos tipos de actividades empresariales y no a una sola, o bien estar vinculados a diversas empresas de similar rama o actividad. Esto les permite tener y ofrecer perspectivas diferentes, utilizar provechosamente la experiencia de casos análogos y ofrecer, en general, un punto de vista más amplio acerca de determinados problemas, especialmente los que afectan más a la actividad de esa rama empresarial —conjuntamente a las diversas empresas del rubro— que a una determinada empresa en particular.

c) Dicho de otra manera, el abogado interno tiende a saber cada vez más acerca de los problemas legales que suele enfrentar la empresa en la cual trabaja y conocer cada vez menos acerca de las restantes cuestiones legales. Es en este último campo —por otra parte vastísimo— en el cual el abogado externo es de particular utilidad.

d) En ciertos casos o campos del derecho en que se requieren conocimientos jurídicos especializados, el mejor colaborador del abogado interno que no sabe lo suficiente al respecto (y reconocer eso es de buen abogado) es su colega externo que sí lo sabe.

Por lo general se derivan a abogados externos temas especiales, tales como: patentes y marcas, privatizaciones, propiedad industrial e intelectual, licencias, franchising, penal, aeronáutico, marítimo, aduanero, fusiones con otras sociedades, emisión de títulos valores representativos de deuda (ej. obligaciones negociables) o no representativos de deuda (ej. acciones), y el área judicial (llevado de juicios) cuando el volumen de causas en tribunales lo requiera.

e) Hay ciertos picos de trabajo en las empresas (ej.: un nuevo proyecto con facetas legales inéditas, tal el caso de una privatización, fusión, emisión de obligaciones negociables) que, en principio, no justifican incorporar uno (o más) abogados internos (y la consiguiente pérdida de tiempo que implica su adaptación dentro de la organización). En tal caso es conveniente recurrir al abogado externo especializado.

f) Si bien no hay datos precisos, en términos generales, pareciera que, dado un cierto volumen de trabajo legal en una empresa, a ésta le suele resultar más barato tener un abogado interno que tener que recurrir para todos los problemas legales a uno externo.

g) La conclusión general es que las funciones de los abogados internos y externos se complementan adecuadamente, para lo cual es muy importante que cada uno comprenda el rol que toca actuar al otro, es decir, que no se enfrenten compitiendo —de lo cual sólo

derivará perjuicio para ellos y para la empresa—, sino que sumen esfuerzos, complementándose, aportando cada uno su invaluable cuota de conocimiento para el mejor resultado y, por tanto, del éxito del trabajo en equipo.

## 9. ESTRATEGIA DEL ÁREA LEGAL DE LA EMPRESA <sup>17</sup>.

En mi opinión, el área legal debe actuar conforme a la siguiente estrategia:

a) Asesoramiento preventivo.

b) En caso de inevitable enfrentamiento con un tercero, agotar las posibilidades de negociación, antes de ir al conflicto. “Más vale un mal arreglo que un buen pleito”.

c) En principio es conveniente que los juicios los lleve un estudio externo, salvo que el área legal de la empresa permita tener una sección contenciosa.

d) Cuando el tamaño de la empresa lo permita, trabajar con más de un estudio externo.

e) En lo posible, tener la precaución de que el estudio externo cuente con más de un abogado que conozca los temas de la empresa; en caso de emergencia, no depender de una sola persona.

## 10. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS LEGALES DE LAS EMPRESAS EN LA ARGENTINA:

10.1 ¿Cuándo crear el área legal?: No es posible determinar con exactitud en qué momento el cargo de abogado interno se transforma en departamento o gerencia — área— legal, ya que la organización de la estructura de la empresa depende de sus necesidades.

Una de las principales causas de la creación de los departamentos legales es el sano hábito de asesorarse legalmente antes de una firma decisiva. Los departamentos legales brindan a la empresa, por un lado, la velocidad y calidad de respuesta de un “especialista” en esa empresa, empapado en el negocio de su único cliente; y por otro lado, la reducción de costos frente a la alternativa de la contratación de asesores legales externos.

El área legal deberá crearse cuando lo justifique:

a) El volumen y el flujo de trabajo legal.

b) Las posibilidades latentes de conflicto en áreas prioritarias de la empresa.

c) La incidencia del área legal en el costo del producto y/o servicio que brinda la empresa.

d) La naturaleza de la organización en cuanto a políticas de centralización o descentralización, sus divisiones y las necesidades de asesoramiento legal “on the spot” de cada una, el estilo organizacional y las políticas de expansión.

#### 10.2. Características del área legal <sup>18</sup>:

a) ¿Cuántos abogados debe tener el área legal?: Con un abogado o varios, con jerarquía interna de departamento o de gerencia, la dimensión de “asuntos legales” guarda más relación con la problemática operativa de la empresa que con su tamaño; aunque también se advierte especialmente en las empresas extranjeras que cuanto mayor es su tamaño más abogados internos emplean. Las empresas de comercialización tienden a contar con más abogados y a llevar sus juicios en su departamento legal, más que aquéllas con otras actividades. Los departamentos legales más grandes en la Argentina tienen unos veinte abogados (los estudios jurídicos de mayor tamaño más que duplican esa cantidad).

La tendencia es hacia un área legal “chica”, altamente calificada: pocos abogados cuyo valor para la compañía aumenta cuanto más tiempo permanecen en la organización.

Si cuenta con más de un abogado, hay que definir:

a.1) Niveles de responsabilidad funcional.

a.2) Niveles de responsabilidad jerárquica dentro y fuera del departamento.

b) Ubicación oficinas centrales: La gran mayoría de las grandes empresas argentinas tienen sus oficinas centrales en Capital Federal y Gran Buenos Aires <sup>19</sup>.

c) Incorporación tardía de abogados internos en las empresas argentinas: Si bien en las empresas argentinas privadas han existido abogados internos desde hace bastante tiempo (hay datos desde la primer década de este siglo), éstas han llegado relativamente tarde a incorporar abogados internos y tienden a llevar los juicios en su departamento legal.

d) Liderazgo de empresas extranjeras respecto de la incorporación de abogados internos: Las empresas extranjeras han liderado la expansión del mercado argentino para abogados internos.

e) Aumento de la demanda: La demanda de abogados internos ha ido aumentando con el desarrollo de la industria y de los servicios.

f) Utilización de ayuda legal externa: Todas las empresas emplean ayuda legal externa, siendo lo más frecuente tener relaciones habituales con un estudio jurídico, y en casos que por su especialidad lo justifican, con más de uno. Es decir que todos los departamentos legales emplean alguna clase de ayuda jurídica externa.

g) Relación entre el tamaño de la empresa y la cantidad de abogados internos: Cuanto

más grande es la empresa, menos utiliza abogados externos, aunque sin llegar a prescindir totalmente de ellos.

h) Cuanto más grande la empresa, suele:

h.1) Tener mayor cantidad de abogados internos.

h.2) Recurre menos frecuentemente a estudios externos.

h.3) Tiende a tener más de un estudio externo habitual.

i) Atención juicios: En el 60% de los departamentos legales algunos o todos los juicios son atendidos internamente. El 40% de las empresas encarga la atención de los juicios a abogados externos (ver nota 18).

j) Tareas de las áreas legales: El 50% de los departamentos legales atiende exclusivamente asuntos de naturaleza jurídica; el 50% restante está también involucrado en asunto no jurídicos<sup>20</sup>, principalmente relaciones institucionales —lobby—, lo cual podría indicar o bien un bajo nivel de especialización en el área de relaciones institucionales o que resulta conveniente que dicha actividad sea desempeñada por abogados (ver nota 18).

k) Tareas legales que consumen más tiempo:

k.1) Asesoramiento.

k.2) Redacción y revisión de contratos y demás documentación con contenido legal.

k.3) Llevado de juicios.

k.4) Negociaciones.

l) Interacción con otros profesionales: A diferencia de los abogados externos, que pasan más tiempo con colegas, los internos frecuentan más a profesionales de otras disciplinas, lo cual pone a prueba y desarrolla su capacidad de adaptación y enfoques interdisciplinarios. Los abogados internos suelen tratar con diversos profesionales, en el siguiente orden:

l.1) Contadores.

l.2) Ingenieros.

l.3) Abogados externos.

l.4) Licenciados en administración de empresas.

l.5) Escribanos.

m) El abogado interno y el asesoramiento impositivo: Cuanto más grande es la empresa hay mayor tendencia a asignar temas impositivos a los abogados internos. Participación del departamento legal en asuntos impositivos: 62%; no participación en tales asuntos: 38% (ver nota 18).

n) Abogados internos especialistas en determinados temas: Su existencia se vincula al mayor tamaño de las empresas y a la mayor cantidad de abogados en el departamento legal.

ñ) Dedicación exclusiva: Las empresas estatales no suelen exigir el desempeño de tiempo completo (full time). Las empresas privadas tienden a exigir dedicación exclusiva.

o) Ubicación del área legal en el organigrama de la empresa: El área legal tiende a estar a cargo de un gerente (nivel gerencial), que depende directamente de la gerencia general o del directorio. A veces depende de la presidencia del directorio.

p) Infraestructura del departamento legal:

p.1) Biblioteca: Integrada por: 1) libros acerca de las ramas del derecho que habitualmente utiliza la empresa, ej.: civil, comercial, administrativo; 2) libros relacionados con la actividad de la empresa (cuando ella se justifica; ej.: bancos, seguros, etc.); 3) publicaciones periódicas acerca de legislación, jurisprudencia, revistas especializadas en el enfoque legal de la actividad de la empresa, etc.; 4) archivos sistematizados de legislación (normas en general) vinculada con la actividad de la empresa.

Cuando ello se justifica, la biblioteca puede contar con un lector de discos láser (legislación y jurisprudencia).

Es inconveniente recurrir a bibliotecas externas; ello por la pérdida de tiempo, horarios que a veces no coinciden y porque no hay certeza de encontrar en ellas lo que se busca.

p.2) Computadoras: Especialmente procesadora de palabras e impresora. Si las computadoras son varias, habrá que analizar si es o no conveniente que funcionen (todas o algunas) en red. Modem (aparato que permite conectar la computadora por la línea telefónica con un centro de datos), en caso de justificarse.

p.3) Una (o varias) buenas secretarías: Entiendo por ello personas que se interesan por su trabajo y se identifican con el área legal, que sean cuidadosas en clasificar y archivar los asuntos, que cuando el abogado no sabe dónde está una carpeta o no se acuerda algún nombre, le ayudan a resolver el problema en vez de poner una mirada de bovina indiferencia.

Si bien no es indispensable que tengan formación jurídica, es muy conveniente que sean "paralegales" (el equivalente de una enfermera respecto del médico).

En lo posible, las secretarías no deben compartirse con otras áreas; ello suele ser fuente de conflictos, especialmente en caso de emergencias.

p.4) Archivos: Los archivos requieren ser llevados ordenadamente, de lo contrario

pasan a ser catástrofe y caos; en vez de ser una ayuda entorpecen la labor. Para que los archivos sean útiles se requiere buenas secretarías y abogados ordenados que colaboren con ellas en este sentido.

q) Perfil del área legal en las empresas argentinas:

q.1) En un extremo del espectro se encuentran áreas legales relativamente grandes, que atienden internamente todos o parte de los juicios de la empresa (o grupo empresario) y que emplean ayuda de uno o varios estudios externos en una relación no demasiado exclusiva.

q.2) En el otro extremo aparece el abogado interno que utiliza frecuentemente ayuda legal externa, en una relación más permanente y exclusiva con un estudio externo.

q.3) Al respecto, debe tenerse en cuenta que los cambios en la estructura económica del país ocurridos desde 1986 seguramente inciden sobre estos datos (ver nota 18). Creo que las empresas tienden a reducir la cantidad de abogados internos, al igual que el resto del personal. Sin embargo, no creo que el abogado interno tienda a desaparecer en la Argentina. En la medida que la economía se afiance, probablemente el número de abogados internos tenderá nuevamente a crecer.

r) Tendencia mundial: La tendencia mundial es hacia una mayor cantidad de abogados internos de empresa (in house lawyers).

s) Edad de quien tiene a su cargo el área legal: En los 30 años, el 17%; en los 40, el 20%; en los 50, el 8%. Llama la atención la relativa juventud promedio del gerente legal. Sexo masculino en todas las respuestas (ver nota 18).

t) Horarios: Elásticos. En promedio, la hora de entrada es 9,30 a.m. La hora de salida depende de las complicaciones del día, pero no suele ser antes de las 19 horas (ver nota 18).

u) Orígenes universitarios: La mayoría proviene de la Universidad de Buenos Aires, tal vez con tendencia a declinar en términos relativos (ver nota 18); téngase en cuenta que últimamente están apareciendo nuevas universidades, especialmente privadas, con prestigio creciente.

v) Contratación del abogado interno: El sistema que más posibilidades de éxito da a los postulantes es el de los contactos personales; el conocimiento de la persona es muy importante en este cargo debido a la confianza que en ella se deposita por lo delicado y confidencial de ciertos asuntos (ver nota 18).

w) Arbitraje: Un 65% de los consultados se pronunció en favor de la solución de diferencias mediante arbitraje, a pesar de la poca utilización que del mismo se hace en la Argentina (ver nota 18). En años recientes pareciera que esta solución está adquiriendo importancia en nuestro medio, especialmente debido a la crisis por la que atraviesa el Poder Judicial.

x) Dominio de idiomas: Cada vez resulta más importante el dominio de idiomas. La lengua internacional de indispensable conocimiento en empresas medianas y grandes es el inglés. Dependiendo de la empresa pueden requerirse otros idiomas, como el italiano, alemán y francés. Aún no se ha difundido en la Argentina la necesidad de conocer ciertos idiomas orientales como el japonés y el chino, pero posiblemente en un futuro no muy lejano ello suceda.

y) Síntesis: Un típico abogado interno es de sexo masculino, trabaja con otros abogados internos, pasa la mayor parte de su tiempo aconsejando y revisando/redactando documentos legales (la mayoría sobre temas de derecho comercial —sociedades y otros contratos comerciales—, laboral y derecho administrativo, usa ayuda jurídica externa, trata predominantemente con ingenieros y contadores, llega a su oficina en Bs. As. alrededor de las 9 —quizás un poco pasadas— de la mañana, probablemente es graduado de la Universidad de Buenos Aires, ha sido contratado a través de contactos personales, domina por lo menos un segundo idioma que suele ser el inglés, tiene acceso a una biblioteca de mediana a extensa, a una procesadora de palabras y a una computadora para otros usos informáticos, recibe el Boletín Oficial de la República Argentina, Anales de legislación argentina, El derecho o La ley o Jurisprudencia argentina, Derecho del trabajo, Derecho fiscal, Impuesto, etc. Puede que maneje juicios o que no lo haga. A muchos de los abogados internos se les pide que hagan “lobby” para la compañía que los emplea y muchos de ellos atienden temas impositivos (particularmente si trabajan para una compañía estatal). Los que trabajan en empresas u organismos estatales suelen estar autorizados al ejercicio independiente de su profesión —trabajo de tiempo parcial o part time— (con la incompatibilidad de intervenir en asuntos en los cuales la repartición en la que trabajan está involucrada). En cambio, a quienes se desempeñan en empresas privadas se les requieren servicios de tiempo completo (full time) —ver nota 18—.

## XI. LA ÉTICA PROFESIONAL Y EL ABOGADO INTERNO DE EMPRESA

11.1 Introducción al concepto de ética <sup>21</sup>: Etimológicamente, “ética” y “moral” derivan de conducta, costumbre, que una determinada comunidad considera buenos y convenientes para su mejor evolución y perfeccionamiento. Si bien, estrictamente hablando, los términos “ética” y “moral” no significan lo mismo, actualmente tienden a identificarse y por ello suele empleárselos indistintamente y así los utilizo en este trabajo <sup>22</sup>.

Los seres humanos, al estar dotados de voluntad y razón, cuando actúan fuera del ámbito de las leyes físico-naturales (una de cuyas características esenciales es que son leyes de causalidad <sup>23</sup>), pueden gobernarse en la vida comportándose según las reglas que les señala su libre albedrío. En este reino de la libertad, los actos humanos pueden ser considerados ya sea de acuerdo al resultado que se proponen conseguir (dominio de arte, es decir, de las ciencias y técnicas que nos enseñan cómo actuar para obtener los resultados a que aspiramos o realizar las obras que deseamos, para lo cual debemos ajustarnos a las normas técnicas <sup>24</sup>), o bien en sí mismos, con prescindencia de su finalidad inmediata y particular, lo cual pertenece al campo de la ética, en el cual no interesa la perfección o

eficacia del resultado de los actos sino la bondad y perfección misma del hombre que actúa, o bien el libre uso que hace de sus facultades. Las normas éticas no se interesan tanto en el fin concreto perseguido como en la regulación de la conducta en sí misma.

La noobservancia de las normas éticas perturba el orden establecido, según algunos (entre los que me cuento) por Dios, según otros por la naturaleza o por la sociedad, requerido para regir las conductas y relaciones de los hombres, lo cual lleva al problema de la fundamentación de las normas éticas, es decir, por qué debemos acatarlas<sup>25</sup>.

Este vasto campo de la normatividad ética puede subdividirse en dos grupos que se diferencian notablemente entre sí. Las normas morales, que persiguen el bien individual mediante la práctica de las virtudes, y las normas sociales<sup>26</sup>, que ordenan en el sentido del bien común las relaciones recíprocas de los hombres. Ello se vincula con el problema de la relación entre la ética individual y la moral social. Adviértase que la ética no proviene de la conciencia individual de cada sujeto (en cuyo caso podría haber tantas éticas como individuos), sino de la razón humana orientada a buscar los principios que deben guiar la conducta a fin de alcanzar el ideal de perfección. La finalidad común de las normas éticas es la rectitud de la conducta humana<sup>27</sup>.

La ética estudia cuál es el bien absoluto o el fin natural del hombre, examina los actos humanos señalando lo que los aproxima a ese fin (las virtudes) y lo que los aleja del mismo (los vicios). Pero no se detiene exclusivamente en la consideración de la conducta individual: pretende orientar también la conducta social de los hombres (es decir, las relaciones de cada uno con los demás), mediante la práctica de dos virtudes: la caridad y la justicia. La primera permanece en el recinto de la ética, mientras que la segunda entra en el campo del derecho, sin perder su contenido fundamentalmente moral.

Lo moral se opone a lo inmoral y a lo amoral en cuanto lo que se halla insertado en el orbe ético se opone a lo que se enfrenta con este orbe o permanece indiferente ante él. Lo moral es lo que se somete a un valor, en tanto que lo inmoral y lo amoral son, respectivamente, lo que se opone a todo valor y lo que es indiferente al valor<sup>28</sup>.

La moralidad es un fenómeno que puede verificarse en toda comunidad humana conocida; es, por tanto, un hecho, un dato de la realidad, algo empíricamente observable. Aceptamos el hecho de la conciencia moral y de que esa conciencia está expresada en principios, sistemas de valores y costumbres, es decir en normas morales.

La ética es la rama de la filosofía que se ocupa de lo que es moralmente bueno y malo, correcto e incorrecto; también se la denomina filosofía moral. La palabra “ética” significa no sólo una cierta rama del estudio de la filosofía, sino también el objeto o la materia de ese estudio.

Los términos “ética” y “moral” habitualmente se utilizan como sinónimos, por ejemplo cuando se habla sin diferenciar de la ética o la moral de una persona o de un grupo, o de sus virtudes o cualidades éticas o morales. Esta sinonimia tienen una base etimológica clara, pues la palabra griega “ethos”, de donde proviene “ética”, y la palabra latina “mores”, de donde deriva “moral”, ambas significan hábitos o costumbres.

La ética o moralidad de personas o grupos, sin embargo, consiste no sólo en lo que

hacen por hábito o costumbre, sino también en lo que ellos creen que debe hacerse de manera adecuada, correcta u obligatoria.

A menudo, pero no siempre, las acciones de los hombres constituyen una señal de lo que creen; otras veces, sus acciones pueden diferir de sus creencias, y tanto acciones cuanto creencias pueden diferir de lo que los hombres dicen que deberían hacer o creer <sup>29</sup>.

El concepto de ética debe buscarse en el campo de la actividad consciente del ser humano —fuera del campo de necesidad de las leyes naturales (ver nota 20)—, en el cual los humanos pueden decidirse, hacer o no hacer, elegir entre diversos caminos, Su actividad está librada a ellos mismos. Pues al estar dotados de voluntad y de razón, los hombres pueden utilizar estas facultades con libertad, gobernándose en la vida de acuerdo a las reglas que les señala su libre albedrío.

La moral proviene de la razón y persigue el bien individual mediante la práctica de las virtudes. Adviértase que la moral no proviene de la conciencia individual de cada sujeto (en cuyo caso habría tantas morales como individuos), sino de la razón humana orientada a buscar los principios que deben guiar la conducta a fin de alcanzar el ideal de perfección.

11.2. *Ética y normas*: La moralidad inevitablemente contiene un elemento normativo; la moralidad no puede comprenderse sin la norma, entendida como una exigencia para la acción. Mientras una persona puede conducirse por hábito o costumbre sin pensamiento reflexivo, la ética siempre involucra una evaluación reflexiva o una norma concerniente a la conducta en cuestión. Aun cuando se habla de “moral habitual”, el término no sólo se refiere a las costumbres en sí mismas, en el sentido de secuencias de conductas regulares y repetidas, sino también —aun implícitamente— que tales costumbre son en cierto modo adecuadas; no sólo es lo que se hace sino también lo que debe hacerse <sup>30</sup>.

Las normas tienen sentido ético en tanto creamos en ellas, lo que significa que no se trata de algo externo a nosotros, como pueden ser las leyes, sino a lo que nuestra conciencia acepta como correcto o incorrecto. Las normas éticas nos dan un criterio para evaluar nuestras acciones; tal criterio nos permite emitir un juicio moral cuando relacionamos una acción o intención determinadas con la norma ética que responde a la pregunta: ¿qué es correcto que haga yo en este caso? Las normas éticas no sólo indican lo que uno mismo debe hacer, sino también permiten evaluar éticamente las acciones de los demás.

En su concepción tradicional, la ética analiza, evalúa y desarrolla criterios morales normativos que considera de aplicación universal, para resolver problemas morales <sup>31</sup>.

En el reino de libertad que constituye el libre albedrío humano —que se opone al de la necesidad— los actos humanos pueden ser considerados, o bien de acuerdo al resultado que se proponen conseguir —lo cual corresponde al dominio del arte—, o bien en sí mismos, con prescindencia de su finalidad inmediata y particular —lo cual pertenece al campo de la ética—.

El arte apunta a la perfección técnica de una obra material o intelectual (ver nota 21).

La ética considera a los actos humanos en sí mismos; no tiene en cuenta la perfección

o eficacia de su resultado, sino la bondad y perfección misma del hombre que actúa, o bien el libre uso que hace de sus facultades, la corrección de su conducta en sí misma.

Las ciencias que se ocupan del estudio de la ética son las ciencias normativas, cuya finalidad consiste en establecer las reglas de orden general a las cuales debe ajustar el hombre su conducta, indicando lo que debe ser, cuál debe ser tal conducta. Estas reglas se llaman normas éticas y señalan el modo de obrar para conseguir el bien propio y el de sus semejantes, los cuales no se excluyen.

Los valores éticos, que se nos aparecen como una exigencia irrenunciable de nuestra conciencia, a veces se convierten en un puerto remoto, inaccesible, al que debemos acceder trabajosamente <sup>32</sup>.

Las normas éticas son imperativas en el sentido que imponen deberes, y su inobservancia perturba tanto la tranquilidad de conciencia de quien las viola cuanto el orden social impuesto para regir las relaciones entre los hombres. La aplicación de las normas éticas a los casos concretos requiere de la virtud de prudencia.

Frecuentemente un mismo acto es regulado simultáneamente por normas técnicas y éticas; así, cuando la persona a quien se encarga una construcción (contrato de locación de obra material) no pone los materiales adecuados (en cantidad o calidad) viola la regla técnica de su arte y a la vez la norma ética que lo obligaba a cumplir fielmente el contrato. Pero sólo este último aspecto permitirá aplicarle una sanción.

Los actos regidos por las normas éticas tienen, al igual que toda actividad humana, su propia finalidad, la cual consiste en la regulación de la conducta humana en sí misma, a diferencia de las normas técnicas que se interesan en el fin concreto perseguido. Cualesquiera sean los objetivos singulares o parciales perseguidos cotidianamente, las normas éticas indican cómo debemos obrar para no apartarnos del camino que conduce a nuestra perfección, ya mediante la realización de una vida virtuosa (normas morales), ya mediante el acatamiento de las reglas que impone la convivencia (normas sociales). Las normas éticas indican cómo debemos obrar para que nuestra conducta sea recta; de tal manera, la finalidad común de las normas éticas es la rectitud de la conducta humana.

La moral no se detiene en la consideración de la conducta individual: pretende orientar también la conducta social de los hombres (es decir, las relaciones de cada uno con los demás), mediante la práctica de dos virtudes: la caridad y la justicia. La primera permanece en el recinto de la moral, mientras que la segunda entra en el campo del derecho sin perder su contenido fundamentalmente moral.

Este vasto campo de la normatividad ética puede subdividirse en dos grupos que se diferencian notablemente entre sí: las normas éticas, que persiguen el bien individual mediante la práctica de las virtudes; y las normas sociales, que ordenen en el sentido del bien común las relaciones recíprocas de los hombres (ver nota 19, puntos c) y d)).

Las normas éticas son imperativas, en el sentido que constituyen un deber de conciencia, pero no son obligatorias como las normas jurídicas, que pueden ser exigidas coactivamente por la autoridad.

11.3. **Ética y derecho:** El hombre no puede dejar de vivir en sociedad; para regir sus relaciones con los demás deben dictarse normas obligatorias que regulen la convivencia. Las mismas se conocen como derecho, el cual, por las razones expuestas, constituye un ordenamiento necesario <sup>33</sup>. El derecho se ubica en el reino de la libertad y consiste en un ordenamiento que tiene por objeto regular de manera obligatoria la parte de la conducta humana en sociedad relativa a los actos de los hombres en sus relaciones con sus semejantes, buscando la realización de un orden justo, tendiente al ideal de justicia. Debido a que el derecho es, en síntesis, la realización objetiva de la justicia, se advierte la íntima vinculación existente entre ésta y la moral <sup>34</sup>.

El bien individual y el bien común no pueden separarse, porque siendo el hombre naturalmente un ser social, su propio bien le indica que debe procurar la conservación y perfeccionamiento de la comunidad en que vive. Y de esta necesidad proviene el deber de cumplir con sus obligaciones para con los demás, preceptos que vienen impuestos, a la vez, por la justicia como virtud moral y por el derecho como exteriorización de la justicia. De esta relación derivan los estrechos vínculos que existen entre moral y derecho.

El derecho no es otra cosa que la reglamentación práctica de normas morales básicas, que constituyen su único fundamento legítimo. Toda la vida del derecho está impregnada de moral. Esta y aquél forman un todo inseparable, un conjunto armónico y racionalmente necesario, dado que la conducta humana ha de ser recta, es decir, a la vez virtuosa y jurídica. La adhesión estrecha de las normas jurídicas a la moral es indispensable <sup>35</sup>. Todas las doctrinas que pretenden desvincular a la moral del derecho conducen naturalmente a los peores resultados al admitir la omnipotencia del legislador y, por lo tanto, el absolutismo del estado <sup>36</sup>.

La moral se superpone parcialmente con el campo del derecho; únicamente entran en el mismo las normas morales indispensables para regular las relaciones sociales <sup>37</sup>.

El sistema moral es más estricto que el jurídico. Ya lo había advertido en Roma el jurisconsulto Paulo cuando dijo que no todo lo permitido es honesto.

11.4. **Breve noción del contenido de las normas jurídicas:** Las normas jurídicas provienen de las tres formas que rigen la actividad humana; en otros términos, el derecho establece o absorbe simultáneamente normas morales, normas sociales y reglas técnicas. Las normas jurídicas tienen dicho triple contenido; considerada aisladamente, cada una de las normas jurídicas traduce un precepto moral, una ley social o una regla técnica <sup>38</sup>. Todo ello tendiente al logro del ideal de justicia.

Las normas jurídicas no abarcan todo el campo de la ética ni todo el dominio del arte, no regulan la actividad humana en su totalidad, sino solamente en todo aquello que es necesario reglamentar para alcanzar la justicia y el bien común.

El ordenamiento creado por el derecho regula en parte la conducta humana, y por lo tanto integra el reino de la libertad, ya que el derecho supone y exige el libre albedrío. Si sanciona a quien no cumple sus obligaciones, si castiga al delincuente, es porque cree que la conducta de uno y otro pudo haberse orientado en un sentido recto. Sin esta aceptación del libre albedrío como molde dentro del cual se desenvuelve la conducta humana no podría

construirse un orden jurídico, pues entonces habría que suponer un determinismo negativo de toda responsabilidad, que imposibilitaría la convivencia. Para el derecho, en principio, los hombres son siempre responsables de sus actos.

Dentro de este reino de la libertad, el derecho tiene principalmente un contenido ético que lo convierte en una ciencia normativa. Sus bases fundamentales provienen de la moral, y esta parte es la que se conoce en doctrina bajo el nombre de derecho natural. Pero la mayoría de las normas jurídicas son normas sociales, establecidas para regular adecuadamente los infinitos problemas que suscita la convivencia humana. Y por último, hay también normas técnicas que convierten al derecho en un arte.

A diferencia de las normas éticas, que no pueden imponerse coactivamente, sino que son imperativas para la conciencia de cada uno, en el sentido que imponen deberes de conciencia, las normas jurídicas se caracterizan por ser obligatorias, coactivamente exigibles, ya que los hombres pueden —en la enorme mayoría de los casos— ser compelidos a cumplirlas o a recibir un castigo por su violación. El cumplimiento de las normas morales no puede ser coactivamente reclamado, en cambio, sí puede serlo el de las jurídicas. De tal manera, el orden moral, sujeto al voluntario acatamiento de los seres humanos, se convierte a través del derecho en un sistema de cumplimiento obligatorio. El libre albedrío se restringe por la amenaza de una sanción externa, positiva, distinta de las sanciones morales o sociales.

Sin embargo, al adecuarse el derecho a la moral, ha de ser obedecido “no sólo por temor al castigo, sino también por obligación de conciencia”<sup>39</sup>.

11.5. El abogado interno y la ética<sup>40</sup>: Debido a que la función del abogado consiste en defender mediante las armas de la justicia los intereses de quienes integran la comunidad, la corrección de su conducta resulta de primordial importancia<sup>41</sup>.

La problemática ética del abogado interno básicamente consiste en determinar si el abogado con relación de dependencia, y en consecuencia sometido al principio de autoridad jerárquico dentro de la empresa, puede conservar la independencia necesaria requerida para su correcta actuación. Para comportarse éticamente un abogado requiere una cierta —aunque no absoluta— libertad de actuación y su consecuente independencia de criterio.

Adviértase que desde el punto de vista ético, un abogado asalariado en un estudio jurídico se encuentra en situación similar a un abogado interno, ya que ejercerá su profesión en un marco de subordinación laboral al mismo tiempo que deberá mantener libertad de actuación e independencia de criterio.

Constituyen principios básicos de la ética profesional del abogado interno:

a) No aceptar tareas incompatibles con lo que le dicta su conciencia: “la lucha por el derecho plantea, cada día, el problema del fin y los medios”<sup>42</sup>.

b) Mantener en la mayor medida posible la capacidad de emitir juicios independientes<sup>43</sup>.

De no contar con la mínima libertad que le permita actuar en tal sentido, pasa también a constituir una cuestión ética el continuar o no en tal situación de trabajo profesional. Ello

deberá analizarse teniendo en cuenta la situación individual particular (ej.: posibilidad de obtener otro trabajo, necesidad de mantener una familia frente a los ahorros con que se cuenta, etc. En tal caso quizá una planificación de cambio de trabajo a corto o mediano plazo sea lo más aconsejable).

#### 11.6. Conductas éticas del abogado interno:

a) Al igual que el abogado externo (respecto de sus clientes), el interno debe proteger y defender el derecho de inviolabilidad de la documentación a su cargo o que por cualquier motivo conozca de la empresa en que trabaja <sup>44</sup>. La violación a ello provocará que la organización disminuya o pierda la confianza que hubiera depositado en el abogado interno.

b) Mientras que el abogado externo es libre de aceptar o rechazar asuntos, o instrucciones de actuar en determinado sentido, el interno, al actuar en relación de dependencia, en principio está sujeto a las directivas impartidas por su empleador a través de su superior jerárquico en la organización.

En casos extremos, el abogado interno podrá justificar su declinación fundándose en normas éticas y/o legales que puedan afectarlo personal o profesionalmente. Estaríamos aquí ante un conflicto entre el principio de independencia del abogado y la situación de dependencia laboral en que se encuentra, lo cual se traduce en una situación de dependencia económica del abogado interno respecto de la empresa en la que trabaja.

La dependencia económica en que se encuentra el abogado interno es muy fuerte. Si depende de su sueldo para comer durante el mes, los conflictos éticos pueden llegar a adquirir una dimensión colosal y ante la imposibilidad de convencer a la organización de comportarse éticamente —aunque sea por conveniencia y no por convicción— la única solución al problema puede llegar a consistir en planificar el cambio de trabajo, con lo cual probablemente haya que convivir con el problema ético durante un plazo que no suele ser demasiado corto.

El no prestarse a determinadas conductas reñidas con la ética puede acarrear problemas al abogado interno dentro de la organización empresarial. A veces la línea de la organización presiona para que el abogado opine interpretando el derecho de una manera indebidamente favorable a la empresa.

En definitiva, al igual que cualquier otro empleado, el abogado interno debe negarse a violar normas éticas y/o legales.

c) Distinguir entre inteligencia y arrogancia. Ello requiere un delicado equilibrio entre: a) saber decir no de manera adecuada y cuando resulte realmente necesario, a fin de provocar las menores resistencias posibles (siempre algunas habrá) dentro de la organización; y b) cuidarse de no dar la imagen de “yes-man”.

Carece de valor real una opinión dada por complacencia, o por interés personal o bajo el efecto de una presión externa. En caso de adoptar la actitud de decir a todo que sí,

probablemente la organización en el corto plazo estará satisfecha con las opiniones del asesor legal complaciente; sin embargo, seguramente a la larga, el abogado interno proyectará una imagen de personalidad débil que le puede acarrear una falta de respeto profesional y personal, de peligrosas consecuencias para él, en buena medida por los problemas que tal actitud —vista con perspectiva— ocasiona a la empresa.

d) Lograr que la organización vaya teniendo mayor respeto y reconocimiento por el área legal. Ello especialmente mediante la prestación de un servicio excelente, es decir, que el asesorado se dé cuenta de que está recibiendo opiniones o recomendaciones de alta calidad, basadas en: a) conocimiento pleno de los hechos en cuestión; b) profundo análisis de las normas y demás aspectos legales relevantes; c) consideraciones de política empresarial; d) enfoque imaginativo y propuestas adecuadas a la realidad; e) exposición clara y sintética del problema; f) propuesta de una solución al mismo o, al menos, de cómo hay que encararlos y encauzarlos.

e) Buscar otros puntos de referencia desarrollando paralelamente la actividad de abogado interno y externo. No todas las empresas lo admiten (exigencia de trabajo tiempo completo [full-time]); por otra parte, habitualmente no se dispone de tiempo ni de energía para desempeñar adecuadamente ambas tareas.

f) Frente a las diversas líneas políticas internas que suele haber en toda organización empresarial, el abogado interno debe conocerlas y normalmente poder identificar de cuál de ellas proviene la consulta o instrucción recibida.

g) Adecuar la forma —no la sustancia— de sus dictámenes a las circunstancias políticas internas; por ejemplo, emitiendo sus opiniones tratando de evitar que puedan ser distorsionadas o utilizadas políticamente por las líneas internas. En otras palabras, cuidarse de no ser usado indebidamente.

h) El jefe del área legal debe proteger a sus abogados y demás colaboradores contra los embates que éstos puedan sufrir injustificadamente por parte de otros integrantes de la organización empresarial (obviamente, también debe protegerlos de embates de terceros ajenos a la empresa). Naturalmente, subsiste el problema de quien protege al jefe.

i) El abogado interno debe también saber defenderse de los peligros que habitualmente existen dentro de las organizaciones empresariales. Ejercer esa defensa propia no es más que cumplir un principio básico de la ética profesional: mantener en la mayor medida posible la capacidad de emitir opiniones independientes, ajustadas a lo que a su leal saber y entender es el enfoque que tiende a la justicia del caso, y sin que estén influidas por presiones indebidas de la organización.

j) En definitiva y en general, se trata de actuar en forma de lograr un delicado equilibrio: decir que no cuando corresponda, pero de manera adecuada; cuidarse de no ser utilizado indebidamente, etc. Ello no debería ser imposible para un buen abogado, puesto que nuestro trabajo consiste en manejar situaciones difíciles en defensa de nuestros clientes.

## Fuentes de información de este trabajo:

a) N. Guillermo Molinelli: “El abogado interno de empresa”; La Ley, 20/2/90, suplemento de actualidad.

b) N. Guillermo Molinelli: “Los departamentos legales de empresa en la Argentina”; La Ley, 1989-C., sección Doctrina, p. 1345.

c) N. Guillermo Molinelli: “La ética profesional y el abogado interno de empresa”; La Ley, 19/4/90, suplemento de actualidad.

d) Francisco Mancuso: “La función del abogado en la vida social”; La Ley, 21/5/91.

e) Albert Louis Dupont Willemin: “El secreto profesional y la independencia del abogado”.

f) Carlos Mouchet - Ricardo Zorraquín Becú: “Introducción al derecho”; Ed. Perrot, 7ma ed., Bs. As., 1970.

g) Profesora Carola Crespo Naón de Blaquier: textos para la enseñanza de la materia Filosofía (capítulos sobre ética), común a las carreras de Ciencias Políticas, Economía y Administración de Empresas, en la Universidad de San Andrés.

h) Eduardo J. Couture: “Los mandamientos del abogado”; Ed. Depalma, Bs. As., 1976.

i) Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972.

j) “Abogados in company”; revista Apertura, marzo 1992.

k) Experiencias personales del autor como director y gerente de asuntos legales durante veinte años de un grupo empresario líder en la Argentina.

---

## Notas:

<sup>1</sup> a) Abogado:

a.1) “La palabra abogado procede de la latina *advocatus*, que significa llamado, porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a las personas que tenían un conocimiento profundo del derecho. También quiere decir patrono, defensor, letrado, hombre de ciencia, jurisconsulto, hombre de consejo, esto es de consulta; jurista, hombre versado en la erudición del derecho y en la crítica de los códigos, según los principios de la filosofía, de la moral y también de la religión” (Guillermo Cabanellas “Diccionario de derecho usual”, Ed. Heliasta, 11ª ed., Bs. As., 1977, T. I, p. 15, “abogado”). En Roma, el proceso “requería la presencia de defensores que nombraba el pretor. Surge así la palabra *ad-vocatus* —llamado a defender a otro— (Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs.As., 1987, p.40).

a.2) Se denomina abogado a la persona que ha cursado estudios de derecho y obtenido un título habilitante para ejercer la profesión jurídica. En algunos países, para obtener matrícula profesional (habilitación para ejercer la profesión) se requiere, además, cumplir con un

período de práctica profesional bajo la tutela de un abogado (José Alberto Garrone: "Diccionario jurídico Abeledo-Perrot"; Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, T. I., p.16, "abogado").

a.3) Garrone señala que "abogacía es la denominación que se da a la profesión de abogado, es decir, a la profesión de la persona especializada en ciencia del derecho (o, si se quiere, en ciencias jurídicas); y da la siguiente definición de abogacía: "es la profesión del especialista en ciencias jurídicas, cuya misión esencial es la defensa (judicial o extrajudicial) de los derechos de las personas, no sólo en función del derecho, sino también en función de la justicia y la moral" (ob. cit. T.I, p.16, "abogacía").

a.4) "Una visión comparativa de la historia de los diversos pueblos y naciones podría llevarnos a sostener que antes de Roma no existieron los abogados con funciones delimitadas jurídicamente. No es así, sin embargo. Desde la más remota antigüedad, toda vez que un hombre virtuoso imbuido de un alto espíritu de justicia, se vio compelido a auxiliar por un mandato interior caritativo o altruista, a un semejante necesitado de defensa ante los tribunales, en ese mismo momento surgió de los hechos el abogado. Más que un profesional técnico en el manejo de la ley, era, como se dijo, un hombre justo, generalmente culto, dotado de firmeza de carácter, a lo que sumaba, en ocasiones en mínimo grado, el conocimiento de la tradición jurídica oral o escrita" (Raúl Horacio Viñas: "Ética y derecho de la abogacía y procuración"; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 29).

a.5) "En Roma, las mujeres desempeñaban la profesión de abogado hasta que fue prohibido por edicto, debido a que Caya Afrania, demasiado viva de genio, acostumbraba a molestar al pretor con la violencia de sus arengas. Solamente se les permitió abogar por sí mismas". En las Partidas de Alfonso el Sabio, "a las mujeres se les prohibía el ejercicio de la abogacía ... porque, cuando pierden la vergüenza, es fuerte cosa de oír las y de contender con ellas" (Cabanellas, ob. y lug. citados).

b) La función del abogado:

b.1) Este trabajo está destinado principalmente a abogados; por lo tanto resulta casi superfluo señalar que, en términos generales, la función del abogado es defender derechos con el fundamento de la justicia. La causa será un interés, no necesariamente económico; en última instancia un interés humano, ya que nada de lo que hacemos tiene sentido si no tiene por finalidad directa o indirecta al ser humano.

b.2) La misión esencial del abogado "es la defensa de los derechos de las personas, ya sea que lo haga judicialmente (patrocinio ante los tribunales), o extrajudicialmente (asesoramiento privado)" (José Alberto Garrone: "Diccionario jurídico Abeledo-Perrot"; Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, T.I, p.16, "abogado").

b.3) "La profesión de abogado se ejerce en dos terrenos distintos: extrajudicialmente y ante los jueces. De esto surge claramente la doble función profesional del abogado. 1) Como consultor y consejero, asesora extrajudicialmente a las personas. Esta función tiene la particularidad de que pone de manifiesto cabalmente la ética profesional: en efecto, es en ella donde el abogado puede y debe desempeñar una misión conciliatoria y no "pleitista", puesto que el abogado debe ser un pacificador, buscando el reconocimiento amistoso de los derechos sobre cuya defensa se le consulta. No debe pues iniciar causas injustas o innecesarias, como hacen precisamente los leguleyos —deshonra del gremio que desprestigian la profesión— con la única finalidad de percibir mayores honorarios. Porque, como es obvio, de esta profesión puede hacerse tanto un noble apostolado como un repudiado comercio. 2) Como patrocinante en los juicios defendiendo los derechos de las personas ante los jueces" (Garrone, ob. cit., p. 16, "Abogacía").

b.4) La sustancia fundamental de la profesión de abogado tiene su base, más que en la defensa de los intereses privados, en fines de utilidad pública. El abogado cumple funciones o actividades no sólo en favor de intereses privados o particulares, sino, y esencialmente, en beneficio de la comunidad toda, pues al luchar por el derecho y la justicia alienta el progreso y pugna por la paz social, al defender la libertad resguarda los derechos más sagrados del hombre, al constituirse en un auxiliar y colaborador de la justicia está prestando una función trascendente en favor de la sociedad política, al prevenir litigios y facilitar la conciliación contribuye a la tranquilidad y convivencia de la comunidad, al promover el progreso y perfeccionamiento del derecho colabora con su aporte a que las normas jurídicas acompañen el desarrollo de la sociedad, al adquirir el abogado buen concepto público y privado su imagen sirve como ejemplo, y al asesorar y defender gratuitamente a los carentes de recursos cumple con un deber fundamental de los postulados de su profesión. Para que toda esa trascendente actividad pueda concretarse efectivamente, el abogado debe conservar celosa-

mente su independencia, es decir que debe actuar sin presiones, compromisos ni ataduras, con toda libertad, sin otra sujeción que a la ley y a las normas de la ética. La libertad de pensamiento del abogado obliga a que en el cumplimiento de su cometido profesional actúe con absoluta independencia de todo otro interés que no sea, en primer término, el de la justicia como valor supremo, y después con el de la defensa de quien ha confiado en él (Francisco Mancuso: "La función del abogado en la vida social"; *La Ley*, 21/5/91).

c) Abogado de empresa: Es aquel abogado que se especializa en cuestiones jurídicas empresariales, tales como: obligaciones y contratos comerciales (entre ellos las sociedades comerciales) y civiles, títulos valores, negociaciones comerciales, derecho del trabajo y de la seguridad social, derecho administrativo, etc. El abogado de empresa puede ser tanto interno, es decir integrando el grupo de personas que tienen relación de dependencia con la empresa, o bien externo, actuando en forma independiente o formando parte de un estudio jurídico (en las diversas formas posibles; básicamente: socio, asociado o empleado).

d) Abogado interno de empresa: Es un empleado que ejerce su profesión dentro de la organización de la empresa, teniendo relación de dependencia con la misma. En este trabajo lo denominó abogado interno.

e) Empresa comercial:

e.1) Organización de personas, bienes y servicios, para la producción e intercambio de bienes y/o servicios en forma rentable y eficiente. En términos generales, la empresa no necesariamente tiene una finalidad económica —lucro, rentabilidad— (ej.: una fundación tiene finalidad de bien público, sin ánimo de lucro; y una asociación civil sin fines de lucro; etc.).

e.2) Cuando la empresa es de naturaleza comercial, necesariamente tiene finalidad económica. Al respecto, téngase en cuenta el fenómeno de "comercialización del derecho civil", en virtud del cual se va desdibujando la distinción entre derecho civil y comercial en el campo de las obligaciones y de los contratos (al respecto, puede consultarse: Rodolfo Blaquier: "La unificación de la legislación civil y comercial y la unificación de las normas en materia de sociedades como un avance en dicho sentido", publicado en *El Derecho*, Tomo 132, Págs. 777/797).

e.3) La Misión Empresarial 1993, proyectada y organizada por la Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa (ACDE), "en la búsqueda de empresas más justas y más humanas se planteó un tema expuesto ya por el Papa a los obispos italianos cuando se refirió a la necesidad de una cultura del trabajo, pero también de una cultura empresarial cuyo justo medio, dijo, debe estar entre la eficiencia y la solidaridad; cuestión ineludible que enfrenta al empresario cristiano con dos realidades consideradas a menudo incompatibles. Si la empresa es una entidad con fines de lucro, la solidaridad corre por otros carriles, se ha dicho. Tal vez el punto de equilibrio resida en reconocer que así como es necesaria la solidaridad con las personas, también lo es con la propia empresa; porque si es indispensable el respeto por los demás, también la empresa debe ser considerada en su función de creadora de bienes y servicios para la comunidad"; Juan Esteban Ezcurra, "Actividad religiosa", diario *La Nación* del 15/XI/93.

f) La empresa puede ser privada, pública o mixta. En este trabajo, cuando me refiero a empresa, me refiero principalmente a la empresa comercial privada.

g) La finalidad de la empresa: g.1) En mi opinión, la finalidad de la empresa no es la rentabilidad o lucro tendiente a producir, sino como medio (o materia prima) tendiente a producir y/o intercambiar mayor cantidad y/o calidad de bienes y servicios para abastecer las crecientes necesidades de la comunidad. Dentro del macrosistema comunidad, la meta de la empresa es contribuir al progreso social y económico de un país. El lucro para la empresa viene a ser como el combustible para la máquina: si bien no puede funcionar sin él no es su finalidad última o su razón de ser. Suele confundirse la finalidad de la empresa con su rentabilidad o lucro debido a que es más fácil medir los resultados de la empresa en base a parámetros económicos que sociales. g.2) El Papa Paulo VI ha señalado que en la búsqueda de empresas más justas y más humanas es necesaria "una cultura empresarial cuyo justo medio ... debe estar entre la eficiencia y la solidaridad; cuestión ineludible que enfrenta al empresario cristiano con dos realidades consideradas a menudo incompatibles. Si la empresa es una entidad con fines de lucro, la solidaridad corre por otros carriles, se ha dicho. Tal vez el punto de equilibrio resida en reconocer que así como es necesaria la solidaridad con las personas, también lo es con la propia empresa; porque si es indispensable el respeto por los demás, también la empresa debe ser considerada en su función de creadora de bienes y servicios para la comunidad" (Ezcurra, Juan Esteban: "La misión empresarial 1993"; diario *La Nación*, 15/11/93, página editorial, sección "Actividad religiosa").

h) Organización: La idea esencial que subyace en el concepto de empresa es la de

organización. En el caso de la empresa —necesariamente compuesta por varias personas, aunque no todas participen de la propiedad de la empresa—, la organización es la coordinación de esfuerzos de diversas personas físicas tendientes al logro de una finalidad común a ellas.

El trabajo dentro de la empresa se caracteriza por la conjunción organizada de diversas disciplinas tendientes al objetivo común; por lo tanto resulta indispensable el trabajo en equipo. Para los amantes de la música, esto se comprende mejor diciendo que se trata más de integrar un coro que de ser solista.

- <sup>2</sup> En sentido amplio, cultura es todo aquello que hacen los humanos y que no pueden hacer los restantes animales; ej.: comunicarse mediante el lenguaje articulado, fabricar utensilios, etc., así como lo que hacen los hombres de manera distinta a la de los animales, ej.: comer, dormir, etc.
- <sup>3</sup> a) En este trabajo no utilizo las palabras profesión y profesional en la estricta acepción que tienen en el campo del trabajo; es decir no me refiero a profesión como empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución, ni aplico el término profesional a aquella persona que practica habitualmente una actividad de la cual vive (Diccionario de la Real Academia Española); es decir, que dedica su vida de trabajo a una determinada actividad —profesión—, independientemente de tener o no algún título habilitante; tal el caso de un empleado administrativo, quien, quizá sin haber completado sus estudios secundarios, debiera ser considerado un profesional desde un punto de vista estricto. En cambio, aquí utilizo dicho vocablo como sinónimo de profesión liberal; es decir que considero profesional a una persona que tiene un título habilitante para ejercer una profesión determinada cuyo otorgamiento requiere de estudios universitarios o, al menos, técnicos de nivel secundario.  
b) Según Guillermo Cabanellas (“Diccionario de derecho usual”, Ed. Heliasta, 11ª edición, Bs. As., 1977, T.III, p. 397), “profesión liberal” es “aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales, como las del cirujano y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos. La singularidad de la profesión liberal surge de que no existe relación de dependencia ni permanente con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios; además, salvo establecerse aranceles especiales por el poder público, el profesional liberal determina libremente su remuneración, que recibe el nombre de honorarios. Tal independencia, sin embargo, se ve comprometida en ciertas modalidades del derecho laboral. En principio, la posición de los que ejercen una profesión liberal es de autonomía en la prestación de sus servicios; al que la desempeña no se le considera como trabajador en el concepto restringido de sujeto del contrato de trabajo. La dificultad surge, evidentemente, en ciertos profesionales que ejercen su actividad bajo dependencia ajena y perciben no honorarios sino un sueldo... Entonces pueden quedar comprendidos dentro de la legislación laboral, y por tanto ser sujetos del contrato de trabajo quienes ejercen una profesión denominada liberal...”  
c) En el derecho romano, la distinción entre los servicios prestados por abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, etc. “y los trabajos manuales era tajante; sólo los primeros se consideraban propios del hombre libre y para éste era un deshonor hacerse pagar un trabajo intelectual, que tenía carácter principalmente gratuito; sólo se pagaba el trabajo manual. En nuestros días, las ideas han sufrido un cambio sustancial. El trabajo manual no es ya un desdoro sino que, por el contrario, hace honor al que lo cumple... Todo trabajo, sea intelectual o material, merece igual respeto. Esto no significa que estén sometidos al mismo régimen jurídico. Hay entre ellos profundas diferencias de naturaleza que, forzosamente, deben traducirse en su regulación legal” (José Alberto Garrone: “Diccionario jurídico Abeledo-Perrot”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, T. III, p. 189, “Profesiones liberales”).  
d) El término “honorario” proviene del desempeño gratuito que durante buena parte de la antigüedad tuvo la profesión de abogado (Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p.34).
- <sup>4</sup> En todas las civilizaciones antiguas (sumeria, babilónica, egipcia, griega, romana, etc.) había quienes impartían justicia, bien fuera el soberano (rey, emperador, etc.) o personas delegadas por éste a tal efecto. Sin embargo, tales funciones eran compartidas con otras (militares, religiosas, de gobierno, etc.).  
Si bien no soy historiador, entiendo que el primer cargo público creado exclusivamente como

auxiliar de la justicia es el de pretor en la civilización romana. Este cargo creado en 367 a.C. tenía en su origen principalmente funciones militares (etimológicamente, *prae-ire* significa ir adelante, el que manda, jefe, general); luego quienes desempeñaban tales tareas pasaron a llamarse cónsules. Debido a que las funciones militares absorbían las tareas de los cónsules, comenzó a resentirse la administración de justicia y fue necesario separar los poderes militares de los jurisdiccionales.

Así, hacia el año 340 a.C., surge nuevamente la magistratura del pretor, cuya función, esta vez, esencialmente consistía en servir a la administración de justicia, ordenando y dirigiendo el proceso civil. No actuaba como juez, pues no podía dictar sentencia. Estudiaba los casos y los elevaba al *iudex* (en los orígenes del derecho romano, era el juez privado designado por las partes), quien dictaba sentencia, indicándole las normas aplicables al caso o dando una solución equitativa al litigio. Esta última actividad transformó a los pretores de meros encargados de administrar el procedimiento en creadores de nuevos rumbos y horizontes para el derecho —dando origen a lo que se conoció como derecho pretorio— y su consiguiente contribución a la colosal obra del derecho romano. Esta magistratura fue abolida hacia el año 300 d.C., bajo el gobierno del emperador Diocleciano.

- <sup>5</sup> La dependencia económica de los abogados internos es una de las causas por las que en algunos países se los excluye de los colegios profesionales respectivos (Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda y Suecia) ; Guillermo Molinelli; “La ética profesional y el abogado interno de empresa”; *La Ley*, 19/4/90, Suplemento de actualidad.
- <sup>6</sup> Hay algo muy parecido a la función del abogado interno en una empresa: la de los peritos en un juicio. Usualmente la opinión de los peritos es importante, a veces es decisiva, pero de todos modos auxiliar, ya que en definitiva, los que evalúan su relevancia son los abogados y el tribunal. En la empresa, el abogado interno es un auxiliar: al igual que en el caso de los peritos, su opinión es usualmente importante, a veces decisiva, pero los que en definitiva evalúan su relevancia pertenecen a otra profesión, con objetivos propios (Guillermo Molinelli, “El abogado interno de empresa”; *La Ley*, 20/2/90, Suplemento de actualidad.
- <sup>7</sup> Se suele pretender que tales empresas siempre arrojen utilidad, criterio que no comparto. Creo que las empresas públicas deben prestar servicios eficientes y administrar eficientemente sus recursos, ello con independencia de que arrojen utilidades o pérdidas. Adviértase que hay algunos servicios públicos cuya prestación es casi por definición deficitaria (ej.: educación). En mi opinión, el estado (cuyas funciones esenciales son: el gobierno, la justicia, la educación —que puede compartir con los particulares—, la defensa frente a ataques del exterior y la seguridad interior) no debe realizar actividades que pueden ser desempeñadas por los particulares.
- <sup>8</sup> El hombre de negocios no debe pretender que el abogado interno piense como hombre de negocios; la función del abogado interno es razonar como abogado; si él no lo hace, seguramente nadie lo hará. Ello no quita que el abogado interno participe desde el inicio en la discusión del negocio que la empresa pretenda encarar (“Abogados in company”; revista *Apertura*, marzo 1992).
- <sup>9</sup> La proporción de comunicaciones de los abogados internos con no abogados probablemente es abrumadoramente mayor que la de los externos (Guillermo Molinelli: “El abogado interno de empresa”; *La Ley*, 20/2/90, Suplemento de actualidad).
- <sup>10</sup> a) “Que el abogado tenga ciencia supone un conocimiento lo más generalizado y profundo posible del derecho positivo vigente (ley, doctrina, jurisprudencia). Ello exige un considerable y tesonero esfuerzo, dadas las constantes mutaciones del derecho sustantivo y adjetivo en sus distintas ramas, a punto tal que ya prácticamente es imposible abarcarlo todo, y aparece ya como necesidad urgente la especialización en alguna de esas ramas, sobre la base jurídico-cultural amplia que da la universidad” (Viñas, ob. cit., p.114).  
b) Señala Couture que “el derecho se transforma constantemente” y que el abogado que no sigue los pasos de esa transformación será “cada día menos abogado”; y agrega: “el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando” (Eduardo J. Couture: “Los mandamientos del abogado”; Ed. Depalma, Bs. As., 1976, p.11).
- <sup>11</sup> Independientemente del estilo adoptado, el abogado debe ser responsable y diligente, es decir que debe poner un cuidado adecuado en la atención y manejo de los asuntos que se le confían,

vigilando con celo y dedicación las diversas etapas en que se desenvuelven los mismos (Viñas, ob. cit., p.116).

- <sup>12</sup> Una de las principales funciones del abogado interno es hacer derecho preventivo de posibles conflictos y controversias derivados de la actividad de la empresa en el mundo de los negocios (“Abogados in company”; revista *Apertura*, marzo 1992).
- <sup>13</sup> A los ejecutivos no les interesa la opinión de la doctrina ni los pronunciamientos de la jurisprudencia (Guillermo Molinelli: “El abogado interno de empresa”; *La Ley*, 20/2/90, Suplemento de actualidad).
- <sup>14</sup> La eficacia del asesoramiento tiene relación directa con el conocimiento que el abogado tiene del negocio. Cuando no es así, hay un desnivel en la comunicación del estudio externo, demasiado jurídico; empresario, demasiado práctico. El abogado interno sintetiza ambas funciones: “traduce” las comunicaciones entre el abogado externo y el empresario (“Abogados in company”; revista *Apertura*, marzo 1992).
- <sup>15</sup> a) Un no del abogado interno puede acarrearle consecuencias desfavorables como, por ejemplo, adquirir una imagen de abogado poco imaginativo, rígido y resultar perjudicado en las respectivas evaluaciones anuales, aumentos de sueldo, ascensos y progresos en su carrera, en general. El delicado balance que debe existir entre un rol “constructivo” para el departamento legal y su habilidad para proveer asesoramiento profesional desprejuiciado es más fácil de ser expresado que actuado; Guillermo Molinelli: “La ética profesional y el abogado de empresa”; *La Ley*, 19/4/90, Suplemento de actualidad.
- b) Una de las funciones principales del abogado —tanto interno cuanto externo— es tener conciencia de estar inmerso en “una estructura social en ininterrumpida variación”. Para que no se produzca un divorcio entre la cambiante realidad de la vida y el derecho, el abogado debe “pensar con soltura creativa los cambios institucionales necesarios para acompañar, mediante los instrumentos formales, las aspiraciones e intereses que la sociedad transparente de manera desordenada”; debe aprender a comprender las urgencias y a darles respuesta jurídica satisfactoria. “El abogado se halla en mejor aptitud intelectual para absorber las contestaciones, el proceso de metamorfosis de la estructura social, las oposiciones, el disenso, la eventualidad de que varias opiniones sobre un mismo tema sean posibles, válidas o auténticas y en todo caso igualmente respetables. Esa formación lo dota de una singular apertura y flexibilidad para asimilar y compatibilizar los distintos puntos de vista, a través de una consideración abierta y flexible” (Augusto Mario Morello; prólogo al libro de Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972).
- Considero que estas ideas son válidas y aplicables tanto a la comunidad de un país cuanto a la de una empresa.
- <sup>16</sup> Conforme a nuestro derecho, en principio, un estudio jurídico no es una empresa comercial, ya que el ejercicio de las profesiones liberales (ver nota 3, b) y c9)), en principio, no es considerado de naturaleza comercial (cód. comercio, art. 8). Excepcionalmente sería comercial si se organizara y prestara bajo la forma de sociedad comercial (ley 19.550, de sociedades comerciales, art. 1).
- <sup>17</sup> Estrategia y táctica:
- a) En el campo militar, literalmente, estrategia significa “el arte del general” (del general griego Strategos). El término se difundió a fines del s<sup>to</sup> XVIII y clásicamente se lo definió como el arte de proyectar y dirigir campañas militares, mientras que la táctica consiste en el arte de ejecutar los planes estratégicos y de conducir las fuerzas en la batalla. Los dos conceptos han sido tradicionalmente definidos en términos de diferentes dimensiones: la estrategia vinculada a grandes espacios, largos períodos de tiempo y grandes movimientos de fuerzas, mientras que la táctica se vincula a lo opuesto. La maniobra estratégica apunta a colocar las fuerzas propias en la posición más favorable, colocando así al enemigo en desventaja y con limitada capacidad de movimiento; en este aspecto, se destina la distinción entre estrategia y táctica (Enciclopedia Britannica, 15<sup>a</sup> ed., Macropaedia, Vol. 19, p. 558 y sig.; “Warfare, Conduct of”).
- b) Desde el punto de vista de la administración o gerenciamiento de sistemas organizativos —entre ellos la empresa—, la estrategia y la táctica son conceptos relativos; la distinción entre ellos depende de tres consideraciones: b.1) cuanto más se prolonga en el tiempo el

efecto de una decisión y cuanto más irreversible es, tanto más estratégica será la decisión; b.2) cuanto mayor sea la porción de un sistema que resulta afectada por una decisión, tanto más estratégica será la decisión, y b.3) cuanto más vinculada esté una decisión con la elección o determinación de metas y objetivos, así como de los medios mediante los cuales se los logrará, tanto más estratégica será la decisión. La estrategia y la táctica sólo pueden separarse en el pensamiento, mas no en la acción. Toda decisión táctica involucra una elección estratégica no importa cuán implícita o inconscientemente lo sea. Debido a que los aspectos estratégicos de las decisiones empresarias habitualmente se ocultan, la estrategia de la organización suele aparecer como una consecuencia accidental de sus decisiones tácticas, no como el resultado de una elección deliberada y consciente. Sin embargo, la exteriorización de las estrategias de una organización mejorará las decisiones tácticas y hará que aun las más inmediatas y urgentes de éstas contribuyan a los objetivos de largo alcance (Enciclopedia Britannica, 15ª ed., Macropaedia, Vol. 13, p. 601; "Operations Research").

- 18 Los datos que figuran en este punto han sido tomados de: N. Guillermo Molinelli: "Los departamentos legales de empresa en la Argentina"; La Ley, T. 1989-C, sección Doctrina, p. 1345 y sig. En dicho trabajo, el Dr. Molinelli volcó los resultados de una encuesta diseñada y realizada por él mismo, entre las 100 principales empresas argentinas en 1986, excluyendo bancos —de las cuales respondieron 37—, lo cual tal como lo señala el autor, es una limitación significativa, ya que existe la impresión de que los bancos tendrían departamentos legales más institucionalizados que otros sectores. Sería la primera encuesta en su tipo.
- 19 Según la encuesta mencionada en la nota anterior, el 91% tenía oficina central en Capital Federal, el 6% en Gran Buenos Aires y el 3% restante en el interior del país.
- 20 En los casos no jurídicos, "la ciencia cede su paso a la prudencia" (Eduardo J. Couture: "Los mandamientos del abogado"; Ed. Depalma, Bs. As., 1976).
- 21 a) Desgraciadamente, "el ejercicio de la abogacía no puede inmunizarse de un generalizado proceso de subversión de valores, en que el económico adquiere señalada prioridad, en aras de alcanzar determinados niveles de confort o "status de consumos". Por desgracia el "tanto tienes, tanto vales" gravita muy pesadamente, consciente o subconscientemente, en el denominador común de las personas, acicateadas a vivir ávidamente un presente rico en expansiones y placeres, en el contorno de una filosofía materialista de la vida". Esta crisis que afecta a la totalidad de la comunidad, recae también sobre los abogados, en cuanto ellos son parte de dicha comunidad (Raúl Horacio Viñas: "Ética y derecho de la abogacía y procuración"; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 11/12).
- b) Entre las principales causas de la inconducta ética de los abogados figuran: I) De orden general: I.1) Subjetivas: 1) ausencia de un severo sentido de responsabilidad profesional, insito en la conciencia moral del abogado; 2) insuficiente valoración de la abogacía como institución y profesión sustentadora del derecho y la justicia, posición negativa esta que obsta a la exigencia de una conducta situada por encima del nivel moral de la generalidad. I.2) Objetivas: 1) influencia de la crisis moral ambiente; 2) falta de una formación ética, tanto en el plano específico como en general; 3) aislamiento de los nuevos egresados; dificultad de ambientación por falta de conductos adecuados; 4) poco eficaz acción preventiva y represiva de las infracciones. II) De orden particular: 1) la ineficiente preparación jurídica y técnica, frente a la expansión y complejidad cada vez mayor del derecho positivo; la inadecuada organización de los bufetes y una dinámica profesional, determinada por prácticas tribunales y procedimientos judiciales defectuosos por inactuales; 2) dificultad en lograr un mínimo de seguridad económica para el profesional y su familia (Raúl Horacio Viñas: "Ética y derecho de la abogacía y procuración"; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 13/14).
- c) Los conceptos generales sobre ética que figuran en este trabajo han sido principalmente tomados —frecuentemente en forma textual— de a) Carlos Mouchet - Ricardo Zorraquín Becú; "Introducción al derecho"; Ed. Perrot, 7ma. ed., Bs. As., 1970, capítulo I; y b) Profesora Carola Crespo Naón de Blaquier: textos para la enseñanza de filosofía en la Universidad de San Andrés.
- 22 a) Etimológicamente "ética" deriva del término griego "ethos" y "moral" del latín "mos" o "mores". "Ethos" tiene dos significados: a.1) "ethos" significa carácter, entendiéndose por ello el sentido que le damos a la palabra cuando hablamos de "formación del carácter"; es decir, aquello que es más propio de una persona y que se revela en su manera de pensar y de actuar;

para algunos el centro o la base de la personalidad; a.2) “ethos” significa también hábito o costumbre, entendiéndolo por ello la disposición permanente que cada uno de nosotros tiene a comportarse o reaccionar de cierta manera frente a determinadas situaciones (por ejemplo, no huir del enemigo en una batalla).

Los griegos relacionaron ambos significados diciendo que el carácter se forma a través del hábito. Estos dos términos griegos iluminan un aspecto fundamental de la moralidad: es una parte esencial de la persona y uno de los motores de nuestra conducta.

Estos dos sentidos del término “ethos” se transforman, aunque no se pierden, cuando los incorpora el latín. Simplificando mucho podríamos decir que la definición se desplaza del plano individual para hacer referencia a la moralidad como fenómeno social o cultural. Los significados de hábito y carácter no sólo hacen referencia al individuo sino también se aplican a comunidades y aun a razas enteras. “Mos” o “mores” pasa a significar entonces el conjunto de actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta no sólo de una persona individual sino principalmente de un grupo social o étnico. Ambos sentidos componen lo que hoy entendemos por moralidad. Mientras que la ética se refiere a la conducta del ser humano individualmente considerado, haciéndole madurar su capacidad de acción al ayudarle a tomar conciencia de su responsabilidad; la moral es el conjunto de costumbres, escala de valores, etc. que rigen en una comunidad.

b) Cabe hacer la distinción entre: b.1) la ética, que analiza y tiende al perfeccionamiento de la conducta de cada ser humano individualmente considerado, y b.2) la moral, que analiza y tiende al perfeccionamiento de los comportamientos de una comunidad; es decir, de los usos, costumbres, hábitos colectivos o convencionalismos sociales. Estas expresiones deliberadamente vagas comprenden los preceptos del decoro, el honor, la moda, la cortesía, los hábitos colectivos y las costumbres sociales que se practican en una comunidad determinada, y que por imposición del medio revisten carácter obligatorio y coercitivo para todos los individuos que integran esa comunidad (Mouchet - Zorraquín Becú, ob. cit.).

c) En este trabajo considero a “ética” y “moral” como el conjunto de actitudes, convicciones, creencias y conductas de una persona, de un grupo social o de toda una cultura. Se trata de un fenómeno que si bien presenta aspectos muy diversos no está ausente en ninguna cultura (Profesora Carola C. N. de Blaquier, ob. cit.).

d) La ética es una de las formas en que el hombre se autoobserva. Se trata entonces de un proceso reflexivo: el hombre dirige su atención hacia sí mismo y más especialmente hacia ciertas actitudes y conductas. Si bien hay otras disciplinas que se ocupan del hombre y de sus actividades, como la antropología, la psicología, la teoría del conocimiento, etc., el caso de la ética es diferente. La reflexión ética nunca es una simple observación, no se agota en sí misma, porque de tal observación surgen las normas que rigen la conducta observada. La reflexión ética es particularmente difícil por la simple razón de que estamos demasiado involucrados en ella como para poder verla con cierto grado de objetividad o perspectiva. Otra razón de tal dificultad es la que menciona Aristóteles en su “Ética a Nicómaco”: es improbable que logremos ofrecer una formulación segura y precisa acerca de cuestiones que por su misma índole no toleran la precisión (de la matemática, por ejemplo), aunque podríamos decir que exigen otro tipo de exactitud (Profesora Carola Crespo Naón de Blaquier: texto para la enseñanza de filosofía en la Universidad de San Andrés).

e) El fenómeno de la moralidad abarca no sólo toda nuestra acción sino también las creencias que tenemos sobre ese obrar y las actitudes con que lo asumimos o lo impugnamos. Ninguna persona puede desentenderse de lo que podríamos denominar “el mundo moral”. Si ponemos un poco de atención veremos que la mayor parte de nuestras discusiones, de nuestras inquietudes, de nuestras relaciones con los demás se refieren a lo relacionado con la moralidad. Este mundo es una realidad en la que desde siempre estamos y que no es posible ignorar (Profesora Carola C. M. de Blaquier; ob. cit.).

<sup>23</sup> El hombre se encuentra sujeto a las leyes de la naturaleza, cuya característica más saliente es que son leyes de causalidad. Estas leyes son naturales, necesarias, de las cuales no es posible prescindir y que el hombre es incapaz de alterar (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., págs. 7/8).

<sup>24</sup> a) El arte, en su acepción más extensa, comprende las ciencias prácticas o teórico-prácticas como la medicina, la educación, la ingeniería y la infinita variedad de técnicas que nos enseñan cómo actuar o conducirnos para obtener los resultados concretos a que podemos aspirar, o para realizar las obras que deseamos. La finalidad genérica del arte es la de “dirigir una obra que se va a hacer, de modo que sea fabricada, modelada y dispuesta como debe serlo,

y que se consiga así la perfección o la bondad, no ya del hombre que la trabaja, sino de la obra hecha por el hombre (Maritain, Introducción a la filosofía, p. 227). Para conseguir esos resultados, para alcanzar los objetivos prácticos que los seres humanos pueden proponerse, su actividad se rige por reglas técnicas, las cuales les indican los medios de que deben valerse para lograr sus fines (curar a un enfermo, construir un puente, fabricar una cosa, escribir un libro, etc.). Estas conductas no son verdaderas leyes ni normas, pues no se imponen a la conducta; su observancia no es obligatoria, sino simplemente facultativa, y la única consecuencia de su incumplimiento reside en no alcanzar el fin propuesto o perseguido (Mouchet - Zorraquín Becú; ob., cit., pág. 8).

b) El derecho “como arte, tiene sus reglas; pero éstas, al igual que todas las reglas del arte, no son absolutas, sino que quedan libradas a la inagotable aptitud creadora del hombre. El abogado está hecho para el derecho y no el derecho para el abogado. El arte del manejo de las leyes está sustentado, antes que nada, en la exquisita dignidad de la materia confiada a las manos del artista” (Eduardo J. Couture: “Los mandamientos del abogado”; Ed. Depalma, Bs. As., 1976, p. 16).

c) “Como todas las artes, la abogacía sólo se aprende con sacrificio; y como ellas, también se vive en perpetuo aprendizaje”; el abogado que no sigue los pasos del derecho será “cada día menos abogado” (Couture, ob. cit., p. 23/25).

d) “El amor al oficio lo eleva a la jerarquía de arte” (Couture, ob. cit., p. 55).

25

(Salvo indicación en contrario, todo el material de esta nota proviene de Prof. Carola C. N. de Blaquier, ob. cit.)

Las principales fundamentaciones de las normas éticas son: 1) fundamentación en Dios o ética teológica; 2) el utilitarismo o ética de la responsabilidad, y 3) la ética formal o ética del deber:

a.1) Ética teológica: La ética teológica fundamenta las normas morales en Dios. Respecto de la moral, mucho de nuestro entrenamiento y aprendizaje tiene lugar en un contexto religioso. En este sentido, la ética parece ser una parte esencial de la religión. Tanto el Antiguo como el Nuevo Testamento (en los Diez Mandamientos y en el Sermón de la Montaña) como el Corán contienen enseñanzas morales. Es natural entonces asociar la moralidad y la ética con la religión, y por tanto buscar en la religión las normas y los principios morales a los que podemos recurrir para ajustar nuestras acciones y evaluarlas.

Una religión no es solamente un conjunto de creencias: es también una regla de conducta. El creyente sabe que Dios le ha propuesto una determinada forma de vida sin la cual no alcanzará la salvación eterna. Como esa regla de conducta es la más importante de todas (puesto que a ella se vincula el destino final de cada uno), lógico es que alcance una natural primacía sobre las demás. La religión se dirige a las conciencias y orienta la conducta mediante la fe y el convencimiento. La religión supone y admite el libre albedrío de los hombres; la violación a sus normas entraña sanciones de orden interno o espirituales, como el remordimiento (Mouchet - Zorraquín Becú, ob. cit., p. 13/16).

Desde este punto de vista, “la moral es el conjunto de leyes impuestas por Dios al hombre, para que regle su actividad consciente y libre conforme a su naturaleza. Y cuando esa normativa se limita al bien común temporal de la sociedad, surge el derecho natural, como particularización o deducción de los altos principios de justicia, a las relaciones sociales que son mutables y contingentes” (Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 2).

a.2) Crítica a la teoría de la ética teológica: Quien no tiene creencias religiosas, aquél que carece del don de la fe, no puede sentirse consustanciado con la ética teológica; necesita otra fundamentación.

b.1) La ética utilitarista: Aunque se lo conocía en la Grecia clásica, se considera a Jeremy Bentham (1748-1832) como su fundador y principal representante. Es él quien formula por primera vez el principio de utilidad o principio de la felicidad, y afirma que este principio es la primera ley de la ética. El utilitarismo evalúa la moralidad de una acción examinando sus consecuencias (principio de utilidad o felicidad: si produce mayores beneficios que dolores, la acción es buena). Esta teoría se apoya en el siguiente supuesto: que toda acción humana está motivada por dos tendencias básicas: buscar el placer y evitar el dolor. Dado que la naturaleza humana presenta estas características, la única teoría moral razonable será aquella que ofrezca una fundamentación de las acciones según estas motivaciones. Esta teoría parte de la idea de que nuestra conducta como hombres está motivada únicamente por la satisfacción de nuestro propio interés, con independencia de los intereses de los demás. En la medida que podamos satisfacer nuestro propio interés (que es obtener placer y evitar

el dolor) seremos felices. Para Bentham, “utilidad” y “felicidad” son lo mismo. Por su crudeza, la ética de Bentham puede compararse con la posición que sostuvo Glaucón en la República de Platón: soy justo porque me conviene.

Bentham advierte que en la vida práctica la búsqueda del placer por parte de las personas no puede llevarse a cabo de una manera directa; nadie puede en todo momento satisfacer su propio interés, por dos razones: primero, porque las otras personas también buscan lo mismo y consecuentemente encontrarán resistencias entre sí; y segundo, a causa de cuatro diferentes clases de sanciones: 1) sanción física: placer y dolor que experimentamos como consecuencia directa y natural de nuestros actos (me gusta comer mucho, pero si paso de cierto límite, me siento mal); 2) sanción política: el castigo de las leyes ante determinadas malas acciones; 3) sanción moral: consiste en la influencia que ejerce sobre nosotros las reacciones de otras personas y de la opinión pública en general, temor al castigo social, y 4) sanción religiosa: influencia que puede ejercer la idea de una recompensa o castigo divinos.

Según Bentham, el efecto combinado de todas estas sanciones induce a cada persona a perseguir su propio interés de modo tal que contribuya a procurar placer y evitar dolor no sólo para ella sino también para los demás. Dado que todos los hombres buscan el placer y que para lograrlo tienen que tomar en cuenta a los demás, Bentham concluye que la tarea del moralista consiste en manejar las diversas sanciones de modo que se maximice la felicidad general; es decir, que la mayoría de las personas puedan procurarse mutuamente placer y evitarse dolor. Debe observarse que en esta teoría, la felicidad de los demás sólo tiene para mí un valor instrumental, es sólo un medio (la tomo en cuenta en tanto me conviene), y mi único motivo para producirla es que contribuye a la mía propia. Para Bentham utilidad y felicidad son la misma cosa.

Este modo de interpretar el origen de las acciones llevó a Bentham a afirmar que el fundamento de la ética se expresa en el “principio de utilidad”, cuyo significado básico es que se aprueba o se desaprueba una acción cualquiera según la tendencia que ésta tenga a aumentar o disminuir la felicidad de aquéllos cuyo interés esté en juego (en el caso de acciones individuales, el interés del individuo; en el caso de organizaciones sociales, la felicidad de la comunidad). En otras palabras, una acción es buena o mala según el placer que proporcione a las personas involucradas directa o indirectamente en esa acción. Este principio debe regular la conducta tanto de los individuos particulares en su vida práctica como la de los legisladores en el ejercicio de sus funciones (a Bentham le interesaba, sobre todo, la relación entre la ley y la moralidad).

Adviértase que Bentham no piensa que una acción debe realizarse si maximiza el placer de cada persona afectada por la acción, sino que la acción que debe realizarse en cada caso es la que maximiza la suma total del placer que se produce. Debido a que en cualquier acción humana puede haber personas muy perjudicadas por esa acción, se reformuló el principio añadiendo que las acciones correctas son aquellas que minimizan el número de personas a las que se hace sufrir.

John Stuart Mill (1806-1873), sin abandonar la teoría utilitarista, intenta ponerle un sello altruista poniendo mucho énfasis en hacernos ver la nobleza que hay en la devoción desinteresada al deber moral, y desde esta perspectiva reinterpreta al utilitarismo transformando el significado del principio de utilidad al expresar que nuestras acciones deben buscar la felicidad general con independencia de que ellas aumenten nuestra propia felicidad. Afirma que si bien las acciones humanas deben evaluarse por sus fines y consecuencias, y que deben contribuir a la felicidad del hombre y a la prevención de su sufrimiento, igualmente deben ajustarse a las ideas del deber y a la moralidad. En este sentido, Mill cree que el utilitarismo se acerca mucho a la idea de cristianismo, concretamente a la regla de oro de Jesús: “Ama al prójimo como a ti mismo”.

Mill piensa que la principal deficiencia de la teoría moral de Bentham reside en que no reconoce al hombre como un ser capaz de buscar la perfección espiritual como un fin que vale por sí mismo; en otras palabras, no considera que alguien pueda desear que su carácter llegue a estar conforme con su idea de perfección espiritual, ya que sus acciones estarán dirigidas a pasarlo lo mejor posible, procurándose placer y tratando de evitar dolor. Consecuentemente, nuestra conciencia no actúa como un juez que compara nuestra acción con nuestro ideal de perfección espiritual.

Para Mill, el utilitarismo es una teoría que esencialmente coincide con la moralidad del sentido común, con la moralidad aceptada por la mayor parte de la gente, pues entiende que la interpretación de tales normas morales a la luz de los hechos empíricos está muy de acuerdo con el principio de utilidad, el cual puede aceptarse, entonces, como el fundamento sobre el cual se apoya la moralidad.

b.2) Crítica a la teoría de la ética utilitarista: Para Bentham una acción es moralmente buena y, por tanto, debe realizarse, si con ella se maximiza el placer de todos aquéllos involucrados en la acción. Aparte de la dificultad para medir tal placer (cálculo hedónico o cálculo del placer, de “hedoné”, que en griego significa placer), esta teoría no tiene en cuenta a cada persona individualmente considerada, sino como integrante de un todo que es la comunidad en la que se halla inserta: en consecuencia, permite justificar el sufrimiento extremo de unos pocos (ej.: esclavitud) a fin de procurar la felicidad de la mayoría, lo cual es inaceptable. El utilitarismo —tanto de Bentham cuanto el avance que significó el de Mill— es una teoría que evalúa el valor moral de una acción analizando las consecuencias que produce esa acción y desentendiéndose de la acción misma. En consecuencia, permite apoyar la pena de muerte aun cuando sabemos que su aplicación puede causar la muerte de personas inocentes. Como ejemplo citamos la frase del jurista norteamericano Ernest Van Den Haag, quien refiriéndose a la ejecución de un presunto asesino y violador, cuyo proceso y posterior condena fueron algo irregulares, dijo: “Casi todas las actividades humanas comportan la pérdida de vidas inocentes: el tránsito, el trabajo en las minas, hasta el deporte. Es necesario preguntarse si los beneficios son tales como para aceptar el riesgo. En el caso de la pena de muerte yo creo que lo son “. Personalmente discrepo con esa opinión.

Desde el punto de vista de la moral del sentido común, el punto débil del utilitarismo es su hedonismo, es decir, la afirmación de que el único valor que debemos buscar es la felicidad y la interpretación de la felicidad como presencia de placer y ausencia de dolor. Se ha criticado esto diciendo que “suponer que la vida no tiene una finalidad más alta que el placer, que no hay ningún otro objetivo más noble ni mejor que debemos buscar es una doctrina propia de cerdos”. Una gran objeción al utilitarismo es que no ofrece una fundamentación adecuada al concepto del deber en sí mismo, aparte de cualquier consideración utilitaria. Para el utilitarismo el fundamento de un deber no se encuentra en la naturaleza de las relaciones entre las personas (obligaciones que nacen por el solo hecho de la relación entre esposos, entre amigos, de profesor a alumno, de deudor a acreedor, etc.).

El utilitarismo no explica satisfactoriamente por un lado el concepto de felicidad, tratado muy superficialmente, y por el otro el altruismo (amor desinteresado por el prójimo), que sin su base religiosa queda ausente de justificación. El utilitarismo tampoco puede resolver el problema de la justicia, que consistiendo en dar a cada uno lo suyo, no se encuentra satisfecha mediante la sola consideración de la maximización de la utilidad que en general produce una acción en una comunidad.

El utilitarismo no respeta a las personas como tales ya que permite que se use a ciertas personas como medios para que otras logren beneficios; ej.: hay que imponer la pena de muerte aun cuando mueran inocentes, porque actúa como disuasivo para los criminales.

Cabe señalar que la teoría utilitarista presenta un aspecto valioso e interesante, porque su principio de utilidad se puede aplicar no sólo a una situación particular —utilitarismo de acciones— sino también a leyes —utilitarismo de normas—; es decir, podemos evaluar una norma (ley, regla, etc.) en función de si su observancia tiende a maximizar la felicidad general. Sin embargo, tampoco el utilitarismo de normas garantiza la justicia, tal el caso de una norma que por razones de justicia no maximice la felicidad general; por ejemplo, aquella que imponga el trabajo forzado a unos pocos para maximizar la felicidad del resto.

c.1) La ética del deber: Expuesta por Emanuel Kant (1724-1804) —cuya teoría es anterior en el tiempo al utilitarismo— fundamenta la moral porque es mi deber, porque así lo exige mi conciencia moral.

c.1.1) La conciencia moral: Fue Kant quien por primera vez señaló que todo hombre sabe cuál es su deber, es decir, que todo hombre tiene conciencia moral: a todos nosotros (en tanto somos personas normales) en determinados momentos se nos impone la conciencia de que debo hacer, o no hacer, tal o cual cosa. Esta conciencia está fuera de todo tiempo y lugar determinados; aparece donde hay hombres, sin tener en cuenta la raza, la religión, la época, la región, etc. Esa conciencia se expresa siempre en normas que la hacen concreta: debo honrar a mis padres, no debo robar, mentir ni matar, debo cumplir con mi palabra, etc., y que a menudo esas normas difieren de un lugar a otro o de un tiempo a otro. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, queda inmutable la conciencia del deber.

c.1.2) Una acción es moral con independencia de sus consecuencias: La ética implica siempre una acción (se trata de nuestra vida práctica) y toda acción implica consecuencias. Para Kant (a diferencia del utilitarismo), la moralidad de una acción no depende de las consecuencias que esta acción pueda tener. Kant sostiene que las acciones que realizamos no son buenas o malas, correctas o incorrectas, por lo que indican sus consecuencias (si tienden a maximizar

o no la felicidad general), sino que tales acciones son buenas o malas por lo que ordena nuestra conciencia moral o conciencia del deber. Por lo tanto, para la ética kantiana una acción es moralmente buena cuando se hace porque debe hacerse, no por las consecuencias que acarrea. Ello significa que mi conciencia del deber se me presenta como una exigencia absoluta: debo y nada más; mi deber no está sujeto a ninguna condición (por ejemplo que produzca felicidad). Al considerar la moral de la acción misma, la ética kantiana garantiza dos cosas fundamentales: 1) el principio de justicia: cada uno debe recibir nada más ni nada menos que lo que le corresponde por su acción, en premios o castigos, y 2) el respeto por las personas: al no utilizarlas como medios instrumentales.

c.1.3) El valor moral de una acción reside en la intención de realizarla: Si con respecto a la moralidad lo fundamental es la conciencia del deber, y si esta conciencia del deber debe realizarse en una acción, entonces lo que es realmente moral es la intención que yo tengo de cumplir con lo que me ordena mi conciencia. Kant llama buena voluntad a la intención de cumplir con lo que manda la conciencia moral. Ello significa que cuando tengo la intención de realizar una acción porque así me lo ordena mi conciencia moral, aun cuando yo no pueda llevarla a cabo porque algún factor me lo impide o aun cuando mi acción resulte fallida, igualmente es una acción moral, porque tuve la intención de hacerlo simplemente porque era mi deber. Lo importante es la intención, más que la acción misma. Kant llama buena voluntad a la intención de realizar lo que me ordena mi conciencia moral; la buena voluntad en ninguna circunstancia puede ser mala porque su motivación es el respeto a la ley moral.

c.1.4) Una acción moral es la que se hace no por inclinación sino por deber: Cuando actuamos por respeto a la ley moral lo que decido no son nuestros deseos sino nuestra razón. Los hombres somos seres dotados de a) sensibilidad y b) razón. Simplificando mucho diremos que: a) la sensibilidad comprende todas las actividades que tienen que ver con nuestros sentidos y sentimientos (los gustos, el amor, el odio, el placer, etc.). Kant las llama inclinaciones. b) La razón comprende todas las actividades que implican puro pensamiento. Dentro de este esquema, la teoría utilitarista, con su principio de la felicidad, se ubica en el ámbito de la sensibilidad y, en cierto modo, de los sentimientos, En este sentido podemos decir que el utilitarismo orienta nuestra conducta para lograr la satisfacción de la mayor cantidad posible de inclinaciones: en la medida que lo logremos seremos felices. Para Kant, la moral no se encuentra en el ámbito de las inclinaciones sino en el ámbito del pensamiento, de la razón; es la razón la que nos impone la conciencia del deber moral. En este punto Kant se distingue nuevamente del utilitarismo, pues rechaza la idea de que los hombres nos movemos principalmente buscando la felicidad, entendida como la satisfacción de nuestras inclinaciones. La conciencia moral es entonces un principio racional (un principio de la razón), no una inclinación ni un sentimiento. Y este principio a menudo está en oposición con la inclinación; Kant observa que es en estas oportunidades cuando más claramente se destaca la conciencia del deber; y dice que la conciencia de que actuamos solamente por deber se presenta con claridad sólo en los casos donde mi inclinación me empuja a hacer una cosa y mi deber me exige hacer otra. Kant afirma que una acción es moral cuando se lleva a cabo no por inclinación sino por deber.

c.1.5) El deber moral es universal e incondicionado (imperativo categórico): Otra característica de la acción moral que diferencia a la teoría kantiana del utilitarismo es que la conciencia de lo que debo hacer se me presenta como una exigencia absoluta, una exigencia que no está sujeta a ninguna condición (ej.: producir felicidad, como en el utilitarismo). El imperativo categórico es un imperativo moral porque exige obediencia incondicional: se me presenta como una exigencia absoluta; la acción debe realizarse porque así lo manda la conciencia moral (o ley moral), con independencia de las consecuencias que pueda tener.

c.1.6) Las dos formulaciones del imperativo categórico:

c.1.6.1) Primera formulación: "Obra de modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal". La máxima de una acción es aquella proposición que expresa la intención de una acción. La primera formulación puede también expresarse diciendo que lo que yo quiero hacer en un determinado momento puedan quererlo todos; en cuestiones de moral nunca debemos convertirnos en excepciones; lo decisivo para determinar la moralidad de una acción es saber si la máxima de esa acción puede valer para cualquier persona.

c.1.6.2) Segunda formulación: El principio de justicia y el respeto por las personas: "Obra de modo que trates a la humanidad, en ti y en las demás personas, siempre como un fin y nunca sólo como un medio". Esta otra expresión de la ley moral resume la doctrina de la dignidad de la persona. Obramos de manera inmoral cuando "usamos" a alguien como medio o instrumento para conseguir alguna cosa; el ejemplo típico es la esclavitud: el esclavo es para

su amo un instrumento de trabajo comparable a un animal o una máquina. El imperativo señala que nunca debemos usar a las personas "sólo" como un medio. Esto significa que de hecho todos somos en algún momento "medios" para los demás; por ejemplo, el profesor que enseña es un medio para que el alumno logre el fin de graduarse. Pero todas las personas no somos sólo medios, también somos fines y debemos ser tratados como tales por los demás y también cada uno de nosotros respecto de sí mismo. En este sentido, cada uno de nosotros debemos tener conciencia de nuestra dignidad como personas y no dejarnos tratar, ni tratar a los demás, sólo como medios. Esta formulación del imperativo categórico expresa la verdadera esencia de la justicia.

c.2) Crítica a la teoría de la ética del deber:

c.2.1) El imperativo categórico no se puede aplicar a todas las situaciones; ej.: luego de un naufragio hay un bote colmado de sobrevivientes que de pronto comienza a hundirse; si no se sacrifica a algunos morirán los demás. El imperativo categórico no nos ofrece una respuesta para esta situación.

c.2.2) El carácter absoluto del imperativo kantiano puede ponernos en situaciones imposibles debido a que los deberes no siempre se pueden exigir de manera absoluta; por ejemplo, no mentir es un deber absoluto, para Kant en ningún caso tengo que mentir; sin embargo, frente a un enfermo quizá tenga que falsear la verdad para no hacerle daño.

c.2.3) La ética kantiana no puede solucionar los conflictos de deberes, cuando tengo que cumplir con dos deberes incompatibles y tengo que optar por uno o por otro.

d) Conclusiones:

d.1) Requisitos de una teoría ética: Las críticas que hemos formulado al utilitarismo y a la ética kantiana surgieron de ciertas exigencias que requerimos de una teoría ética y que estas teorías no pudieron satisfacer cuando las consideramos aisladamente. A estas exigencias las llamamos los requisitos que debería llenar una teoría ética:

d.1.1) Poder aplicarse a todas las situaciones que requieran una decisión moral: Vimos que ninguna de ambas teorías satisface este requisito.

d.1.2) Resolver conflictos de deber; la teoría kantiana no puede hacerlo.

d.1.3) Garantizar que se trate a todas las personas como fines: Asegurando de ese modo el cumplimiento del principio de justicia; en esto falla el utilitarismo.

d.1.4) Considerar las consecuencias de las acciones para la felicidad humana: Aquí falla la teoría kantiana.

d.1.5) No permitir la realización de acciones que sentimos que no son correctas: Como ocurre en el utilitarismo de Bentham.

d.2) Intento de solución: Consiste en armonizar ambas teorías en la siguiente forma: 1) Conforme al imperativo categórico, siempre debemos tratar a las personas, y también a nosotros mismos, como un fin en sí mismas; nunca, bajo ninguna circunstancia, debemos tratar a alguien sólo como un medio. 2) El trato de las personas recomendado por la ética kantiana supone, también, que debemos promover su bienestar; en este sentido debemos comportarnos con el prójimo de una manera similar a lo que el utilitarismo propone; es decir, debemos promover su felicidad.

¿En qué orden aplicaremos ambos principios?; es decir, ¿cuál de los dos principios es más básico, el imperativo kantiano o el principio de utilidad? Propongo que consideremos al imperativo kantiano, o sea el principio de justicia, como el principio básico de la ética y que usemos el principio de utilidad para que nos ayude a derivar ciertos deberes coherentes con el imperativo categórico.

El utilitarismo de las reglas propone que consideremos la justicia como secundaria en vez de considerarla un principio básico. Sin embargo yo pienso que parece mejor y más razonable justificar la maximización de la felicidad humana apelando al principio de que todos los seres humanos deben ser tratados como fines y nunca sólo como medios (que el utilitarismo con su doctrina de las consecuencias no considera). La felicidad humana es importante porque los seres humanos, todos y cada uno de ellos, son importantes. Ningún hombre, en ninguna circunstancia, puede ser tratado como una cosa, exclusivamente como un medio para que otros vivan mejor. Ningún hombre debe ser tratado como menos que un hombre. Creo que es un error alterar el orden y la jerarquía de estos principios y considerar que los hombres somos importantes sólo porque la felicidad humana general lo es.

26

a) Las normas sociales no incluyen los hábitos individuales, los cuales, en la medida que no trasciendan socialmente, constituyen simples "invitaciones" que la sociedad formula a sus miembros, y su incumplimiento carece de sanción. Sin embargo, cabe señalar que muchas

veces estos hábitos se adquieren por influencia del medio en que actúa la persona que los tiene (Mouchet - Zorraquín Becú, ob. cit.).

b) En cambio, los hábitos relativos a la conducta social tienen una naturaleza distinta. Todos los preceptos que rigen las relaciones con los demás participan de las características generales de las restantes normas éticas: imponen deberes, son obligatorios en el sentido que acarrear sanciones sociales (no jurídicas) en caso de ser violados. Al igual que las normas éticas, los usos sociales generan obligaciones de conciencia; crean deberes, pero no autorizan a nadie a exigir jurídicamente su cumplimiento (Carlos Mouchet - Ricardo Zorraquín Becú; "Introducción al derecho"; Ed. Perrot, 7ma ed., Bs. As., 1970, capítulo I).

27

a) El hecho mismo de que existe una conciencia moral indica que la vida humana en comunidad ineludiblemente requiere normas morales comunes ya que no sería posible si se dejara completa libertad para que cada uno hiciera lo que quisiera (Prof. Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).

b) Es también un hecho de la experiencia, que puede ser verificado, que en la historia de la cultura se ha dado una pluralidad de normas y sistemas de valores. Esto ha dado origen a la teoría que sostiene que si ese es el caso, entonces no hay normas absolutas, toda norma es relativa en tanto rige en un tiempo y lugar determinados, para unos y no para otros. Esto se conoce por "relativismo moral"; quienes sostienen esta posición confunden dos cuestiones: la "vigencia" con la "validez". Una cosa es el peso que en determinado momento y lugar tienen ciertas normas de conducta en una comunidad dada y otra muy diferente es la justificación o la validez moral que puedan tener esas mismas normas. Puesto que la característica del fenómeno de la moralidad consiste en lo que "debe" ser, y no en lo que efectivamente "es", el simple hecho de existir no es criterio adecuado de justificación. En moral, que algo se dé efectivamente no es prueba de su validez. Este es un rasgo esencial del fenómeno de la moralidad. Una cosa es lo que de hecho "es" y otra muy distinta lo que "debería ser". La moralidad tiene su punto de apoyo en lo que debería ser; el sentido todo de la moralidad depende de esta noción, que a menudo va precisamente en contra de lo que es (Prof. Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).

c) La diversidad de conductas morales que se dan en distintas comunidades no siempre implica un relativismo de principios morales, porque muchos juicios diferentes pueden explicarse señalando que las personas tienen distintas creencias acerca de cómo son los hechos, más que tener principios éticos diferentes. Pongamos el caso de las costumbres de los esquimales: esta tribu considera que se debe dar muerte a las personas que alcanzan determinada edad, y los hijos son los encargados de darles muerte. Inicialmente consideraríamos que estos hombres violan principios éticos básicos como honrar a los padres y no matar. Pero una investigación de las creencias de la tribu nos revela que para estos hombres existe una vida más allá de la muerte y que en esta nueva vida cada uno resucita con la figura, el cuerpo y la edad que tenía al morir. Por consiguiente, mataban a sus padres porque los querían y deseaban asegurarles una vida eterna sin los achaques de la vejez. Esto significa que el principio moral básico es el mismo que para nosotros: amar y honrar a los padres, sólo que ese cariño y ese respeto se expresan de otra manera, de la manera adecuada a las creencias de esa comunidad (Prof. Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).

d) Sin embargo, a pesar de que, como vimos en el ejemplo, la diferencia acerca de los principios no necesariamente es tan grande, es innegable que las personas tienen a menudo distintas opiniones acerca de qué principios éticos son correctos; pero una cosa es que haya personas con opiniones diferentes y otra muy distinta es que tales opiniones (algunas o todas) sean o no verdaderas. Dado que el relativismo ético es obviamente contrario a nuestra concepción de la moralidad, hay razones para rechazarlo. Decimos que es contrario a nuestra concepción de la moralidad porque cuando afirmamos que mentir, engañar, matar está mal, no estamos diciendo que estas prohibiciones se derivan de principios que se aplican a algunos de nosotros pero no a otros. Pensamos que un principio ético es correcto o incorrecto para todos y cada uno de nosotros, y dado que no hemos podido encontrar una razón para rechazar esto, lo aceptamos (Prof. Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).

e) A diferencia del relativismo ético, el nihilismo ético sostiene que ningún principio ético puede justificarse y que, por tanto, no hay principios éticos objetivos y universales; consecuentemente, nada hay moralmente malo ni moralmente bueno. Si ello es así, nada de lo que hacemos tiene una connotación moral, ni mala ni buena. Todo está permitido y nada es obligatorio. No hay tampoco principios éticos correctos. Esta postura es contraria al sentido común, es decir, a lo que normalmente la gente pensante piensa (Prof. Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).

- <sup>28</sup> Carlos Mouchet - Ricardo Zorraquín Becú, "Introducción al derecho"; Ed, Perrot, 7ma ed., Bs. As., 1970, págs. 7 y sig., N° 2 y sig.; Ferrater Mora: "Diccionario de filosofía"; vol. 2, págs. 1057 y sig.: "ética" y vol. 3, págs. 2272 y sig.: "moral"; Enciclopedia Britannica; Micropaedia, Vol. VII, pág. 11: "Morality" y Macropaedia, Vol. 6, págs. 976 y sig.: "Ethics".
- <sup>29</sup> Una cosa es el compromiso que una persona pueda tener con ciertas normas de conducta y otra muy distinta es que efectivamente las cumpla. La reflexión moral puede ir acompañada de incumplimiento (puedo reflexionar mucho sobre las normas morales y no cumplirlas), y pueden cumplirse las normas sin una reflexión que acompañe ese cumplimiento. A pesar de estas dificultades no parece posible dejar de lado la reflexión acerca de una cuestión que, a menos que seamos ciegos para lo referente a la moralidad (amoraes), nos toca a cada momento (Profesora Carola C. N. de Blaquier; ob. cit.).
- <sup>30</sup> a) La filosofía moral pretende hacer explícitos los principios que rigen nuestra vida moral, es decir, fundamentar las normas morales. Esta reflexión apunta principalmente a dos campos: a.1) fundamentar las normas o cuestionar presuntas fundamentaciones, y a.2) aclarar lo mejor posible el sentido de algunos términos propios del lenguaje moral. La moral no es algo reservado a especialistas, la moral es patrimonio común de todos los seres humanos. Este es el supuesto sobre el que se apoya la reflexión. Todo ser humano puede ajustar su acción a determinadas normas y puede también juzgar acciones humanas (propias y ajenas) según se adecuen o no a estas normas. Todos, en mayor o menor grado, poseemos esta capacidad, que podríamos caracterizar como un saber implícito, intuitivo, pre-teórico. Lo que hace la reflexión es convertir la conciencia implícita de reglas (algo así como un "saber como") en una conciencia explícita ("saber qué"). Con la reflexión ética, cada uno de nosotros, en tanto agente de una conducta moral, tendría que poder reencontrar en la ética aquello que ya sabía de modo vago pero que no podía expresar adecuadamente (Profesora Carola C. N. de Blaquier, ob. cit.).
- b) La preocupación central de la filosofía moral siempre ha constituido una doble tarea íntimamente conectada: b.1) la meta-ética, es decir el análisis del significado y naturaleza de este elemento moral normativo en la conducta, pensamiento y lenguaje humanos, y b.2) la ética normativa, o evaluación del elemento moral normativo mediante la utilización y evaluación de criterios tendientes a la justificación de las normas y juicios acerca de lo que es moralmente correcto e incorrecto, bueno o malo (Enciclopedia Britannica, 15ª ed., Macropaedia, Vol. 6, p. 976/977: "Ethics").
- <sup>31</sup> En años recientes, ha surgido una nueva corriente (anglo-americana), que considera que la finalidad de la ética debe limitarse a la meta-ética, consistiendo únicamente en el análisis del lenguaje y, por lo tanto, que su tarea debería circunscribirse al análisis lógico del significado de los conceptos morales y de los métodos para fundamentar juicios morales. La diferencia de esta última corriente con la tradicional consiste en que la primera combina tales estudios analíticos con la ética normativa, sosteniendo la existencia de normas de aplicación universal (Enciclopedia Britannica, 15ª ed., Macropaedia, Vol. 6, p. 976/977: "Ethics").
- <sup>32</sup> Tomado —no literalmente— de Mariano Grondona; La Nación, 4/4/93, sección 1, pág. 10.
- <sup>33</sup> Los tres ordenes normativos (fuentes de normas de conducta) fundamentales son la religión, la moral y el derecho. En los orígenes de las civilizaciones, los tres aparecen confundidos; con el desarrollo de las culturas se origina una profunda y creciente diferenciación. En primer término, al perder vigor el sentimiento religioso que por sí solo resultaba suficiente para orientar la conducta, fue necesario sustituirlo por normas obligatorias que impusieran las mismas soluciones con la fuerza del derecho y no ya con la simple coerción de las creencias. En segundo lugar, la complejidad de la vida social obligó a reglamentar una multitud de instituciones y de problemas que la religión y la moral no habían resuelto, porque cualquier solución que se adoptara les era indiferente. Surgió así, adquiriendo un desarrollo cada vez mayor, la parte social del derecho. Este último aparece entonces como un sistema autónomo, pero subordinado tanto a las creencias como a la moral, que conservan su natural jerarquía. Ambas continúan guiando al derecho, inspirando sus soluciones, imponiéndole sus principios fundamentales. Pero el desarrollo de la civilización fue separando cada vez más al derecho de aquellos ordenamientos superiores, Ello se explica si se considera la complejidad de las relaciones sociales y el intervencionismo absorbente del estado, que han obligado a dictar profusas reglamentaciones completamente extrañas a los principios de la religión y de la moral (págs. 14/15).

- <sup>34</sup> a) “En su raíz etimológica deontológica es la ciencia del deber ser (deontos: deber ser; logos: ciencia-tratado). En su sentido más amplio, la deontología jurídica ... se formulará juicios de valor, respondiendo a la pregunta ¿cómo debe ser el derecho para que sea justo? ... En su ideal axiológico, pone al derecho en marcha hacia la justicia ... La justicia ... es una virtud que pertenece al orden moral. No es sólo ideal. Es la virtud constante, la firme voluntad de dar a cada uno lo suyo ... En un sentido más estricto, la deontología jurídica, impregnada de contenidos ius-filosóficos y éticos, pero muy especialmente como particularización de la moral general, se ocupa del estudio y de la exigibilidad del cumplimiento de los deberes morales inherentes a las profesiones jurídicas” (Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 2).
- b) El concepto de derecho puede enfocarse desde dos puntos de vista: a) El derecho objetivo: entendido como el conjunto de normas que rige obligatoriamente la vida humana en sociedad; constituye un conjunto de normas que se imponen al ser humano. Se denomina derecho objetivo por estar considerado con independencia del ser individual sobre el cual recae su imperio. Es el ordenamiento contemplado en sí mismo, que se revela como un sistema orgánico y compuesto por diversas normas. b) El derecho subjetivo: es una serie de facultades que el ser humano puede utilizar en su provecho, se trata de las facultades, poderes o prerrogativas que permiten a cada hombre actuar en la vida social ejercitando su derecho. Aquí el concepto se vincula a las personas que lo tienen o ejercitan; ese conjunto de facultades se llama derecho subjetivo, porque contempla al derecho en función del sujeto que lo posee o lo pone en movimiento.
- Estos dos sentidos que podemos distinguir en la palabra derecho no son independientes, sino complementarios: la facultad deriva siempre de la norma que la reconoce o consagra; y, a la inversa, la norma carecería de aplicación efectiva si no hubiera sujetos capaces de ponerla en ejercicio.
- En ambos enfoques, lo fundamental consiste en la idea de rectitud que debe guiar la conducta humana dentro del marco de las relaciones sociales (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit.).
- <sup>35</sup> Existe una estrecha vinculación entre ambos sistemas normativos, sin la cual el orden jurídico carecería de fundamento y de finalidad. La moral y el derecho actúan, en parte, sobre un dominio común, y es lógico que al gobernar los actos humanos lo hagan con orientaciones coincidentes. La única diferencia que puede establecerse entre estos dos sistemas deriva del modo de contemplar los respectivos problemas: mientras la moral tiende fundamentalmente al bien individual —aun en la vida de relación—, el derecho aspira al bien común, al bien de la sociedad entera (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., p. 22).
- <sup>36</sup> Si el derecho no encontrara su fundamento y su justificación en esos principios superiores, habría que buscar su razón de ser en la voluntad de una persona o de un grupo social, así fuera la mayoría. Pero en este caso deben también admitirse las consecuencias de esa premisa y aceptar que esa voluntad puede imponer cualquier regla, justificándose así los peores absolutismos y la omnipotencia del estado, para llegar en definitiva a la conclusión de que el derecho no es otra cosa que la fuerza que lo impone. Y esto ya es la negación del orden jurídico, porque admite la existencia de una voluntad no sometida al derecho (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., p. 19).
- <sup>37</sup> El derecho no contiene únicamente normas morales. Estas dan los primeros principios, la base de las instituciones, el fundamento del orden jurídico. Pero el derecho realiza además dos funciones que lo separan de aquella: reglamenta las normas morales que orientan la convivencia humana y dicta también otras normas sociales que son totalmente ajenas a cualquier preocupación moral. Y en este sentido constituye una disciplina autónoma, aunque subordinada a ese orden superior (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., p. 19).
- <sup>38</sup> El derecho se compone de preceptos morales, de normas sociales y de reglas técnicas, tendientes a imponer un orden social justo, que al ser sancionados por la autoridad competente se convierten en normas jurídicas.
- a) Ante todo existe en el derecho un elemento moral, que fija las bases de la convivencia humana distinguiendo lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, y es de por sí inmutable y universal. Cuando nuestro Código Civil dispone: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio” (art. 1109), introduce en el campo del derecho una norma moral universalmente válida. b) El elemento social del derecho señala los caracteres secundarios del ordenamiento jurídico

determinando lo permitido, lo ordenado y lo prohibido, que es variable al infinito según las circunstancias de tiempo y lugar, y que deriva tanto de la razón como de la experiencia. Este conjunto de normas sociales forma, por así decirlo, la reglamentación práctica de los preceptos morales, que deben siempre prevalecer. Pero como éstos —a causa de su misma generalidad— son insuficientes para regular todos los casos posibles, la sociedad va creando nuevas normas que llegan más hacia lo particular, y que varía según las necesidades de cada época y de cada país. Mientras el fundamento moral es inmutable y común a todos los pueblos, las normas sociales son contingentes y cambiantes; de ahí las diferencias que se advierten entre los distintos sistemas jurídicos, ej.: la admisión o no de actualización (a causa de la inflación) de las obligaciones dinerarias. c) Por último, el derecho se compone también de reglas técnicas que señalan los medios de que deben valerse los hombres para alcanzar los fines permitidos por el derecho, ej.: los requisitos para la transferencia de la propiedad inmueble. Se trata en general, de reglas ajenas al contenido moral y a las orientaciones sociales del derecho, en cierto modo indiferentes a uno y a otras, pero indispensables para darles efectiva vigencia (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., p. 10/13). d) La realización del ideal de justicia constituye la finalidad suprema del derecho, la que le asigna el máximo contenido ideal y ético. El derecho tiene por objeto establecer un orden justo. Para que la norma jurídica tenga fundamento, se requiere que exista una adecuación o ajuste entre ella y el principio superior de justicia; de lo contrario, sería la simple imposición arbitraria —sin fundamento racional alguno— de una voluntad sobre otra (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., Op. 30).

<sup>39</sup> a) San Pablo, Epístola a los Romanos, XIII, 5). Este doble acatamiento constituye la mejor garantía del orden y la paz social (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit., p. 19).

b) El sujeto acepta libremente la norma moral y, por un acto de su propia conciencia, elige el camino recto señalado por aquélla. En cambio, en el caso del derecho, la voluntad del sujeto se encuentra constreñida por una voluntad ajena y superior a la suya, que lo obliga a cumplir la norma jurídica o le impone una sanción. Claro está que en la mayor parte de los casos la observancia del derecho se produce espontáneamente, ya por considerarlo también un deber moral, ya por cualquier otro motivo que impulse a obrar en ese sentido. Lo cual no impide reconocer que la existencia de esa voluntad ajena que se impone a la del obligado constituye una característica singular del ordenamiento jurídico (Mouchet - Zorraquín Becú; ob. cit. p. 24).

<sup>40</sup> a) Se dice que todos los abogados fallecidos quedarán para siempre en el purgatorio: en el paraíso no entrarán a causa de los conocidos prejuicios populares y divinos acerca de su fama; tampoco entrarán en el infierno, pues el diablo teme ser engañado y que lo enreden en pleitos.

b) Hay pocos abogados santos. De uno de los pocos, San Ivo, graduado en París en 1303, se decía: Señor San Ivo era bretón / y aunque abogado / no era ladrón / lleno está el pueblo de admiración (N. Guillermo Molinelli: “La ética profesional y el abogado interno de empresa”; La Ley, 19/4/90, suplemento de actualidad). El texto se refiere a Saint Ives de Treguier —nacido en 1253, canonizado en 1347—, ejercía su ministerio defendiendo a los pobres; también fue magistrado, eclesiástico y finalmente monje franciscano. Símbolo de la abogacía en Francia y venerado como patrono de los abogados y de los pobres (Francisco Mancuso: “La función del abogado en la vida social”; La Ley, 21/5/91).

c) La mala imagen de los abogados no es reciente ni extraña a la historia de nuestro país: c.1) Según Ordenanza de Indias, fechada en Madrid el 10 de julio de 15540, el Rey de España, a pedido del Adelantado Alvar Núñez Cabeza de Vaca, prohibió el ingreso de abogados al Río de la Plata por 10 años. En 1570 hubo otra ordenanza similar, a pedido del Adelantado Juan Ortíz de Zárate (N. Guillermo Molinelli: “La ética profesional y el abogado interno de empresa”; La Ley, 19/4/90, suplemento de actualidad).

c.2) En una reunión del Cabildo de Buenos Aires del 22 de octubre de 1613, “causó alarma la noticia de que venían a la ciudad a abogar tres licenciados en derecho “con ánimo de que haya pleytos para ganar plata”, por lo que a instancias del regidor Miguel de Corro se les dio aviso de que no entrarán a la ciudad, ya que según expresó el nombrado, la experiencia había demostrado el daño que resultaba de que hubiera “letrados y letrados”, porque con su presencia, no faltan “pleytos, trampas y marañas y otras disensiones” (Raúl Horacio Viñas: “Ética y derecho de la abogacía y procuración”; Ed. Pannedille, Bs. As., 1972, p. 84). Seis años más tarde, uno de tales abogados logró ser nombrado letrado del Cabildo de Bs. As. (N. Guillermo Molinelli: “La ética profesional y el abogado interno de empresa”; La Ley, 19/4/90, suplemento de actualidad).

c.3) “Concreción de recelos hacia los letrados, seguramente a instancias de los comerciantes, impediría a aquéllos a actuar en el Consulado (comercio y navegación) a punto tal que las partes debían jurar que no habían intervenido letrados en la redacción de escritos “y aun en ese caso, se desechará todo lo que huela a sutilezas y formalidades de derecho y se atenderá sólo a la verdad y buena fe” (Viñas, ob. cit., p. 84).

c.4) “Expresión de ese espíritu es el episodio risueño a que dio lugar el derrumbe de la catedral de Buenos Aires en 1752, pues el gobernador Joaquín Andonaegui informó al virrey del Perú que el hecho obedecía a un castigo de Dios, por los pleitos, odios y rencores que los abogados fomentaban en el vecindario, no obstante que en esa época sólo había cuatro abogados en Buenos Aires.

c.5) El obispo Manuel de la Torre, en una carta, “consideraba inútil erigir la Universidad de Buenos Aires, pues no tendría más concurso de escolares que los porteños y porque de la Cátedra de Leyes no se sacarían más que mayores enriedos, pues habiéndolos hoy con cuatro abogados, que fuera que con muchos más que se crearían faltos de práctica y de aplicación, que en mi tierra se dicen abogados de a legua” (Viñas, ob. cit., p. 84).

d) Una vez un conductor de taxi (esa especie de filósofos populares porteños), al preguntarme por mi ocupación y enterarse de que soy abogado, me dijo: entonces Ud. es de éstos que hablan acerca de todo y sin saber acerca de algo.

41 a) La primera reglamentación ética concerniente a los abogados se remonta a la antigua Grecia, en los tiempos de Solón, y establecía que los defensores en el procedimiento oral debían ser hombres de honradez sin tacha (Francisco Mancuso: “La función del abogado de la vida social”; La Ley, 21/5/91).

b) “Como ética, la abogacía es un constante ejercicio de la virtud. La tentación pasa siete veces cada día por delante del abogado. Este puede hacer de su cometido, se ha dicho, la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios” (Couture, ob. cit., p. 17).

c) La ética versa sobre lo que debe ser, no sobre lo que es. El deber ser es la meta de la conducta ética. “Meta es, en sus acepciones latina y griega, sucesivamente, el término de una carrera y el más allá ... en las manifestaciones superiores de la abogacía, no hay más llegada que aquella que deja abiertos indefinidamente ante nosotros los caminos del bien y de la virtud” (Couture, ob. cit., p. 61).

d) “Generalmente cuando trato en clase estos temas ... advierto que provocan algunas sonrisas o muestras de escepticismo, pues parecen consideraciones utópicas o líricas, divorciadas de la realidad circundante. Entonces recorro a señalar las dolorosas e imprevisibles consecuencias de apartarse de la normativa ética. Recuerdo al alumnado que no siempre lo imperante o lo que se cree imperante (los malos ejemplos sobresalen, la obra meritoria permanece oculta; como en los casos de divorcios se olvida a los matrimonios armónicos, y en la delincuencia a todo el mundo que se conduce con honestidad) es recomendable” (Viñas, ob. cit. p. 137).

e) El incumplimiento del deber ético finalmente enfrenta a cada uno con su propia conciencia. Es posible que ciertas faltas puedan ser sobrellevadas con cierto esfuerzo ante la conciencia individual durante los fogosos años de la juventud; pero cuando el otoño de la vida asoma y queda mucho camino aún por recorrer, el peso de la conducta indebida puede llegar a ser insoportable y arruinar la existencia. Muchos “amargados” son el resultado de esto.

42 a) “La lucha por el derecho plantea, cada día, el problema del fin y los medios. El derecho no es un fin, sino un medio. En la escala de los valores no aparece el derecho. Aparece, en cambio, la justicia, que es un fin en sí y respecto de la cual el derecho es tan sólo un medio de acceso. La lucha debe ser, pues, la lucha por la justicia. Los asuntos no se dividen en chicos o grandes, sino en justos o injustos. Ningún abogado es tan rico como para rechazar asuntos justos porque sean chicos, ni tan pobre como para aceptar asuntos injustos porque sean grandes”. Desgraciadamente muchos abogados, algunos de buena fe, tienen una grave confusión entre el fin y los medios, lo cual constituye una confusión de valores. Las conductas injustas “podrán, en ciertos casos, significar una victoria ocasional, pero en la lucha lo que cuenta es ganar la guerra y no ganar batallas. Y si en determinado caso, algún abogado ha ganado la guerra con el ardid, que no pierda de vista que en la vida de un abogado la guerra es su vida misma y no sus efímeras victorias. La confusión del fin y los medios podrá pasar inadvertida en algún caso profesional. Pero a lo largo de la vida entera de un abogado no puede pasar inadvertida”. Constituye día de gran prueba para el abogado “la situación que nos depara nuestro mejor cliente, aquel rico y ambicioso cuya amistad es para nosotros fuente segura de provechos, cuando nos propone un caso en que no tiene razón. El abogado necesita,

frente a esa situación, su absoluta independencia moral...; su calidad auténtica de abogado la adquiere el día en que le puede decir a ese cliente, con la dignidad de su investidura y con la sencillez afectuosa de su amistad, que la causa es indefendible. Hasta ese día es sólo un aprendiz; y si ese día no llega, será como el aprendiz de la balada inmortal, que sabía desatar las olas, pero no sabía contenerlas” (Couture, ob. cit., p. 35/38). Se refiere al “Aprendiz de brujo” de Dukas.

b) Antes de la aceptación del caso, “el abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la de la libertad, sino la de la lealtad”; una vez aceptado el caso, “se transforma de abogado en defensor” (Couture, ob. cit., p. 41).

- <sup>43</sup> Aunque está universalmente admitida en principio, la exigencia de la independencia del abogado está definida concretamente de manera muy diversa por las diferentes legislaciones nacionales: a.1) Cuando está concebida con mayor rigor, la exigencia de su independencia prohíbe al abogado ejercer no sólo su profesión al servicio de un empleador, sino también toda actividad paralela asalariada (esta postura no es mayoritaria y dentro de la misma se advierte una tendencia hacia una menor severidad en cuanto a las incompatibilidades. Esta prohibición concierne menos a la independencia del abogado en el ejercicio de su función y más a la protección de la profesión contra la competencia de colegas que no la ejercen tiempo completo. Se trata de una consideración proteccionista cada vez más cuestionada en las sociedades liberales fundadas en la libertad de trabajo, comercio e industria). a.2) En otras legislaciones, diversas actividades anexas son juzgadas compatibles con la independencia del abogado y también autorizadas con la condición de no ser ejercidas a título preponderante. a.3) Otras legislaciones, finalmente, autorizan al abogado a ejercer libremente otras actividades y a practicar su profesión en forma episódica y accesoria. En algunos de los países que adoptan este criterio se considera que el abogado asalariado no es independiente y que, consecuentemente y a diferencia del caso del abogado que ejerce su profesión independientemente, ante un requerimiento judicial —investigación de la autoridad— el abogado asalariado no puede negarse a informar acerca de las actividades que ejerce para su empleador amparándose en el secreto profesional. a.4) La cuestión de saber si los abogados asalariados por las empresas privadas o por el estado actúan como abogados independientes, cuando tratan los casos de sus empleadores, da lugar también a soluciones totalmente divergentes. a.5) Existe, además, el problema particular de los abogados empleados por las empresas de servicios y llamados a aconsejar no a sus empleadores, sino a los clientes de estos últimos (Albert Louis Dupont Willemin: “El secreto profesional y la independencia del abogado”).

- <sup>44</sup> a) Según el Diccionario de la Real Academia Española, secreto (del latín *secretum*) es lo que cuidadosamente se tienen reservado y oculto; y en cuanto a la acepción de secreto profesional, dice que es el deber que tienen quienes ejercen ciertas profesiones (médicos, abogados, escribanos, etc.) de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión (Francisco Mancuso: “La función del abogado en la vida social”; La Ley, 21/5/91).

b) “El abogado recibe la confidencia profesional como un caso de angustia humana y lo transforma en una exposición tan lúcida como su pensamiento se lo permite. La idea de Sperl de que la demanda es el proyecto de sentencia que quisiera el actor, nos dice con gravedad elocuente qué intensos procesos de la inteligencia deben desenvolverse para transformar la angustia en lógica y la pasión de los intereses en un sencillo esquema mental” (Couture, ob. cit., p. 27).

c) El secreto profesional es el fundamento decisivo de toda la relación de confianza que existe entre el cliente y el abogado: no hay confianza sin confidencialidad. La protección jurídica y moral del secreto profesional encuentra su justificativo en la necesidad de proteger a las personas del perjuicio que les podría ocasionar la revelación de secretos confiados o que han debido necesariamente ser confiados a otra persona, especialmente cuando se trata de su profesión —tal el caso de los abogados—, en cuyo silencio confían. El secreto profesional es de la esencia de la profesión de abogado; es la fe que el cliente deposita en su consejero legal, y a la conciencia, honorabilidad, decoro y dignidad de un abogado se le confían los destinos de la vida, libertad, honor, los bienes, el futuro de una persona o de una familia. El abogado debe respetar el secreto de las confidencias que la confianza ha librado a su probidad y al juzgamiento de su conciencia; lo que oye como abogado no pertenece más que a los que le consultan; su secreto es sagrado; bajo ninguna forma, con ningún pretexto, puede traicionarlo. Ante un conflicto de valores, que requiere tomar una decisión, el abogado

deberá estudiar profundamente los diversos intereses en juego, teniendo en cuenta que el secreto profesional tiene un fundamento moral, pero no constituye un valor en sí mismo. Es, en cambio, un medio de defensa de valores y de principios morales. Este derecho debe ser reconocido tanto por las autoridades judiciales como por las administrativas, incluidas las fiscales y las aduaneras. Despojada de sus connotaciones personales, la consulta del caso con otros colegas y la publicación científica no constituyen violación del secreto profesional. La obligación de secreto profesional cede a las necesidades de defensa personal del abogado cuando es acusado por su cliente, empleados o terceros, en cuyo caso revelará lo indispensable a su defensa, pudiendo en igual medida exhibir documentos confiados. Si un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no es materia de secreto ni está amparada por el mismo; por lo cual, agotados los medios disuasivos, podrá hacer las revelaciones necesarias para prevenir el ilícito o proteger a las personas y bienes en peligro (Francisco Mancuso: "La función del abogado en la vida social"; La Ley, 21/5/91).



# RES PUBLICAE

Alfredo Di Pietro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ SIGNIFICA *RES* (COSA) PARA EL HOMBRE ROMANO? 3. ¿QUÉ SIGNIFICA *POPULUS* PARA EL HOMBRE ROMANO? 3. LAS *RES PUBLICAE*. 4. CONCLUSIONES.

1. En la época actual ya es ineludible hablar de crisis. Por lo menos en Occidente pareciera que no sabemos dónde estamos realmente parados, hablamos de época actual. Pero ¿qué es realmente esta época? La vieja denominación escolar, según la cual vivimos la *edad contemporánea*, nos resulta sospechosa, ingenua e insuficiente. De acuerdo con los manuales, habría comenzado con la Revolución Francesa de 1789, poniendo así término a la *edad moderna*. Pero esta caracterización, realizada por historiadores racionalistas, resulta totalmente arbitraria. Por de pronto, ¿es que los *tiempos modernos* han realmente *concluido*” ¿O por el contrario, no será que están todavía vigentes?

Por un lado, todavía escuchamos a quienes sostienen que el viejo ideal renacentista, que luego se transformara en el de la *Encyclopédie* y en general en el de la *Aufklärung*, todavía continúa vigente, y gozando de buena salud. Para nosotros, juristas, esto tiene importancia. Sobre todo si pensamos que buena parte de nuestra enseñanza —y aquí sobre todo en la del Derecho Romano— dependió del pensamiento de la Pandectística alemana. Precisamente, los ideales modernistas estaban engarzados en dicha escuela. Y de esa particular *Weltanschauung* son tributarios no sólo los estudios de Derecho Romano del siglo pasado, sino también los de varias décadas del siglo presente. Y en general, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que también lo son la mayoría de los manuales que conocemos y que resultan usuales en manos de profesores y alumnos.

Lo que denominamos el *proyecto modernista* consiste en la consideración del hombre como *sujeto*, capaz de lograr el *orden racionalista del mundo*. La totalidad de los entes exteriores a este *sujeto*, es decir los *objetos*, es ordenada por el hombre, sometida a él y conducida por la *razón* al lugar seguro de la certidumbre. La voluntad humana acompaña de una manera decisiva a esta *razón calculante*. De allí, el tono genérico de *subjetivismo* y de *voluntarismo* con que vemos teñidos todos los emprendimientos humanos. En lo jurídico, lo reconocemos en el pensamiento ideológico de Windscheid y de Ihering, para recordar a dos de sus grandes exponentes. Pero sin olvidarnos de Savigny y de Thibaut, pese a los puntos encontrados de estos dos autores, que en fondo discuten apasionadamente temas internos del *proyecto modernista*.

Dentro de un horizonte temporal franca y decididamente optimista, tal como lo es el

ideal del *progreso indefinido*, el sujeto, dueño de la Razón y de la Voluntad, se erige como dominador de la realidad elemental. Todo esto parece culminar posteriormente con el pensamiento científico, matematicista y cibernético. A ello no le es ajena la Voluntad de Dominio (el *Wille zur Macht*) proclamada a fines del siglo pasado por Friedrich Nietzsche.

Pero, por el otro lado, ha surgido también en las últimas décadas un pensamiento que ha emitido su sentimiento de sospecha respecto de todo el planteo *modernista*. Es lo que se ha dado en llamar el *postmodernismo*. Nacido en el campo de la estética, de una manera muy heterogénea y muy variada, ha ido ocupando los demás campos del saber. El pensamiento común de esta nueva línea obedece a una creencia general: el *proyecto de la modernidad* es ahora profundamente problemático. Y más aún, con distintas tonalidades de intensidad, expresan que dicha cosmovisión modernista se halla agotada. Aparte del campo estético, la *desconstrucción* afecta la *naturaleza del lazo social* (Lyotard), y en forma particularizada, también ven de un modo nuevo, *esquizofrénico*, tanto el espacio como el tiempo. En un tema que nos interesa, también la noción básica de *sujeto* y obviamente también sus atributos operadores, la Razón y la Voluntad, han sido problematizados. Ya son lugares comunes para ellos hablar del *hombre sin identidad* (Kafka) o del *hombre sin atributos* (Musil). Y dentro de un contexto más amplio, se ha hablado del *ocaso del sujeto* (Vattimo).

Todo esto alcanza, de algún modo, también al Derecho. Por un lado existe, y vaya con qué fuerza y vitalidad, en el campo jurídico el *proyecto modernista*. Brevemente expresado, consistiría en que el hombre como *sujeto* pretende, mediante el connubio *razón-voluntad*, dominar el mundo, tanto social como físico. Esto se logra con las *leyes* —la *multitudo legum* que caracteriza los elefantiásicos sistemas normativos— que dictan las *soluciones de justicia*, de tal modo que las relaciones entre los hombres son llevadas al campo de la certidumbre y de la seguridad. Del mismo modo, el hombre como *sujeto* racional y voluntario se erige en el centro de los negocios mediante el dogma de la *autonomía de la voluntad* (el *Willensdogma*). Los *posmos*, por su lado, sospechan de todo esto y han puesto en estado de cuestionamiento no sólo el concepto básico de *sujeto*, sino también el de los *objetos*, amén del descreimiento en la *racionalidad* y en el *voluntarismo*.

Siendo así el cuadro de situación en el cual se debaten las ideas en la actualidad, somos precisamente los romanistas, es decir los que nos sentimos motivados en nuestro corazón por el orden de las cosas que estableció Roma, los que podemos producir nuestro aporte. Aun con nuestros latines y con nuestros esotéricos corchetes en los textos interpolados, que tanto desconciertan a nuestros hermanos juristas privatistas, podemos producir nuestra contribución, tratando de aclarar las viejas vivencias romanas. Con ello tratamos de poner una cuota de luz en temas como los mencionados. Esta luz, como no puede ser menos para el espíritu Romano, no sólo quiere alumbrar el pasado, sino también el presente, en tópicos que resultan indudablemente cruciales.

2. Dentro de este contexto, nos referiremos a las *cosas*, y en la órbita de ellas, a las *res publicae*. Aparentemente estas palabras no exigen un esfuerzo de traducción. Si desde un punto de vista formal esto es cierto, cada día me convengo más de las dificultades que encierra la exactitud de una traducción precisa y verdadera. Porque en el *tra-ducere* tengo

que traer ante mí, es decir *trasladar*, el sentido genuino de cómo sonaban los vocablos al oído Romano. De lo contrario, se corre el peligro de la mera literalidad, y por ello, en este caso, que las *res publicae* sean una identificación total con nuestras *cosas públicas*.

Por de pronto, tenemos la palabra *res*. Ninguna duda hay en que significa *cosa* (o *cosas*). Parecería que no hay ninguna dificultad. Ahora bien, tomo la definición que aportó el codificador argentino Dalmacio Vélez Sarsfield, quien fuera para su época un notable romanista y catedrático en la materia. Nos dice en el art. 2311 de su Código Civil que se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Y me pregunto si ello es exactamente así para el oído romano que escuchaba la palabra *res*.

*Res* es uno de los *verba* que suenan más gratos y cordiales al espíritu latino. Pero es algo más y algo muy distinto de los *objetos exteriores*. El Romano emplea esta palabra por doquier. Así, para referirse a los asuntos del campo, nos habla de las *res rusticae*. Para hacerlo de los asuntos y cuestiones de los soldados, se refiere a ellos como *res militares* o *res castrenses*. Si habla de los que atañe a los barcos y a la navegación, nos dice que se está refiriendo a las *res nauticae*. Y si nos cuentan los hechos históricos, emplea el vocablo *res gestae*. ¿Qué es lo que tienen de común los entes exteriores, no solamente los *corporalia*, sino también los *incorporalia*, con todos estos asuntos, negocios, cuestiones e intereses a los cuales los Romanos denominan en general *res*?

Quien nos puede dar la clave es el pensador alemán Martin Heidegger, quien se refirió concretamente a este tema de la *res* en la conferencia *Das Ding*, pronunciada el 6 de junio de 1950 ante la Academia bávara de Bellas Artes (*Verträge und Aufsätze*, Pfullingen, 1954; *La chose*, en *Essais et Conférences*, Gallimard, 1958, pp. 194-218). Se destaca allí que la intimidad romana de la *res* es el “concernimiento” existente entre hombre y cosa: *Es solamente porque res significa lo que concierne que se puede hablar de res adversae, de res secundae: entendiendo por aquéllas lo que concierne al hombre de una manera que le es contraria, por éstas, lo que conduce de una manera feliz*. En suma, *res* no son solamente los entes exteriores, a los que primordialmente llamamos “cosas”, sino que también lo son los asuntos, los problemas, las cuestiones que de algún modo interesan a los hombres. De ahí que su sello distintivo lo tenemos en *lo que le concierne*.

Nos dice el pensador de Messkirch que “en inglés *thing* (acoto que en el alemán antiguo se decía también por *cosa* = *Thing*, de donde deriva el actual vocablo *Ding*) ha conservado todo el poder de expresión de la palabra romana *res*: *he knows his things, él conoce sus asuntos y lo que le concierne; he knows to handle things, él sabe cómo manejarse con las cosas, es decir, con aquello de lo que se trata según el caso; that's a great thing, es una gran cosa* (una cosa bella, potente, magnífica), es decir alguna cosa que llega por sí misma y que concierne al hombre” (*op. cit.* p- 208). E incluso, acudiendo a nuestro español, el mismo sentido tiene cuando preguntamos: ¿cómo van tus cosas? No estamos inquiriendo al interlocutor: ¿cómo está tu casa? o ¿cómo está tu auto?, sino primordialmente: ¿cómo van tus asuntos, tus intereses, es decir todo aquello que te concierne?

Curiosamente, la palabra *cosa* en las lenguas romances no se deriva directamente de *res*, sino de *causa*. Por un lado, tiene el sentido de aquello que *causa un efecto*. Pero también significa *el caso*, el litigio, el pleito. Esto lo destaca también Heidegger, aun cuando él le asigna a la palabra *causa* un origen jurídico procesal, lo cual no sería así según Ernout et

Meillet, para quienes este último sería un sentido derivado del primero, Pero dejando de lado el problema de la precedencia etimológica, resulta totalmente aceptada su temprana aplicación como sinónima de *juicio* o de *proceso*. Así, vemos empleado por Cicerón un acercamiento entre *res* (como el asunto o los hechos) y *causa* (como el litigio, el caso): *guae ex re ipsa causaque ducantur* (*Clu.* 139) —lo que nos sugieren los hechos del asunto y el litigio mismo—; *oratio ex re et ex causa habita videretur* (*id.* 141) —se ve que el discurso había dependido del asunto y de la causa—; *quid de tota re et causa iudicavit* (*Cat.* 4.10) —lo que pensara de todo el asunto y la causa—. Y más concisamente, en Varro: “*quibus res erat incotroversia, ea vocabatur lis*” (L.L.7.93; a la cosa que está en controversia se la llamaba litigio). Incluso la sinonimia en expresiones de aplicación jurídica tales como *quam ob rem* y *quam ob causam*, hacen ver cómo los Romanos le dieron al proceso, al *asunto por el cual nos reunimos*, la designación de *causa*. Que además ha continuado siendo lugar común dentro del vocabulario forense actual, donde se menciona al juicio como la *causa*. Y es de acá de donde deriva nuestra palabra *cosa*.

Pero *causa*, entendida como *el caso*, es vivenciada por el Romano como la *res litigiosa*. Ello es así porque tanto las partes, los prudentes, el pretor, el *iudex*, todo ellos están *concernidos* en torno del *anillo* de la *res litigiosa*. En tal sentido, J. Trier vincula *anillo*, *Tribunal* y *ius*, como aquello que es considerado en una reunión *en forma de anillo* (v. M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 27 y nota 21). Lo que los *concierna* a todos lo que de algún modo participan es la *res litigiosa* (el asunto a decidir) que está en el *centro* del *anillo*, y de donde surgirá la *solución de justicia*.

Cierto es que cuando en el *ius* hablamos de *res*, estamos reduciendo fundamentalmente la cuestión a los *corporalia* y a los *incorporalia*. Pero el análisis genérico y amplio que hemos efectuado, lejos de haber sido vano, no hace sino reafirmar que aun para estas *res*, el carácter más íntimo que tiene, es precisamente el *concernimiento*.

En cambio, lo que no es propio del Romano es la comprensión de *res* como *obiectum*. Si en la *res* se expresa el *concernimiento*, en el *obiectum* hay, por el contrario, un sentido de oposición entre hombre y cosa. En el *iectum* se manifiesta *lo yecto*, lo que está ahí delante, pero el *ob* inicial remarca la oposición antagónica que tiene respecto del hombre. En la *res* hay una vivencia cordial, no *de*, ni *ante*, ni *junto*, sino *en* la cosa. Esto es lo que experimentamos al leer las Geórgicas o las Bucólicas de Virgilio. *Las res rusticae* son vividas e internalizadas en el corazón del poeta y a ello nos invita con su lectura. En cambio, en el *ob-iectum* hay extranjería, enfrentamiento. El corazón no está implicado en él. Como lo señalan Ernout et Meillet, el *ob* está significando el *contra*, incluso con idea de hostilidad.

El uso del vocablo *obiectum* para designar a la cosa no es romano, sino que pertenece a la literatura filosófica posterior. Sobre todo tendrá su aplicación en los autores modernos. Si hay un *obiectum* es porque necesariamente se cuenta con la presencia oponente del *subiectus*. En realidad *sujeto* hace más bien a *lo que está sometido*. O también, se lo suele emplear como *el tema sometido a una discusión*, tal como todavía se sigue expresando en inglés: *What's the subject?* o en francés *Quel est le sujet?*, para preguntar sobre el tema de la conversación. Pero con el racionalismo modernista, tal como se puede ver fácilmente en Kant, sujeto pasa a ser la designación de la persona humana, como centro hegemónico de

todo el actuar con los entes exteriores, que ahora funcionan, no como cosas, sino como objetos. Es así cómo se da, en el lenguaje modernista, la conocida relación *sujeto-objeto*. Pero en la misma, el *ob-iectum* no es reclamado para el *concernimiento* cordial, sino más bien para su *utilización*, su *control* y su *dominio*. A los objetos se los usa y se demanda de ellos una utilidad. Pero esto no es romano. Para el *ius*, el hombre no es identificable con este concepto de sujeto. Ni tampoco las cosas son consideradas como objetos. Por el contrario, son *res*.

La relación más absoluta que se da en el *ius* entre un hombre y una cosa es el *dominium*. Es la situación que un *dominus* tiene con la cosa. Por *dominus* entiendo al *señor*, por lo que *dominum* es propiamente el *señorío*, dándole al vocablo el honroso y noble tono que tiene la palabra castiza. Si lo llamamos también *proprietat* es porque en la situación establecida hay algo que se hace *proprium*. Si ahora leemos *proprietat* a partir del *concernimiento* de la *res*, podemos atisbar el sentido humano-real que conforma su vivencia. Es que fue así la relación primigenia del agricultor romano con la *Mater Tellus*. Ambos, *homo* y *res*, están *concernidos* en el interés común. El agricultor entrega a la tierra, a la cual hace vivir, el sudor de su *improbis labor*, y con ello lo más *proprium* de sí mismo, su *humanitas*, y la *terras concernida* le devuelve en forma excelentemente justa —recordar lo de la *iustissima tellus* de Virgilio— no sólo los frutos materiales, sino la *pax interior* (*O fortunatos agricolat!*) como nos lo recuerda, en época ya tardía, el poeta Claudiano en su *De sene veronensi: Felix, qui propriis aevum transegit in arvis* (Feliz aquél que ha pasado su vida en su dominio campestre).

Los Romanos no tenían una definición para el *dominium*. Jurídicamente era considerado como la *plena in re potestas*. Es sabido que no era encarado como un *ius in re*. La propiedad es la misma *res*, de la cual su *dominus*, en la fórmula petitoria afirma una cualidad de la cosa misma: *Meum esse aio* (“Digo que es mío...”). Incluso en la *rei vindicatio* no se reclama la propiedad, sino la cosa. Como vemos, el concepto de *res*, a partir del *concernimiento*, no sólo se acomoda perfectamente al *dominium* romano, sino que además nos lo aclara con una iluminación, una *Lichtung* muy especial.

En cambio, si citamos el art. 544 del Código Napoleón, allí se nos dice que *la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta*. Lo que encontramos es una expresión jurídica netamente modernista. El dominio es un *derecho subjetivo patrimonial*, donde hay un sujeto que impone su absoluta voluntad al objeto, totalmente sometida a ella. La relación *sujeto-objeto* funciona en todo su esplendor. Y a pesar de todos los parecidos exteriores, es muy distinta de la que habíamos visto como *dominus-res*.

3. Hasta aquí, nos hemos detenido a pensar lo que significaba el vocablo *res*. Pero nuestro tema son las *res publicae*. El adjetivo viene de *populus*. Como sabemos, esta clase de *res* son *res extra patrimonium nostrum* (Gayo 2.1; Inst.2.1. pr.). Si no pueden apropiarse de ellas los particulares —aunque las pueden usar— es porque al ser *publicae*, son del *populus*. ¿Pero qué es el *populus*?

Si recordamos el pasaje de Cicerón (*De re publ.*, 25), *por populus hay que entender no toda reunión de hombres congregados de cualquier modo, sino un grupo numeroso de*

*hombres asociados los unos con los otros por adhesión a un mismo ius y a una comunidad de intereses.* Ya en el vocabulario umbrío, en consonancia con otras lenguas indoeuropeas, se hablaba de *poplem*. Y en las Tablas Eugubinas, que establecían el gran ritual de lustración, con una enumeración detallada de los ritos de ofrenda, procesiones, oraciones y plegarias para atraer el favor de los dioses sobre la ciudad y el territorio de Iguvium, encontramos la expresión *Tota*, donde aparece confundida la ciudad y la sociedad. *Tota* parece designar la población total mientras que en *poplen* (o *pople*) se toma más en consideración la población política con sus derechos y obligaciones civiles y militares. Lo interesante es destacar que la idea central, al igual que ocurre con *populus*, es el complejo de la comunidad organizada.

Pero si *populus* es la comunidad organizada, lo que produce la comunidad de intereses es la *res publica*. Como lo establece Cicerón (*ibid.*), casi en el límite de una tautología: *Est igitur, inquit Agricanus, respublica, res populi* —La *res publica* es, pues, dice Escipión, la *res* del *populus*. Curiosamente, nos encontramos acá con que para designar al *asunto* más importante desde el punto de vista político y jurídico, el Romano vuelve a emplear la palabra *res*. Pero ello no nos debe sorprender. En la *res publica* lo que se destaca es precisamente el *concernimiento* de todos los ciudadanos que componen el *populus*, en lo que le preocupa y por ello es discutido públicamente.

Lo remarcable es que esta palabra recorre de una manera ininterrumpida toda la historia de las instituciones políticas romanas. Incluso, hasta en la época del Principado y del Dominado, hasta llegar al mismo Justiniano, cuando hay que referirse a la organización política romana, la palabra genérica más usada es ésta de *res publica*. También se utiliza *ciuitas*, en la cual se subraya la reunión de los *cius*. O la expresión S.P.Q.R. (*Senatus Populusque Romanus*). Pero, aunque en esta denominación el vocablo *Populus* aparece como confrontado —pero al mismo tiempo unido— con el *Senatus* en realidad, ello no es en desmedro de la *res publica*. Lo que se hace con esta expresión es más bien señalar la sabia combinación establecida entre el Senado, que detenta la *auctoritas*, y el *Populus*, que por la vía de los magistrados (que eran *magistratus reipublicae*) y por la de los *Comitia*, detenta la *potestas*.

Lo que sí es totalmente ajeno a Roma es la noción moderna de Estado. Dicho de manera muy abreviada y simple, decir que la *res publica* romana era el Estado romano es confundir totalmente los conceptos, puesto que estamos hablando de cosas muy diferentes y hasta opuestas. Si la *res publica* se comprende a partir del *concernimiento* de la *res*, la noción de Estado debe ser comprendida al nivel de la relación *subiectus-obiectum*. El concepto de Estado es de corte netamente moderno. Al parecer fue Bodino (1536-90) uno de los primeros en explicitarla. Para poder llegar a la idea representativa del Estado, se torna necesario ir volviendo cada vez más abstracto al *populus*, hasta tal punto que la oposición entre *populus* y Estado resulte bien nítida.

El Estado es una organización de poder, que es distinta del *populus*, y que en cierto modo le está sobrepuesta y contrapuesta al mismo. Desde el momento en que aparece, el Estado es el *subiectus* a partir del cual los súbditos, llamados *ciudadanos* aparecen como *obiecta*. Pero en esta relación *subiectus-obiecta*, la esfera en la cual se mueven los modernos súbditos —que ya no componen el *populus* en el sentido romano— es hegemónicamente *objetiva*. La relación Estado-ciudadanos se manifiesta análoga a la que habíamos visto entre

el hombre como *subiectus* y los *obiecta* exteriores. De ahí la siempre abierta oposición existente entre Estado y ciudadanos, que en algunos casos es más o menos pacífica, pero en otros llega a ser hostil, extraña e incoherente. Es muy difícil que los “ciudadanos” se lleguen a sentir *concernidos* en el Estado. El espíritu del Levathán, como amo necesario a fin de poder establecer el orden entre los individuos (Hobbes) o el tema de las cadenas con las que están sujetos los súbditos, y de las que luchan para desprenderse de ellas, tal como lo ha establecido Rousseau, a pesar de ciertas diferencias en orden a la naturaleza del hombre, tienen algo en común, en cuanto son consecuencia obvia de la nueva concepción política.

En cambio, en el mundo antiguo, ya se trate de Grecia o de Roma, el *demos* o el *populus* eran los que se reunían para decidir en común los asuntos que concernían a todos. En la *polis* griega, el *concernimiento* se manifestaba en el problema o cuestión a debatir, ubicado en el *meson*, es decir en el *punto medio* del Agora. Del mismo modo, en la *res publica* Romana, también el *concernimiento* se daba ya en el problema o cuestión que el *magistratus* ubicaba en el *centro* de las reuniones comiciales, cuando el *populus* estaba reunido, así como también en el *centrum* del Senado, cuando se debatía la *res publica* y atendiendo a los intereses que la rodeaban se decidía la solución conveniente.

Cierto es que existe la expresión *status rei publicae*, tal como la podemos encontrar en la definición del *ius publicum* que nos da Ulpiano (D.1.1.1.2): *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanum spectat*. Pero acá, la palabra *status* vale tanto como en *status hominum* (la situación—*status*—en la cual se encuentran los hombres) o en *status ciuitatis* (la situación de los hombres por su ubicación en la *ciuitas*). Por ello, la traducción del párrafo de Ulpiano es: “*Ius publicum* es aquello que se refiere a la situación (*status*) de la cosa Romana”. Pero de ningún modo concebirlo al modo moderno del *Estado de la Res pública Romana*, lo cual serían una incongruencia con todo el pensamiento político antiguo, al cual le estaríamos transvasando una idea moderna.

De acuerdo con ésta, los ya individuos del pueblo miran como algo *objetivo*, pero no *concernidos*, al Estado organizado en sus poderes políticos. Cual poderoso Yahvé, ahora todo se espera del él. Todo juicio sobre la paz y el orden de la vida social le es requerida a él. Incluso, se le pide que se comporte de manera *dirigista* o dejando en libertad a los mercados, que se ubique como *absencionista*. Pero siempre mirándolo como al *objeto* tercero y extraño. Por eso a la organización política que es el Estado se la puede demandar judicialmente. Esto era imposible para el hombre Romano, puesto que sintiéndose los *ciues* en la *res publica*—confirmada por el *nosotros, los ciudadanos Romanos organizados en el populus*—era algo así como demandarse a sí mismo. En estos tiempos modernos, el viejo *populus* ya no existe. Tal como lo ha dicho, respecto del Estado moderno, el romanista italiano Guglielmo Nocera (*Il pensiero pubblicistico romano*, en *Studi P. de Francisci*, Giuffré, 1956, II. p. 578), “l’unità formale dello stato è, per ciò, nient’altro che la maschera che *sustinet personam defuncti*, che si considera cioè in luogo e vece del defuncto *populus*”.

Dentro de la sociedad pueden existir diferencias. Así, podemos encontrar a los *patricii* y a los *plebeii*, los *classici* y los *infra classes*, los *nobiles* y los *ignobiles*, los *optimates* y los *populares*, los *viri illustres, spectabiles* y los *humiliores*, los *ciues* y los *peregrii*, los *liberi* y los *serui*. Algunos conforman el *populus*, otros permanecen fuera, aunque viviendo

en la sociedad romana. Pero a pesar de toda la lucha de intereses que pudieran existir en la variada gama de partidos y de facciones, por encima de todos ellos seguía vigente la idea de la *res publica*, como la comunidad que *concernía* a todos. La vieja historia acerca de que las asambleas populares (*comitia*), donde los conflictos de intereses estaban presentes, se interrumpían si se izaba una bandera en el Ianiculo, la colina junto al Tiber, para indicar que las fuerzas invasoras etruscas estaban a la vista, es algo que *mutatis mutandi* puede ser aplicado a todas y cada una de las épocas que componen la historia romana. Esto es lo que significa el *dictum* de que *Salus populi, suprema lex est*. La salvación del *todo* es superior al de los intereses de las *partes*.

4. Pienso que, luego de este análisis, podemos recobrar cómo podía sonar al oído del hombre Romano la expresión *res publicae*. Las vías, los caminos, los puentes, el Foro, el Circo, las fuentes, los ríos, sus riberas, etc., todas ellas eran *res publicae*. No eran del Estado, sino que eran del *Populus*. Es a él a quien quedan afectadas. Pero volvemos a recalcar, *populus* no es un *subiectum*, sino que son los ciudadanos mismos. Por lo tanto, las *res publicae* son las cosas de *nosotros*, y es por ello que cualquiera podía utilizarlas, siempre y cuando que con ese uso particular no se afectara el uso común. Esto no significaba, de ningún modo, la existencia de una postura *comunista*, aunque sí, por el sentido del *concernimiento*, la vigencia de una vivencia *comunitaria*. Es muy destacable ver como los juristas Romanos se preocuparon por armonizar la propiedad privada, las *res publicae* y el uso que cualquier ciudadano podía hacer de ellas. A éstas, habría que agregar, por un cierto carácter análogo, aquellas otras cosas que resultan comunes para todos. Por aplicación de un principio del *ius naturale*, así lo afirman los bizantinos: *res quae naturali iure communia sunt* (Inst.2.1.pr.; 1: cosas que por el derecho natural son comunes), tales como el aire, el agua (*aqua profluens*) y el mar, con el uso de sus riberas (fundamentada en el *ius gentium*; Inst.2.1.5).

En tal sentido, es sumamente aclaratoria la lectura del párrafo de Ulpiano (D.43.8.2.2.): “... los lugares públicos [esto es las *res publicae*] sirven ciertamente para los usos de los particulares, a saber por el *ius ciuitatis*, no como propios de cada uno [están fuera de la apropiación privada, en cuanto que son *res publicae*]; y tenemos tanto derecho [*ius*] para conseguirlo, como tiene cada uno del *populus* para impedirlo [con lo cual se reafirma que el uso de las *res publicae* es para un uso ordenado y justo, en el cual cada uno pueda usar, pero sin dañar el interés de los otros]; por lo cual, si acaso se hiciera alguna obra en lugar público que redunde en perjuicio de un particular, puede uno ser demandado por el interdicto prohibitorio que con este fin se estableció” [Ed.Perp. \_237; D.48.8.2.2 pr.]. Y dejamos, como conclusión, lo que nos dijo Ulpiano al comenzar este párrafo, en tanto y en cuanto que resume perfectamente el sentido del mismo: *Y, con él [el interdicto mencionado] se atiende tanto a las conveniencias públicas, como a las de los particulares.*

Piense la distancia jurídica que existe entre decir que estas *res* eran del *populus*, es decir de todos *nosotros* en cuanto integrantes de la *ciuitas* (o de todo el género humano, para las *cosa comunes*) y lo que establecerá más tarde el derecho modernista, al prescribir que lo que los Romanos llamaban *res publicae* son en cambio *bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional* (texto del art. 2339, Cód. Civil

argentino). Una cosa es venir a considerar que los bienes públicos son *de todos los que componemos el populus*. Y otra bastante distinta, el venir a atribuir el dominio de dichos bienes directamente al Estado nacional o a los estados particulares.

En tal sentido, lo más útil para poder sacar conclusiones válidas es la manera rápida, segura y eficiente que otorga el *ius* a aquél que de algún modo se ve perjudicado por la actividad de otro, a propósito del uso de una de estas *res publicae*. En general, se utiliza la vía de los interdictos. Bastaría en tal sentido recordar la lista de los mismos que figura en el Edicto Perpetuo:

§ 237. *Ne quid in loco publico uel itinere fiat. Quod in itinere publico factum erit; ut restituantur* (Para no hacer o introducir en una vía o en un camino público algo que ocasione daño; Ulp., D.43.8.2 pr.; D.id.35).

§ 238. *Ut uia publica itinereue publico ire agere liceat* (Para prohibir la violencia tendiente a evitar que alguien pueda ir o conducir por una vía o un camino público; Ulp., D.43.8.2.45).

§ 239. *De loco publico fruendo* (Sobre el goce de un lugar público; Ulp., D.43.9.1. pr.).

§ 240. *De uia publica et itinere publico reficiendo* (De la reparación de la vía pública y del camino público; Ulp., D.43.11.1 pr.).

§ 241. *Ne quid in flumine publico ripaue eius fiat, quo peius neuigetur* (No se haga en el río público o en su orilla algo que haga peor la navegación; Ulp., D.43.12.1. pr.; id. 11).

§ 242. *Ne quid in flumine publico ripaue eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit* (No se haga en río público o en su orilla cosa alguna por la cual el agua corra de otro modo que como corría en el verano anterior; Ulp., D.43.13.1 pr.).

§ 243. *Ut in flumine publice nauigare liceat* (Para que sea lícito navegar en un río público; Ulp., D.43.14.1 pr.).

§ 244. *De ripa munienda* (De la reparación de la orilla; Ulp., D.43.15.1 pr.).

Sin necesidad de entrar en el análisis de todos y cada uno de estos interdictos, remarcamos la diferencia respecto del Derecho actual. Nada que ver con los reclamos previos que un ciudadano debe realizar ante la burocracia administrativa del Estado. La rápida vía interdictal —que tampoco se parece a la tramitación judicial de hoy de un interdicto— permitía que cualquier ciudadano podía dirigirse al pretor contra aquél que estaba molestando el uso de *las res publicae*. En efecto, estas medidas son calificadas de “perpetuas” (no tenían un plazo cierto para pedir las) y “populares” (las puede pedir cualquier integrante del *populus*); así, Ulpiano, (D.43.8.2.34; id.44; id.11.1.3.; id.13.1.9), obedeciendo a la regla general establecida por Pomponio (D.43.7.1): A cualquiera se le ha de permitir que pida respecto de lo público lo que pertenece al uso de todos, como vías públicas y caminos públicos; y por esto se da interdicto respecto de estas cosas a petición de cualquiera”.

Precisamente, como lo señala Fritz Schultz (Derecho Romano Clásico, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, N° 78, p. 41): “Las *acciones populares* romanas fueron ciertamente el modelo de muchas acciones populares introducidas por leyes inglesas a partir de la Edad

Media. En el Derecho Continental, desaparecieron prontamente, pues estas acciones presuponían un espíritu público activo y vigoroso que, desgraciadamente, no se daba ya en la Europa del Continente”.

Además, la interpretación jurisprudencial que se hizo de los distintos casos permitió observar cómo por un lado se trataba de defender y de proteger la situación del particular que quisiera usar de las *res publicae*, pero al mismo tiempo, conservar el sentido de lo *publicum*. Así, es remarcable el párrafo de Iavoleno (D.43.11.23) según el cual “el *populus* no puede perder, no usándola, una vía pública”. Y a su vez, vemos el grado de *concernimiento* de los particulares en las *res publicae*, en tanto y en cuanto que no obstante la labor oficial que pudiera existir, el mantenimiento y la reparación de los caminos, cualquiera que fuese su importancia, no sólo estaba al cuidado de los particulares, sino que se declaraba la licitud y el consiguiente amparo de tal actividad. Así, el ya citado *interdictum de uia publica et itinere publico reficiendo* (Ed. Perp. 240; D.43.11.1 pr.) nos habla de lo que decía el Pretor: *Vedo que se le haga violencia a uno para que no le sea lícito abrir o reparar una vía pública, o camino público, con tal de que no se deteriore esta vía o este camino.*

5. He tratado de aclarar la expresión jurídica romana de *res publicae*, cómo sonaba la misma para el oído latino y cómo era el régimen de la protección de su uso. Y también de subrayar la esencial diferencia que ellas tienen con el actual *dominio público* —y también *privado*— del Estado. Pienso que esto no quedaría completo si no se tratara de ensayar alguna idea que resulte constructiva para la situación actual.

Por de pronto, soy plenamente consciente de que, nos guste o no, somos hijos de este siglo. Comprendo todas las dificultades que puedan existir, máxime teniendo en cuenta que la situación de nuestro Estado, y de nuestro Derecho, se ha ido consolidando, ya no sólo a nivel nacional, sino internacional. Vivimos la *aldea global* (Mc Luhan), con todas las cosas buenas y menos buenas que trae el achicamiento del mundo y la mayor concentración de los centros de poder que toman decisiones. Pero, si somos verdaderamente realistas, como lo fueron siempre los Romanos, es en la *realitas* misma que podemos establecer algunas pautas:

(a) Ante todo, si los propios hombres, los ciudadanos de nuestras *ciuitates*, alcanzaran a comprender la importancia que tienen las cosas, las cuales no deben ser consideradas *objetos* sujetos a nuestro dominio, sino *res*, habría una vía abierta para revivir el *concernimiento*. La *metanoia* no comienza desde arriba, sino que nace y fructifica en nuestros corazones. Advierto que el camino puede resultar accesible si es que se concientiza el problema al nivel comunal, o más bien al nivel vecinal. En ese ámbito, los hombres vienen a ser los vasos capilares que pueden hacer mucho para lograr de una manera práctica y efectiva este cambio de mentalidad. El camino de la base puede resultar muy eficiente.

(b) Y además, lo que se requeriría del estado es el sabio consejo aristotélico acerca de la modicidad de sus *prae-scriptiones*. Más vale la vía abierta de la libertad que el pretender con anticipación (éste es el sentido del *prae*) escribir cerradas y abigarradas reglamentaciones (las *scriptiones*) que, por lo que se ve diariamente, más molestan que solucionan. Simplemente que dejen que las cosas que los Romanos dominaban *res publicae* sean *res* del *populus*. Que las dejen florecer y crecer como tales, adoptando para los casos controvertidos vías de soluciones rápidas y eficaces.

En otras palabras, la solución romana. Hay que tener la humildad necesaria para reconocer que ellos, los hombres instalados en las cosas, habían resuelto correctamente el problema.

1900  
1901  
1902

1903  
1904  
1905

1906  
1907  
1908  
1909  
1910

1911  
1912  
1913

# LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR Y EL NAFTA

DINO LUIS BELLORIO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: POLÍTICA AMBIENTAL Y ACUERDOS REGIONALES. 2. EL MEDIO AMBIENTE EN LAS NEGOCIACIONES SOBRE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO, EEUU Y LA PROPUESTA DEL NAFTA. 3. MERCOSUR E INTEGRACIÓN REGIONAL AMBIENTAL. 4. EL TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES AMBIENTALES SEGÚN LOS MECANISMOS DEL MERCOSUR. 5. IMPLICANCIAS, ÁMBITO GEOGRÁFICO E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMAS AMBIENTALES COMUNES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR. 6. MERCOSUR, NAFTA Y LA NECESIDAD DE UN PROYECTO CON DESARROLLO INTEGRADO PARA LAS AMÉRICAS.

## I. INTRODUCCIÓN: POLÍTICA AMBIENTAL Y ACUERDOS REGIONALES

En los últimos tiempos se han multiplicado los esfuerzos para responder a la necesidad de inserción de una política de protección del medio ambiente en el ámbito del MERCOSUR, para garantizar el desarrollo de la región sobre bases ambientalmente sustentables.

Similares preocupaciones llevaron a incrementar los estudios y acciones para compatibilizar políticas, normas y prácticas vinculadas al ambiente en el marco de las negociaciones sobre libre comercio y medio ambiente de los países del NAFTA, México, EEUU y Canadá. La definición de políticas comunes en relación al ambiente por parte de los países que integran los acuerdos tiene por objeto principal garantizar el desarrollo sobre bases ambientalmente sustentables, disminuyendo la presión sobre los recursos naturales de las respectivas regiones y buscando la solución a partir de los problemas ya existentes en las áreas de frontera.

Hoy resulta imperativo examinar la situación ambiental y social y los impactos negativos del MERCOSUR y de los acuerdos del NAFTA (si bien de diferentes características y matices) a la luz de las mudanzas ocurridas en los últimos años, teniéndose en cuenta aspectos de orden técnico y de proteccionismo económico y social, de indudable gravitación en la cuestión.

Deberá activarse, igualmente, el establecimiento de mecanismos que promueven la integración de gobiernos, órganos oficiales, empresas, movimientos ambientalistas y otras instituciones de la sociedad civil, así como especialistas interesados en el análisis de

propuestas concretas para el aprovechamiento autosustentable de los recursos naturales renovables y la protección ambiental.

Se ha propuesto, también, el establecimiento de un Programa Ambiental, en el caso del MERCOSUR, detallando los temas ambientales de prioridad para la región, como, asimismo, la identificación de formas de cooperación entre los países que lleven a alcanzar los objetivos comunes e interligados que consideren las interrelaciones personales, recursos, medio ambiente y desarrollo<sup>1</sup>.

Toda política ambiental debe tener por objetivo primordial garantizar un desarrollo sostenido<sup>2</sup> que satisfaga las necesidades humanas de las presentes y futuras generaciones que habiten los territorios integrados.

Este objetivo debe implementarse cuidando que se asegure la preservación de los procesos ecológicos y la diversidad genética.

Asimismo, el uso y manejo de los recursos naturales de la región deberá llevarse a cabo en forma racional y sostenida, para que, de ese modo, su aprovechamiento se desarrolle en perpetuidad.

La política ambiental debe tener como destinatarios al ser humano y a la naturaleza, la biosfera en su conjunto<sup>3</sup>.

Ello es así puesto que, gradualmente, el principio antropocéntrico es reemplazado por el principio biocéntrico, entendiendo que resulta imposible considerar únicamente al hombre como algo valioso, como un ser desprendido, desarraigado de la naturaleza.

Por otro lado, la problemática relacionada a la ejecución de tales políticas se plantea como una cuestión de mayor dificultad a la de su propia definición.

Los países pueden acordar esas políticas pero mucho más difícil es llevarlas a la práctica de manera armónica, coordinada y eficiente. La reciente evolución del Derecho Ambiental Internacional, que se concreta a través de diversos convenios, convenciones y protocolos de alcance mundial<sup>4</sup>, contribuye al encuadre y atención de una variada

---

<sup>1</sup> Objetivos ECO SUR '92 Conferencia Mercosur, Medio Ambiente y Aspectos Transfronterizos, Rafain Palace Hotel, Foz de Iguacú, Paraná, Brasil, 23 a 27 de marzo, 1992; Desarrollo Temario ECO SUR '93, la Cuenca del Plata, nuestro denominador común, II Conferencia del Mercosur sobre Medio Ambiente y Aspectos Transfronterizos, Posadas, Misiones, 30 de agosto al 3 de setiembre de 1993.

<sup>2</sup> Véase LYNTON K. CALDWELL. Universidad de Indiana, EEUU, Integración de la Política Ambiental y el Desarrollo Económico: Prioridad para el accionar político nacional e internacional. Algunos ejemplos latinoamericanos, en Ambiente y Recursos Naturales, Revista de Derecho, Política y Administración, V. I N° 3, julio-setiembre 1984, Buenos Aires, SADARN- La Ley.

<sup>3</sup> Véase Derecho Ambiental, EDUARDO A. PIGRETTI y DINO LUIS BELLORIO, EDUCA, Buenos Aires, 1985, en especial Capítulos VI y IX.

<sup>4</sup> El convenio sobre la diversidad biológica (Río de Janeiro, 1992). La convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 1973), La convención sobre el control del transporte transfronterizo de desechos peligrosos y su disposición final (Basilea, 1989); La convención sobre la prevención de la contaminación marina por vertimientos de desechos y otros elementos (Londres, 1972); La convención

problemática que afecta a los países<sup>5</sup>, aportando mecanismos para su tratamiento, que deben resultar de utilidad para resolver cuestiones de índole regional.

Si embargo, compete a los países que integran tales bloques regionales la definición e instrumentación de políticas ambientales adecuadas dentro de los acuerdos de cooperación e integración económica.

Dicha tarea es por demás compleja. La cuestión ambiental determina exigencias y costos adicionales que pueden resultar de difícil asimilación, tanto más si se implantan bruscamente y no de manera gradual, como las circunstancias y particularidades propias de ciertos sectores de actividad y de la estructura económica de cada país requieren.

Es por ello que se ha señalado la necesidad de ahondar en una mayor comprensión de las relaciones dinámicas (biofísicas, económicas y sociales) comprometidas con motivo de las distintas explotaciones e intercambios, que involucran al hombre, los recursos naturales y los elementos ambientales muchas veces compartidos. Tales criterios resultan esenciales para promover un desarrollo regional, y aun local, que sea económicamente viable, socialmente aceptable y ambientalmente sostenible<sup>6</sup>.

## 2. MEDIO AMBIENTE EN LAS NEGOCIACIONES SOBRE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO, EEUU Y LA PROPUESTA DEL NAFTA

Las negociaciones sobre un tratado de libre comercio entre EEUU y México, con amplia repercusión en la frontera de ambos países<sup>7</sup> y la pretendida incorporación de este último país al NAFTA (Asociación Norteamericana de Libre Comercio-NAFTA: North American Free Trade Area) —trilaterales— aprovechan la valiosa experiencia del Pacto entre Canadá y EEUU, llevado a cabo a partir del 1º de enero de 1989. Aunque ya el ochenta por ciento del intenso comercio entre estos dos últimos países no pagaba aranceles, ellos

---

sobre la protección de la capa de ozono (Viena, 1985 y varios protocolos); El protocolo sobre protección ambiental del Tratado Antártico (Madrid, 1991), y El convenio marco sobre el cambio climático (Río de Janeiro, 1992), analizados en el Seminario sobre Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional, Carrera de Especialización en Recursos Naturales, Departamento de Graduados, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, octubre y noviembre de 1992; citados en el libro de igual título con la Coordinación y Dirección de Raúl A. Estrada Oyuela y María Cristina Zeballos de Sisto, A-Z editora S.A., Buenos Aires, julio 1993.

<sup>5</sup> Véase: El ejercicio de sus políticas ambientales internacionales por los gobiernos latinoamericanos y del Caribe, GUILLERMO J. CANO, en Ambiente y Recursos Naturales, Revista de Derecho, Política y Administración, Vol. IV N° 2, abril-junio de 1987, Fundación ARN-La Ley, Buenos Aires.

<sup>6</sup> International Workshop on Regional Approaches to Reservoir Development and Management in The La Plata River Basin: Focus on Environmental and Social Aspects (Seminario Internacional), San Carlos, San Pablo, Itaipú, Brasil y Yacretá, Argentina, 5 al 16 de agosto de 1991.

<sup>7</sup> El Acuerdo de Libre Comercio México-EEUU y repercusiones en la frontera, Eugenio O. Valenciano con la colaboración de Paul Ganster, BID, INTAL, San Diego State University - Institute for Regional Studies of the Californias, Buenos Aires, mayo 1991.

negociaron arduamente durante veinte meses para lograr el detallado acuerdo que rige desde esa fecha, que ha sido considerado positivo (creció 1% el P.B. de Canadá en el primer año).

La reacción positiva de EEUU a la iniciativa mexicana para negociar un tratado de libre comercio representó la culminación de un proceso histórico de aproximación económica entre los dos países, particularmente acelerada a partir del decenio de 1980. Esta aceleración fue estimulada por el conjunto de reformas introducidas en la economía mexicana, que tuvieron como uno de sus principales resultados la liberalización de su régimen de comercio exterior. La iniciativa de México también ha apuntado a equilibrar los decretos perjudiciales sobre la posición de sus productos en el mercado norteamericano, que puede ocasionar el Tratado de Libre Comercio entre EEUU y Canadá. Esta iniciativa adquirió vida propia a partir de fines de junio de 1991, cuando el Congreso norteamericano aprobó el mecanismo de Vía Rápida, que autoriza al Ejecutivo de EEUU a iniciar las negociaciones con México para la creación de una zona de libre comercio.

Las negociaciones tripartitas puestas en marcha a través del funcionamiento de los grupos de trabajo se han ocupado de una rica agenda. A pesar de la resistencia de México, se incluyó el tema petrolero en las negociaciones, aunque reservándose el derecho de supeditar la venta a EEUU, a la satisfacción de sus propias necesidades internas. El proceso de negociación abarcó la participación activa de sectores gubernamentales, políticos, empresariales, sindicales y ambientalistas.

Sin embargo, la posición oficial de los negociadores del Acuerdo de Libre Comercio entre México y EEUU es que los temas ambientales no forman parte de las discusiones. Empero, se ha argumentado fuertemente hacia el camino de esta posición <sup>8</sup>.

Buen número de importantes temas de medio ambiente está vinculado con la creciente integración económica (como también de derechos sociales y humanos).

Como es sabido, en el sudoeste de EEUU y en el norte de México los efectos de un rápido desarrollo integrado ya son evidentes. La infraestructura fronteriza de EEUU y México, que no se desarrolló paralelamente con la creciente industrialización, está siendo forzada más allá de su capacidad. Entre las consecuencias más obvias se advierte que los efluentes cloacales sin tratar y los desechos tóxicos ponen en peligro los escasos suministros de agua en esta región desértica; la contaminación del aire constituye un problema creciente en las ciudades fronterizas; la oferta de viviendas habitables es inadecuada y los cruces de frontera enfrentan diariamente un filtro. Debe tenerse en cuenta, además, que el creciente desarrollo industrial y agrícola en el interior de México debido a la actividad industrial de EEUU puede entrañar un riesgo difícil de verificar por EEUU y evolucionar hacia una situación incontrolable.

El libre comercio entre una nación industrializada y una en desarrollo como México debe ser propuesto con gran cautela. Desconocer las reales repercusiones en ambos países

---

<sup>8</sup> México-EEUU: negociaciones sobre libre comercio y medio ambiente. Análisis de temas. MARY E. KELLY, DICK KAMP, MICHAEL GREGORY Y JAN RICH, en Integración Latinoamericana, agosto-setiembre de 1992 (INTAL).

que están relacionadas con una integración económica y comercial creciente llevará a severos problemas en el futuro.

Un arduo debate político se abrió en EEUU para negociar con México y Canadá. A pesar de los beneficios que la propuesta del NAFTA procura a los EEUU (también a México), se ha remarcado como alerta el impacto negativo medio ambiental del crecimiento de industria rápida con efectos en EEUU y la fuga de empleos de este último país a México.

Las perspectivas del NAFTA en EEUU se traducen en distintos impactos por sector y región.

Por otro lado, sectores de oposición política de México han denunciado políticas de dominación y altos costos sociales del NAFTA, traducido en condiciones de mucha pobreza.

Debe también recordarse la desigualdad económica entre los socios como elemento muy importante en la relación México-EEUU. En la frontera existe una diferencia de siete veces sobre el salario <sup>9</sup>.

Esta realidad se refleja en situaciones de desequilibrio y deterioro ambiental y social.

Las negociaciones del NAFTA avanzaron en 1991/1992 con el funcionamiento de 19 grupos de trabajo.

Las dificultades se han puesto de manifiesto, sin embargo, con una seria oposición en Canadá y también en EEUU, donde el Congreso puede opinar distinto.

Dichos escollos han sido advertidos principalmente en relación a la agricultura, sector azucarero, automotriz, inversiones, petróleo, servicios financieros y contralores gubernamentales, aunque con algunos progresos por áreas, en un proceso realmente complicado, de difícil negociación entre los tres países.,

En cuanto al impacto en la zona fronteriza de EEUU y México, debe considerarse la integración avanzada existente, en idioma, cultura, etc., aunque con fuertes impactos: escasa infraestructura adecuada para el flujo de dichas áreas, alejadas de los centros de poder; impactos ambientales por contaminación del aire, aguas; existencia e inadecuado manejo de desechos industriales (problemática fronteriza en la Agenda Bilateral). No hay tampoco estudios profundos sobre asimetrías sectoriales.

De todas formas, las dificultades propias de largos procesos de negociación y la concreción de las propuestas a través de la ratificación parlamentaria con los cambios políticos operados han retrasado las fechas previstas originalmente, en un plano general de poca información.

Cabe remarcar, finalmente, la existencia de una amplia gama de temas de medio ambiente y otros conexos, vinculada a las negociaciones México-EEUU que atañen a las localidades de cruce, así como de carácter y alcance sectorial.

---

<sup>9</sup> Conferencia y mesa redonda realizada en BID-INTAL, Buenos Aires, a cargo de Paul Ganster, mayo de 1992.

La cuestión abarca consideraciones sobre desarrollo sustentable, regulaciones gubernamentales, financiamiento de la infraestructura, estándares y normas y recursos hídricos, en el primer caso. Dentro de los temas sectoriales se incluyen el ensamblado y manufactura (las maquiladoras son principalmente plantas de manufactura y ensamblado, que en su mayor parte fueron establecidas por compañías estadounidenses y se encuentran en la frontera), petróleo y productos petroquímicos, agricultura y ganado, pesca, minería, comercio maderero, transporte e industria automotriz y vida silvestre.

### III. MERCOSUR E INTEGRACIÓN REGIONAL AMBIENTAL

Paralelamente, hoy se considera que los esfuerzos para alcanzar una integración económica en el Cono Sur deben ser acompañados por la realización de una simultánea integración regional ambiental, como lo hace en su desarrollo la Comunidad Económica y el mercado común que son los EEUU.

Como ya se ha señalado, la preservación de las fuentes de vida en los procesos de integración regionales generan la necesidad de darse políticas ambientales comunes con los consiguientes acuerdos para el manejo integrado de los ecosistemas.

El Tratado de Asunción —MERCOSUR— se refiere en su parte preambular a la necesidad de “la preservación del medio ambiente”.

El Tratado, firmado en marzo de 1991 por los gobiernos argentino, brasileño, paraguayo y uruguayo, constituye la culminación del proceso de integración y cooperación económica Argentina-Brasil, lanzado en 1985 <sup>10</sup>.

Fue ratificado por Argentina por la ley 23.981 del 26 de marzo de 1991.

En la Cuenca del Plata, desde fines de la década de 1960, diversos acuerdos entre la Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay se refieren al control y preservación de la contaminación de sus aguas. En el Tratado de la Cuenca del Plata se establecen algunos propósitos de acción conjunta entre países centrales y de la vertiente atlántica, mientras en algunos acuerdos bilaterales (Tratado sobre el Río Uruguay, suscrito entre Argentina y Uruguay, y Tratado de Paz y Amistad, entre Argentina y Chile) hallamos normas relativas a la preservación de recursos naturales compartidos en zonas fronterizas, aunque estas regulaciones no tienen alcance global, ni abarcan el ambiente en su conjunto. Similares consideraciones le caben al Tratado Argentino-Uruguguayo sobre la delimitación del Río de la Plata entre ambos países <sup>11</sup>.

La Entidad Binacional Yacypetá (Argentina-Paraguay) posee un área ambiental para

---

<sup>10</sup> Véase: Integración Latinoamericana, Informe Base (julio 1991), e Informe Base II (julio 1992), Consejo Federal de Inversiones CFI, Documentos de Secretaría General, Buenos Aires.

<sup>11</sup> La Protección Legal del Ambiente: Estado Actual de la Contaminación en la Argentina y Contexto Regional Sudamericano, EDUARDO A. PIGRETTI, en Derecho Ambiental, Revista del Derecho Industrial, N° 41, agosto de 1992, Ediciones Depalma.

cumplir un proyecto de protección ambiental para la realización de las obras de la represa de Yacyretá. En este sentido, su Plan de Manejo Ambiental<sup>12</sup> asume como principal objetivo el de proporcionar los mecanismos que ayuden a prevenir, controlar, minimizar y compensar los daños que se causarán a los ecosistemas y comunidades, así como proteger áreas de alto valor ecológico, social y cultural en la zona de influencia del proyecto.

La Comisión Administradora del Río Uruguay, desde 1987, lleva a cabo el control de la contaminación a través del Programa Orgánico de Monitoreo de la Calidad de las Aguas del Río Uruguay.

El Comité Intergubernamental (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay) de la hidrovía Paraguay-Paraná, en mayo de 1990 decidió llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, antes de emprender cualquier intervención de mayor envergadura en la vía navegable. Se adoptó como principio general que el estudio fuera conducido en forma global abarcando la hidrovía como un todo.

Actualizando el Acta de Santiago sobre cuencas hidrográficas, del 26 de junio de 1971, en Buenos Aires, el 2 de agosto de 1991 se firmó el Protocolo específico adicional sobre recursos hídricos compartidos entre la Argentina y Chile.

El 2 de agosto de 1991 se firmó en Buenos Aires un tratado entre la Argentina y Chile sobre medio ambiente, seguido de un acuerdo de alcance parcial de cooperación e intercambio de bienes utilizados en la defensa y protección del medio ambiente entre los gobiernos de Argentina y Brasil, en La Leñas, el 27 de junio de 1992. Precisamente, el Grupo Mercado Común, del Mercosur, en su VI Reunión en Las Leñas, Mendoza, los días 26 y 27 de junio de 1992, aprobó la Resolución Nº 22/92 por la que se crea "la Reunión Especializada de Medio Ambiente, que tendrá como cometido analizar la legislación vigente en los Estados partes y proponer acciones a emprender en las distintas áreas con el objeto de proteger el medio ambiente".

Se señala con acierto que, sin perjuicio de la importancia e interés que revisten los acuerdos bilaterales y sectoriales para la preservación del medio ambiente de una unidad física ambiental como es el Cono Sur extensible a la América toda, deben ser cubiertos y coordinados por el paraguas jurídico de un acuerdo-marco de integración regional ambiental<sup>13</sup>.

Este tipo de integración es consecuente con el principio de la Buena Vecindad Ecológica, que los Estados latinoamericanos, reconociéndolo y aceptándolo por consenso, por iniciativa de Argentina, lo incorporaron en la Resolución 334 (XV) La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Países en Desarrollo, adoptada en el XV Período de Sesiones de la CEPAL, que tuvo lugar en Quito, Ecuador, del 23 al 30 de marzo de 1973.

En marzo de 1974 en Sesiones del PNUMA en Nairobi, la Argentina enunció por

---

<sup>12</sup> Plan de Manejo Ambiental, Objetivo, Entidad Binacional Yacyretá (P.M.M.A. aprobado el 23 de abril de 1992).

<sup>13</sup> La Prensa, Estrategia 2000, MERCOSUR, hacia un sistema de seguridad ecológica colectiva, Vicente G. Arnaud, 13 de junio de 1993.

primera vez la idea de un Sistema Universal de Seguridad Ecológica Colectiva, ampliando los sistemas de seguridad colectiva y seguridad económica colectiva que se consideran en las Naciones Unidas.

La propuesta argentina fue recogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1974 (Res. 3326) reconociendo la operatividad del concepto. Otros importantes documentos sobre preservación del ambiente hicieron suya tal formulación.

Aceptada universalmente la ineludible necesidad y urgencia de proteger el medio, debería aguardarse la decisión política para que los países de América lleven a cabo una integración regional ambiental en sus subregiones, eventualmente conducentes, como eslabones vinculantes, a una Seguridad Ecológica Colectiva en el Continente y a un desarrollo equitativo y social <sup>14</sup>.

En el mismo sentido, se han proyectado diversos medios jurídicos para restablecer el mejor ambiente global, a partir de la consideración de los problemas mundiales, los de la región y de los propios países involucrados. La definición conjunta de políticas ambientales fruto de la necesaria integración de las ciencias naturales y sociales, aportará las pautas para la elaboración de una convención supranacional de la que resulte en forma precisa un “constitucionalismo internacional ambiental”. En el mismo, se definirían los derechos y deberes del hombre y del Estado, los diversos procedimientos a cumplir en la comunidad internacional, los principios e instituciones jurídicas fundamentales que deben integrarse de manera consensuada por los diversos Estados y los remedios para casos de incumplimiento <sup>15</sup>.

#### IV. EL TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES AMBIENTALES

##### SEGÚN LOS MECANISMOS DEL MERCOSUR

La Reunión Especializada de Medio Ambiente del MERCOSUR abarca estos objetivos de protección del medio a través de estudios legales específicos, debiendo proponer —como se anticipara— acciones a seguir en distintas áreas. La Reunión recién surge de lo resuelto en Las Leñas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR (junio de 1992). No existe, además, en el Cronograma (de Las Leñas) de Medidas Tendientes a la Consecución de los Objetivos y Metas Previstos en el Tratado de Asunción, Subgrupo de Trabajo de Ambiente, aunque la temática es tomada de algunos subgrupos con alcance sectorial o parcial <sup>16</sup>.

Fuera, entonces, de las actividades canalizadas dentro de los once (11) subgrupos técnicos, *otros aspectos referentes al MERCOSUR* han justificado la creación de Reuniones Especializadas de Expertos en la materia, entre las que se incluyen las Reuniones sobre Medio Ambiente, mecanismo que no permitiría, prima facie —según nuestro criterio— el

---

<sup>14</sup> La Prensa, artículo citado (13-06-93).

<sup>15</sup> Véase: PIGRETTI, EDUARDO A., Revista del Derecho Industrial, N° 41, Depalma, mayo-agosto de 1992.

<sup>16</sup> Véase: Communitas, Revista Argentina de las Relaciones Internacionales, Editorial Ciencias de la Administración, División Relaciones Internacionales; Mercosur, Cronograma de Las Leñas, y Legislación; Año I N° 1, noviembre e 1992.

tratamiento adecuado de la cuestión ambiental, y que hasta el presente, además, no ha tenido un desenvolvimiento feliz.

Dentro del Subgrupo de Trabajo N° 7, “Política Industrial y Tecnológica”, se crearon comisiones de trabajo con carácter permanente. Entre ellas, la Comisión Temática de Medio Ambiente en relación a la Industria.

A partir de una propuesta argentina elaborada por la Secretaría de Vivienda y Calidad Ambiental, comenzó a desarrollarse el tema. En marzo de 1992 en Ciudad del Este, por Recomendación N° 3/92, se constituyó formalmente la Comisión y la propuesta fue aprobada por los cuatro países. La propuesta argentina abarca: 1) el análisis de la eficiencia y eficacia de la legislación ambiental existente (Descripción de la legislación, peso real y vigencia práctica, coordinación de la metodología para medir eficiencia y eficacia); 2) incidencia de la legislación sobre preservación del medio ambiente en los términos del intercambio (peso de las medidas ambientales sobre el costo final de los productos industriales); 3) mecanismos posibles de compatibilización normativa para el medio ambiente. En julio de 1992 el Coordinador argentino de la Comisión convocó al sector industrial y a otros organismos, para hacer conocer la existencia de dicha Comisión y la propuesta. La industria se manifestó preocupada por la determinación de los costos ambientales que sobre ella pesan.

Posteriormente, en setiembre del mismo año, en San Pablo se estableció la elección de un caso piloto (se estudiará, en primer término, la industria del cuero en relación con la problemática ambiental; hoy sin embargo, el estudio está parado).

En la reunión celebrada en Montevideo en noviembre de 1992 <sup>17</sup>, se acordó la elaboración de una matriz para el análisis de la legislación ambiental y consulta a los organismos de control competentes a fin de verificar el cumplimiento de la legislación ambiental. La Argentina eligió, como parámetro para comparar, a la Provincia de Buenos Aires y como legislación tipo, la ley 7.229/66, relativa a “Disposiciones sobre ubicación, construcción, instalación y equipamiento para la habilitación y funcionamiento de establecimientos industriales”, pero los estudios están frenados.

Desde el sector privado argentino se teme, igualmente, que dichos criterios se transformen en normas que perjudiquen a la industria nacional. Dicho sector sostiene la imposibilidad de analizar las asimetrías en base al cumplimiento de las leyes vigentes, respecto a medio ambiente.

Para determinar las asimetría también podría compararse legislación, en cuyo caso nuestra industria también resultaría desfavorecida, pues la legislación brasileña <sup>18</sup>, por

---

<sup>17</sup> Reunión del Subgrupo 7, Política Industria y Tecnológica, Comisión Temática de Medio Ambiente, Montevideo, 26 de noviembre de 1992: se resolvió sugerir a las partes que tienen sistemas federales de gobierno que los estudios de casos, en esta primera etapa, se centren en el análisis de la situación de un solo Estado o Provincia.

<sup>18</sup> Direito Ambiental Brasileiro, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, Tercera edición, revisada y ampliada, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1991. Véase también: El Ministerio Público y la Defensa del Medio Ambiente. Evento Paralelo Río 92. Documento Oficial del Congreso, 3, 4, 5 mayo 1992, Angra Dos Reis, Estado de Río de Janeiro, Brasil.

caso, es más profusa y contiene instituciones y principios ambientales (obligatoriedad de la evaluación del impacto ambiental <sup>19</sup>, la protección del ambiente y el derecho a la calidad del entorno incorporado a la Constitución, etc.) que no existen en la legislación argentina.

El sector oficial trata de establecer, en definitiva, criterios comunes que permitan una adecuada consideración de las cuestiones ambientales.

A partir de las posiciones adoptadas por estos sectores, aparece un conflicto en relación con las normas y la oportunidad de las reglamentaciones relativas a la protección ambiental, que debe tenerse en cuenta.

Este conflicto debería enmarcarse dentro de un proceso de integración. Se plantea la existencia de áreas legítimas para el control gubernamental que no deberían ser sacrificadas en la búsqueda del desarrollo económico y la integración.

El sector gubernamental debería evitar que se propague la concertación de estándares en el común denominador más bajo, en un esfuerzo para eliminar *barreras comerciales*, pero también debería tener en cuenta si nuestras industrias (en el caso, de Argentina) podrán seguir siendo competitivas si se les exige el inmediato cumplimiento de estándares *armonizados* altos <sup>20</sup>.

Las tres áreas de interés más importantes con respecto a las cuestiones ambientales son: derecho de prioridad, armonización y restricciones a la explotación de los recursos <sup>21</sup>. Todas estas cuestiones han recibido una significativa atención en el contexto de las actuales negociaciones del GATT.

Los temas de derecho de prioridad involucran el hecho de si los estándares nacionales pueden tener prioridad sobre el libre comercio. O sea, si pueden los estándares de protección ambiental ser sustituidos por estándares más bajos y armonizados. El tema de la armonización incluye preguntas acerca de: a) si los estándares ambientales resultan los mismos en un país que en el otro, y b) si estándares más bajos podrían funcionar como subsidios indirectos. El tema de la restricción de los recursos involucra el derecho de un país a limitar el cupo de desarrollo y la explotación de los recursos naturales tales como madera, petróleo, gas o pesca, y no considerar estas restricciones como barreras comerciales no arancelarias en un tratado de libre comercio.

En síntesis, deberá propenderse a armonizar los vínculos entre el comercio y el medio ambiente, tanto en lo que se refiere a la forma en que las políticas comerciales pueden repercutir negativamente en los intereses ambientales como por lo que se refiere a la forma en que una actuación ambientalmente racional puede provocar trastornos en los sistemas comerciales.

---

<sup>19</sup> La Experiencia Brasileña en Legislación Ambiental. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, Seminario Parlamentario - Leyes para el Ambiente, Fundación Manliba, Experiencias en Brasil, EEUU, Italia y Argentina, Buenos Aires, 1988.

<sup>20</sup> Colaboración de Devia, Leila, INTI, Buenos Aires, 1993.

<sup>21</sup> KELLY, KAMP, GREGORY Y RICH, artículo citado, en Integración Latinoamericana, agosto, setiembre 1992 (INTAL).

En la actualidad, se considera conveniente que estos principios sean tenidos en cuenta por parte de la comisión de medio ambiente e industria del Mercosur.

Es preciso destacar que en el caso del MERCOSUR y fuera de las Reuniones Especializadas a que hicieramos referencia, el Cronograma de Medidas (Coordinación de Políticas Macroeconómicas, Sectoriales e Institucionales) de Las Leñas incluye en el Subgrupo de Trabajo Nº 7 (Política Industrial y Tecnológica), Punto 3, la “Armonización de la Legislación Nacional y Provincial sobre Medio Ambiente” con las siguientes tareas: 3.1. Relevamiento de la legislación nacional y provincial de los cuatro países y el grado de su aplicación efectiva - Mayo/93; 3.2. Análisis de las asimetrías - Julio/93; 3.3. Elaboración de la propuesta para tratamiento del tema - Diciembre/93; 3.4. Discusión de la Propuesta - Marzo/94; 3.4. Elaboración del documento final - Mayo/94; 3.6. Remisión al Grupo Mercado Común para su consideración e instrumentación - Noviembre/94.

En otros subgrupos de trabajo se establecieron actividades referidas a contaminantes (Subgrupo Nº 3 - Normas Técnicas); transporte terrestre de cargas por carretera: armonización de reglamentos sobre transporte de cargas peligrosas; transporte ferroviario: armonización de la reglamentación del transporte de cargas peligrosas por ferrocarril (Subgrupo Nº 5 - Transporte Terrestre); sostenibilidad de los recursos naturales y protección ambiental en el sector agropecuario: Registro de Agroquímicos - Defensivos Agrícolas (Subgrupo Nº 8 - Política Agrícola); legislación y marco ambiental (en conjunto con Reunión Especializada); racionalización, calidad y productividad (Subgrupo Nº 9 - Política Energética).

Los distintos estudios y trabajos específicos propuestos en general se encuentran reducidos al intercambio de información, discutiéndose aún la cuestión relativa al cómo se armoniza.

El medio ambiente plantea niveles de exigencia altos que condicionan el intercambio y dificultan la integración. La armonización requiere respeto por tales exigencias y el otorgamiento de plazos, a través de formas de gradualismo.

Ello explica el ostensible apartamiento de los temas ambientales de las mesas de discusión y negociaciones sobre libre comercio que se ha venido registrando.

## V. IMPLICANCIAS, ÁMBITO GEOGRÁFICO E IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS AMBIENTALES COMUNES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) prevé: a) la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los cuatro países miembros; b) el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados; c) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados miembros; d) el compromiso de estos Estados de armonizar sus legislaciones en las áreas correspondientes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (Art. 1 del Tratado de Asunción). El período 1991-1995 constituye una etapa de transición del proceso, en el cual será puesta a prueba la factibilidad de sus ambiciosas metas.

Considerando el ámbito geográfico del MERCOSUR, la Cuenca del Plata constituye, sin duda, nuestro denominador común. Más de tres millones de km<sup>2</sup> de cuenca hídrica compartida son el argumento irrefutable en que se sustenta la imperiosa necesidad de desarrollar una política ambiental que, participando del espíritu del ecodesarrollo, garantice un trato igualitario, con marco legal que restrinja paulatinamente la degradación que las actividades productivas ocasionan en el medio ambiente.

Los problemas inherentes a la calidad de las aguas, sedimentación y contaminación de los ríos, a la disminución de la flora y la fauna, debido a la indiscriminada deforestación, la erosión de los suelos, ocupación desordenada de las áreas fronterizas, la polución atmosférica, los impactos ambientales de las grandes obras, serán los pilares de las discusiones que, por muchos años, tendrán que mantener los países del MERCOSUR para solucionar estos problemas continentales.

Numerosos encuentros con participación de organismos gubernamentales y no gubernamentales abordan también esta compleja temática, con miras a la formulación de un Programa de Medio Ambiente, común a todos los países del MERCOSUR.

En primer lugar, se considera la adopción de medidas vinculadas al manejo y conservación de los recursos naturales renovables.

Los países miembros, asentados en una región con ecosistemas compartidos, presentan problemas comunes de conservación de recursos: agua, flora, suelo, fauna y aire.

La planificación de una política ambiental conjunta e integrada debe incluir como una cuestión prioritaria el problema que representa el uso de agrotóxicos en la región, caracterizada por una explotación agrícola intensiva.

Por otra parte, el desarrollo económico de una región geopolítica está directamente relacionado con sus recursos energéticos. La región conformada por nuestros países posee una matriz energética diversificada, con presencia de potencial hidroeléctrico, carbón mineral, gas natural y petróleo.

Los aspectos ambientales vinculados a los proyectos energéticos<sup>22</sup> deben merecer toda la atención necesaria para minimizar los efectos negativos sobre las generaciones actuales y futuras.

El saneamiento ambiental constituye otro importante sector de actividades en el MERCOSUR. Las precarias condiciones socioeconómicas, de salud pública y de cobertura de servicios de saneamiento básico son importantes causas del nivel de degradación en nuestros países, en especial en las poblaciones de bajos recursos que viven en áreas periféricas y rurales. La apertura inmediata de las fronteras sin la existencia de condiciones sanitarias adecuadas podrá agravar —de manera similar a lo acontecido en las zonas limítrofes mexicano-americanas— las condiciones existentes, en función al incremento de intercambio y tránsito de productos comerciales y de personas.

---

<sup>22</sup> Véase: Responsabilidad por Contaminación por Centrales Eléctricas, por DINO LUIS BELLORIO, en La Responsabilidad por Daño Ambiental, de EDUARDO A. PIGRETTI, B.S. KROM, D. BELLORIO Y OTROS, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986.

La formación del MERCOSUR deberá constituirse en alternativa de modelo de desarrollo, a través de la cooperación entre países y la formación de un nuevo orden geopolítico, caracterizado por la mejoría en la calidad de vida y su protección más amplia, y el desarrollo tecnológico y armónico del medio ambiente. Deben llevarse a cabo programas de saneamiento y control de enfermedades transmisibles, de control de cuencas hidrográficas destinadas al abastecimiento público de agua y de educación sanitaria y ambiental de la población.

En cuanto al transporte, el mismo está referido al traslado por vías terrestres, aéreas y fluviales de productos primarios e industrializados, productos forestales, agrícolas, de la fauna, alimentos y tecnología representados por los múltiples aspectos que la industria pone, en la actualidad, a disposición del hombre.

Se requiere adecuar leyes, trochas, tonelajes, controles bromatológicos y fitosanitarios y las luchas sanitarias, en general.

Las grandes obras proyectadas, tales como rutas bioceánicas —ya en ejecución—, los gasoductos, los puentes y el turismo en crecimiento, generan variadas dificultades que deberán resolverse en poco tiempo. La preservación de la fauna ictícola y la reglamentación del ejercicio de la pesca, especialmente en las aguas de ríos internacionales en tramos limítrofes (tema ligado a la calidad de aguas), que adquieren especial relevancia con motivo de la instalación de las denominadas grandes obras “multipropósito”, requieren —a su vez— de políticas acordadas, de programas comunes de manejo y de una normativa consensuada que para ser eficaz, tendrá que posibilitar la adecuada integración de los recursos disponibles y el establecimiento de mecanismos idóneos de cumplimiento y de contralor de la actividad, de insoslayable carácter interjurisdiccional en el caso de tales emprendimientos <sup>23</sup>.

En relación a la legislación ambiental general, se ha considerado la necesidad de compatibilización de la misma entre los países del MERCOSUR, indicándose como temas prioritarios las medidas de protección de fauna y flora, de manejo de agua, aire, suelo, de los agrotóxicos, residuos radiactivos peligrosos y cargas peligrosas.

Se hace indispensable, asimismo, la formulación de una política educativa ambiental, que abarque toda la problemática ecológica y se constituya en el tema central en las tareas conjuntas a desplegar en áreas compartidas (ej. Area Puerto Iguazú, Foz do Iguacú, Ciudad del Este).

Recientemente, ha tenido lugar la Segunda Conferencia del Mercosur sobre Medio Ambiente y Aspectos Transfronterizos (Eco Sur '93), bajo el lema “Para que la Conservación y el Desarrollo Sustentable sean: Socialmente Justos, Económicamente Viables y Ecológicamente Aceptables”, en Posadas, Misiones, Argentina, en los días 30 de agosto al 3 de setiembre de 1993. Este encuentro surge de común acuerdo entre los países participantes de ECO SUR '92, que se llevó a cabo en Foz de Iguacú, Brasil, entre el 23 y 27 de marzo de 1992 (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). La conformación, en su seno,

---

<sup>23</sup> Proyecto de Reglamento de Pesca para el Embalse y Aguas Abajo inmediatas a la Central de Yacretá, por DINO LUIS BELLORIO, Entidad Binacional Yacretá, Posadas, julio 1993.

de grupos de trabajo especializados en cuestiones ambientales y la institucionalización de la ECO SUR como conferencia anual con intercambio de experiencias e información crea un marco que pretende, a partir de una regionalización, se incorporen nuestros países al ámbito común buscado. Se persigue, además, perfeccionar los sistemas de cooperación regional para una actuación coordinada entre los países y organismos internacionales presentes en la región, evitándose superposición de esfuerzos. Igualmente, lograr que los gobiernos, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y personas individuales desarrollen esfuerzos para la creación de mecanismos adecuados de integración regional a nivel de las fronteras <sup>24</sup>, a fin de promover un proceso de gestión ambiental compartido <sup>25</sup>.

Estas reuniones, sin embargo, no han escapado a las múltiples dificultades propias de esta problemática, aguardándose resultados positivos a pesar de que todavía es prematuro realizar una valoración final de sus reales posibilidades. Empero, la conformación de este ámbito constituye un hecho auspicioso, aportando una calificada mesa de información y debate que puede resultar muy útil al objetivo común de la integración.

#### VI. MERCOSUR, NAFTA Y LA NECESIDAD DE UN PROYECTO CON DESARROLLO INTEGRADO PARA LAS AMÉRICAS

Más allá del enunciado literal del texto, el Acuerdo compromete a los firmantes del MERCOSUR a establecer una zona de libre comercio para diciembre de 1994, aunque indica el propósito de arribar, en etapas posteriores, a metas de una más intensa integración, que el Tratado omite fijar en forma expresa <sup>26</sup>. Es por ello que la cuestión ambiental no puede quedar relegada y su tratamiento debe ir acompañando el proceso —como se ha dicho— para garantizar el desarrollo sobre bases ambientalmente sustentables y procurar las soluciones a los problemas existentes.

Más aún, con motivo de recientes encuentros, los presidentes de la Argentina y Brasil ratificaron el cronograma del MERCOSUR, insistiendo en que este proceso de integración tiene la máxima prioridad para ambas políticas nacionales y expresándose incluso de manera implícita que el MERCOSUR tiene mayor prioridad que el NAFTA en cuanto a procesos de integración.

También se ha dicho que el MERCOSUR no es incompatible con la celebración de acuerdos de libre comercio.

Se ha discutido, asimismo, sobre la eventual incorporación de algún país —caso de Argentina— al NAFTA como una alternativa preferible a la del MERCOSUR.

---

<sup>24</sup> Véase: La Frontera como Factor de Integración, ERNESTO GONZÁLEZ POSSE, MARÍA C. BOLOGNESI-DROSDOFF, JORGE E. ITURRIZA Y EUGENIO OSCAR VALENCIANO, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina, BID-INTAL, Buenos Aires, 1990.

<sup>25</sup> Objetivos de la ECO SUR '93, Conferencia de MERCOSUR citada.

<sup>26</sup> La Prensa, Interrogantes Jurídicos del Mercado Común del Sur, por CARLOS COLAUTTI, Notas y Comentarios, 3 de setiembre de 1993.

Sin perjuicio de las dificultades que plantearía la concreción de varias etapas previas (entre ellas, que esa asociación cobre impulso y realidad efectiva) se considera que la pertenencia al MERCOSUR no es incompatible con una eventual asociación con el NAFTA y que, en todo caso, pueda favorecerla en la medida en que implica una forma de apertura de la economía <sup>27</sup>.

Cierto es que formar parte del MERCOSUR obligaría a la Argentina, en el caso, a moverse en bloque y negociar los eventuales acuerdos comerciales en el marco del “cuatro más uno” o del MERCOSUR-NAFTA, si no quiere violarse lo dispuesto en el Tratado de Asunción.

Hace poco tiempo, se realizó en Washington, precisamente, una Reunión del Grupo Cuatro más Uno, conformado por los países del MERCOSUR y los EEUU. Esta reunión fue la primera desde la asunción del presidente Clinton y a su término se anunció que los EEUU estudiarán la posibilidad de negociar acuerdos de libre comercio con los integrantes del MERCOSUR.

Se ha destacado que “la cohesión política demostrada por los países del MERCOSUR reafirmó nuestra vocación hemisférica ante las autoridades norteamericanas” <sup>28</sup>.

Respecto del NAFTA, se dijo que la administración demócrata aún no ha decidido si adoptará una estrategia de ampliación o si optará por acuerdos bilaterales de comercio.

Hace pocos días el presidente Clinton firmó acuerdos paralelos al Tratado del NAFTA en una ceremonia que se convirtió —según los entendidos— en un confiado lanzamiento formal de su campaña destinada a lograr la aprobación del Congreso. Tales acuerdos paralelos negociados con México y Canadá buscan ahora proteger los derechos de los trabajadores y el medio ambiente bajo el NAFTA, cuya aprobación por el Congreso norteamericano cuando vote en noviembre es altamente dudosa <sup>29</sup>. La discusión sobre el futuro del Tratado parece orientada a determinar el efecto que tendrá sobre la economía norteamericana (¿benéfico o perjudicial para los EEUU?). Ha recrudecido actualmente la guerra de posiciones en favoro en contra del Tratado. La disyuntiva —aclaremos— no toma demasiado en cuenta ni a México ni a Canadá, particularmente entre quienes se oponen al acuerdo <sup>30</sup>.

En América, por otro lado, la Inicitativa Bush ha ofrecido al MERCOSUR una

---

<sup>27</sup> Escenarios de la Integración, Revista del Consejo Federal de Inversiones, Nº 3, Integración Cono Sur, Los debates en torno al Mercosur, Buenos Aires, julio de 1993.

<sup>28</sup> Héctor Gambarotta, Secretario de Relaciones Económicas Internacionales, Argentina, citado en Integración CONO SUR, Avances Institucionales, Escenarios de la Integración, nº 3, julio 1993.

<sup>29</sup> La Nación, NAFTA, un paso más; El análisis de la noticia: Tiempo de acelerar, por GERMÁN SOPENA, Buenos Aires, 15 de setiembre de 1993; Clarín, EEUU discute NAFTA, sección Economía, Buenos Aires, 6 de setiembre de 1993; La Nación: Pocas apuestas por el futuro del GATT, por SILVIA PISANI, con la opinión de Alvin Toffler, Sección Economía, 24 de setiembre de 1993; La Nación: La Casa Blanca impulsa el NAFTA, Editorial, 27 de setiembre de 1993.

<sup>30</sup> La Nación, Nafta con plomo en EEUU, por GERMÁN SOPENA, Buenos Aires, 13 de setiembre de 1993.

integración en términos del libre comercio y libre inversión, con ciertos elementos adicionales. Se sostiene que EEUU tienen la oportunidad de formular una propuesta seria, profunda, de integración a América Latina. No de integración desde el libre comercio, la libre inversión y otras formas, sino en función de un Proyecto de las Américas que contenga modelo y estrategia de desarrollo integrado, anclados ambos en un espacio apto de VALORES ETICOS. La riqueza conlleva un compromiso con la humanidad toda para transformar al actual HOMBRE - en - el - MUNDO en lo que se ha llamado HOMBRE/MUNDO.

El modelo anclado predominantemente en el TENER está definitivamente agotado <sup>31</sup>, y es esencial para la humanidad que ello se asuma y se obre en consecuencia <sup>32</sup>.

La temática planteada mereció recientemente un interesante debate con motivo de la realización del Primer Seminario Interamericano MERCOSUR, Sociedades y Contratos, efectuado en Fortaleza, Estado de Ceará, con la organización del Centro de Estudios Académicos (CEA), entidad privada argentina, instalando el tratamiento de la cuestión en el norte de Brasil, lejos de la geografía habitual que recibe las propuestas y preocupaciones de quienes impulsan, tienen responsabilidades o —también— se oponen a este compromiso de integración.

---

<sup>31</sup> De una Tierra a un Mundo, por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, Recapitulación sintética realizada por los autores del Informe de la Comisión (Informe Brundtland) 1987, en Ambiente y Recursos Naturales, Revista de Derecho, Política y Administración, Vol. V - 2, abril-junio 1988, Buenos Aires, Fundación ARN-La Ley.

<sup>32</sup> Integración Latinoamericana. Nuevo Concepto de Integración, N° 175 INTAL. El Proyecto de Occidente: alternativas de contenido esencial e intento de pronosis, por ANGEL MONTI (comentarios), enero-febrero de 1992, Buenos Aires.

## HACIA UN MODELO EUROPEO DEL PROCESO PENAL\*

MIREILLE DELMAS-MARTY\*

Desde el principio se percibe todo lo que se opone a esta idea; todas las fuerzas que se enfrentan y que habrá que enfrentar. A éstas las hemos denominado “herencias culturales” y “resistencia de los poderes”, en el sentido más amplio pues a las reivindicaciones de los diversos medios profesionales se suma la prudencia política de los poderes públicos para un repliegue en las instituciones nacionales, lo que también lleva entrañado un rechazo a todo cambio. Cada uno en lo suyo.

Resistir al cambio es no ver que, en un mundo que evoluciona, la estabilidad implica el movimiento, y que permanecer inmóvil es, con frecuencia, retroceder, o en todo caso, entrar en desequilibrio. “Permanecer estable en el movimiento” es la fórmula que por provenir de un artista plástico (el escultor Tinguely), no es por ello menos aplicable a las instituciones, sobre todo cuando éstas entran en crisis.

Rechazar el cambio es también ignorar las enseñanzas de la historia, que acumula tanto recuerdos como olvidos en un saber que avanza en forma gradual. ¿Pero en qué dirección?

La respuesta —en forma de pregunta— queda tácitamente insinuada en nuestra tesis: ¿hacia un modelo europeo de proceso penal? La forma interrogativa me autoriza solamente a describir un paisaje que no sé si es el que todavía hoy existe.

En primer plano, a plena luz, los obstáculos. Estos resultan tanto más difíciles de superar cuanto que aparecen en un esquema de compartimientos tabicados propio de la organización de las disciplinas científicas. En la actividad legisferante, el abordaje jurídico se separa del histórico, sociológico, filosófico, periodístico político. De allí el conocido refrán: *se conocen los inconvenientes de la legislación en vigor, y no se conocerán sino por la experiencia los inconvenientes de la legislación que vendrá a sustituirla*. En otros términos, el legislador controla la teoría pero no la práctica. A ello se agrega el riesgo

---

\* Trabajo de la autora presentado en el Coloquio organizado por el Centro Georges Pompidou, la Biblioteca Pública de Información y el periódico “Le Monde”. 26 y 27 de marzo de 1991. Publicado por PUF con otras colaboraciones bajo el título “Procès pénal et droits de l’homme. Vers une conscience européenne”. Traducción del francés por Carlos Alberto Mahiques.

\*\* Profesora en la Universidad Panthéon-Sorbonne (Paris 1) - Miembros del Instituto Universitario de Francia.

político: *un cambio brusco e inopinado puede quebrantar la constitución política y una ley nueva fue algunas veces el principio de una revolución*. Escrita por un alto magistrado francés ... en 1788, la fórmula es punzante porque la revolución habría de estallar, en efecto, aunque no fueron ciertamente las reformas operadas las que la precipitaron.

Nuestra intención es precisamente rechazar este saber *disciplinario* y proponer una aproximación transdisciplinaria y un poco *indisciplinada*.

Haremos una suerte de inventario transversal de la extrema diversidad de relaciones que constituyen el *proceso penal*, es decir, la evolución del hecho *diverso* al hecho judicial.

La diversidad concierne, por de pronto, a las relaciones internas que se establecen en el proceso. Relaciones triangulares entre el juez y las partes: aquélla que persigue (policía o Ministerio Público, o incluso la víctima) y el acusado (la defensa, con asistencia o no de un abogado).

Aquí domina, en apariencia, la oposición entre dos modelos. Un modelo *acusatorio* según el cual el proceso penal apenas se diferencia del proceso civil, porque la parte accionante está teóricamente en igualdad de *armas* con la defensa acompañándose la una a la otra durante la encuesta, bajo el control de un juez que interviene poco y se contenta con arbitrar. Y un modelo *inquisitivo* donde la función investigativa es ejercida por la parte requirente y otras veces por el juez, inquisidor activo frente a una defensa pasiva.

En la realidad, las prácticas son mucho más complejas. En primer término porque entre los diferentes órdenes nacionales las diferencias entre los procedimientos son tales que habría que renunciar a hablar de *sistema*. Para atenerse al ejemplo francés, la aplicación de multas *concertadas*, procedimiento cada vez más utilizado en materia de contravenciones, poco tiene que ver con el de *assises*, que difiere también según que el crimen sea juzgado por un jurado lego integrado por algunos magistrados, o por jueces profesionales. En cuanto a la audiencia *correcional*, aquél varía según que el caso sea juzgado en sesión inmediata, esto es, poco después de la detención por la policía, por citación directa sin instrucción, o luego de una fase preliminar por ante un juez de instrucción o incluso si el asunto es juzgado por un juez único o por un tribunal colegiado.

Aun en el supuesto de un mismo procedimiento la separación es perceptible entre el modelo teórico y su aplicación práctica.

Así, el derecho inglés está, en teoría, directamente inspirado en el modelo acusatorio. Sin embargo, no asegura una perfecta igualdad entre los recursos de las partes. El reciente asunto de Birmingham revela el valor que se asignó a las confesiones extorcidas por la policía. Tampoco está asegurada una perfecta neutralidad del juez. El desarrollo de las prácticas denominadas “*plea bargaining*” demuestra que el juez inglés podría tomar la iniciativa de convocar en su despacho al fiscal y defensor del acusado para una negociación sobre la pena. Todo ello con prescindencia de la víctima y del público (ver P. Curran, *Discussing in the judge’s private room*, *The criminal law review*, febrero de 1991, p. 79 y ss.).

Respecto a la institución del juez de instrucción, ella está tradicionalmente ligada al modelo inquisitivo, pues se confía al juez —seleccionado por el fiscal o la víctima— la

dirección de la encuesta y la decisión de elevar eventualmente el caso a juicio. No debe olvidarse que en época del Código de Instrucción Criminal (1808) el modelo inquisitivo sufrió un retroceso porque la creación de un *juez* de instrucción, aunque se lo calificara de *oficial de policía judicial*, permitía separar la función de persecución penal (confiada al Ministerio Público) de las funciones jurisdiccionales y de investigación (garantizadas por el juez de instrucción). Empero la tutela del Ministerio Público sobre este juez fue tan fuerte que permaneció próxima al modelo inquisitivo según el cual el representante del Estado asume todas las mencionadas funciones (así la “*prokuratura*” soviética persigue, investiga y controla la acción del juez, simple agente de instrucción).

Por ello la institución del juez de instrucción fue puesta en tela de juicio de algún modo en los países que la habían importado de Francia. Fue prácticamente abandonada en Alemania, Portugal y más recientemente en Italia. En la misma Francia ha sido progresivamente marginada. A medida que se desarrollaban los derechos de la defensa y que se reforzaba el carácter jurisdiccional de la función del juez de instrucción y su independencia respecto del Ministerio Público, éste comenzó a prescindir de la instrucción. Se constata, en efecto, que el fiscal acude al juez cada vez más tarde (cuando el expediente sumarial está terminado) y que muy frecuentemente evita su intervención. Del 40% de asuntos penales llevados a conocimiento del juez de instrucción durante el siglo XIX, el porcentaje cayó alrededor de un 8% comprendidos los crímenes (delitos reprimidos con penas privativas de libertad mayores de cinco años) para los que la instrucción permanece obligatoria. Paralelamente, evoluciona la práctica de la encuesta llevada a cabo por la policía, que el código procesal penal autoriza bajo la dirección del Ministerio Público, y que desemboca directamente en el juzgamiento, sin instrucción, del caso. Más allá de la separación acusatorio-inquisitiva, la diversidad europea se enriquece con estructuras mixtas donde la encuesta es confiada exclusivamente a la parte persecuyente (policía y/o Ministerio Público), pero bajo el control de un juez que arbitra en los principales incidentes del proceso y controla lo relativo a las libertades individuales (procedimiento alemán y portugués principalmente).

A esta diversidad que toca a la estructura interna del proceso penal se agrega entonces —menos visible en la lectura de los textos y manuales de procedimiento, pero muy presente en los hechos— la enorme diversidad que afecta las relaciones externas, trátense de relaciones de dependencia o independencia del poder político, o con la sociedad civil (justiciables o *mass media*) que se expresan en términos de censura o apertura.

Dependencia o independencia respecto del poder político. La pregunta, que fue replanteada aquí, es extremadamente sensible y las respuestas han sido diferentes en cada país y por fuerza complejas, porque ellas en buena medida dependen del status de la policía y su grado de autonomía respecto de la autoridad judicial. Ellas dependen también de la situación del Ministerio Público: dependiente y fuerte como en Alemania o Francia, dependiente y débil como en Inglaterra, independiente y fuerte como en Italia y Portugal. Igualmente del status del juez: la expresión *pequeño juez* (“*petit juge*”) utilizada habitualmente en Francia es inconcebible en Inglaterra. Tan inconcebible como el hecho de que un libro escrito por un juez sea vendido con el título *un juez acusa*. En cuanto a la actuación del abogado, resulta casi inexistente en los países de tradición autoritaria.

Aun dejando de lado las cuestiones suscitadas por los status profesionales surge la

difícil pregunta de la política criminal ¿Quién la define y cuál es su legitimidad? De un país a otro las opciones todavía difieren.

Si la relación con el poder político está fuertemente diversificada, con la sociedad civil otras variables aparecen, según que la relación sea de apertura o de censura.

Apertura, por de pronto, al justiciable, al *hombre en el proceso*. Como se recordó, los *derechos del hombre* han tenido históricamente significaciones ligadas a cada cultura y se han convertido, como viene demostrándose, en uno de los modernos desafíos del derecho procesal. Es decir, la importancia que asume jurídica y fácticamente el acceso y la participación del ciudadano a la justicia. De allí la importancia de la asistencia prestada por los estados a los justiciables menos favorecidos. Según el informe del Consejo de Estado para la Asistencia Jurídica (La Documentation Française, 1991), aquélla se mostró tradicionalmente más elevada en los países anglosajones. Así, bajo reserva del proyecto de ley anunciado en Francia, el informe da, en materia penal, de uno a cinco entre Francia y Alemania y de uno a cincuenta en Inglaterra y el país de Gales. Recuérdese que el rol del abogado es allí absolutamente diferente, pues participa activamente durante la instrucción.

Igualmente, distinta es la noción misma de justiciable, según que se incluya o no en ella a la víctima.

En países como Bélgica o Francia se admite la intervención de la víctima en el proceso penal y se le asignan las mismas posibilidades de instar el procedimiento cualquiera sea la conducta asumida por el Ministerio Público. Por el contrario, la constitución de la *parte civil* está excluida (Inglaterra) o significativamente limitada (Alemania).

Por fin, la apertura o la restricción también conciernen al público, público que siempre ha participado *desde el lugar de los suplicios*. Hoy, el público anónimo y disgregado descubre el proceso penal a través de la prensa, la radio o la televisión.

Plantear la cuestión de los medios y de su rol conduce al análisis de las herencias culturales y las resistencias de los poderes y grupos de presión ejercidos de forma mediatizada. Ahora bien, más allá de la tenaz oposición entre la tradición anglosajona y las prácticas continentales, es indiscutible que en buena parte de Europa el proceso penal ha dejado de funcionar en circuito cerrado. Tomando prestado del lenguaje de aquéllos que estudian la complejidad de los sistemas, podría decirse que la *máquina* penal se abre y opera hacia afuera, *haciéndose*, asemejándose a una máquina viva (*autoorganizada*), y muy alejada de la máquina fabricada (o simplemente *organizada*). Las consecuencias serían remarcables porque, desentendiéndose de lo artificial para aproximarse a lo vivo, la máquina penal daría una mayor confiabilidad al conjunto y, al mismo tiempo, relativizaría una exclusiva confianza en los legisladores o constituyentes (cf. Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, E.S.F. 1990, Henri Atlan, *Tout, non, peut-être*, Le Seuil, 1991); su misma complejidad explicando ésta y aquélla.

La misma complejidad del panorama expuesto anuncia de un solo golpe —porque la evolución es comparable de un país a otro— el imperativo de dar un nuevo diseño a este paisaje.

Si no se lo mirara con cuidado no se verían en aquél más que los obstáculos. Sin

embargo no faltan signos de un acercamiento deseable, posible y tal vez ya en curso. ¿Deseable? ¿Quién puede negar que la apertura de las fronteras, como el desarrollo de una criminalidad *transnacional*, obliga a los estados europeos a un mínimo de política penal común? Tanto que todos ellos se encuentra afrontando un doble reclamo: la demanda, por un lado, de una protección más eficaz de la sociedad, desestabilizada a la vez por una delincuencia de *masas*, vivida como agresión en la vida cotidiana, y por una criminalidad profesional dura. Del terrorismo a los grandes traficantes internacionales, todo parece amenazar en los casos extremos los fundamentos mismos del Estado. Por otra parte, se advierte la demanda de un reconocimiento más completo de las libertades y los derechos fundamentales de la persona.

Si todo se reduce a la fórmula que fue célebre en Francia, *seguridad y libertad*, esta demanda es contradictoria, porque la libertad, como la vida, es riesgo y consecuentemente inseguridad. En realidad, esta doble demanda expresa la opción por un método y la madurez de una sociedad que estima compatibles la eficacia (no desarmar al Estado) con el respeto a las personas (esto es, el Estado de Derecho).

Aun conviniéndose en que es deseable, ¿es aquel acercamiento de posiciones posible? La iconografía del dossier documental de este coloquio muestra hasta qué punto nuestra cultura jurídica —del Buoclier d’Achille al Buen gobierno del fresco de Lorenzetti en Siena— es fundamentalmente europea. La dificultad ha sido puesta en evidencia por André-Jean Arnaud (*Por une pensée juridique européenne*, PUF, 1991, coll. “Les Voies du droit”). En nuestra memoria colectiva, Europa no es solamente la *cuna* común, sino también una encrucijada y finalmente la *abundancia* nacida de la *dispersión* y de la impronta de la censura. Dicho de otro modo, desde los siglos, un desafío permanente a la razón unificatriz que se impondrá, por lo demás, con las codificaciones.

Fue necesario el shock de dos guerras mundiales para que al fin apareciese la posibilidad, técnica y no solamente cultural, de una aproximación. Esta posibilidad quedó en efecto demostrada caso por caso por la Comisión y la Corte Europea de los Derechos del Hombre y, a su manera, por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

Es verdad que el estatuto de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre varía de un país a otro, según se halle integrado al derecho nacional (a veces con rango supralegislativo) o sólo sea utilizado por los jueces y el legislador como una simple referencia sin aplicabilidad directa. También es verdad que las fechas de ratificación se escalonan a lo largo de cuarenta años y que paradójicamente los países que más pronto aceptaron el recurso individual ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre (Bélgica, Alemania, el Reino Unido) pueden aparecer ante la opinión pública menos respetuosos de la Convención, simplemente en razón del mucho mayor número de decisiones dictadas a su respecto.

En realidad, la gran lección de esta jurisprudencia europea es mostrar —pruebas al canto— que ningún modelo de procedimiento penal, acusatorio, inquisitivo o mixto escapa a las reprobaciones de la corte de Strasburgo. Ello demuestra que, sobre la base de una convención que no es, empero, concebida como un texto de procedimiento penal, la compatibilización de los ordenamientos procesales es perfectamente posible.

Así es como los jueces franceses comienzan a integrar el concepto poco cartesiano de plazo *razonable*, mientras que el parlamento británico legisla en aspectos como el *contempt of court* o la disposición de escuchas telefónicas, hasta entonces reservadas al derecho no escrito del *Common Law*. Por supuesto que hay accidentes en este recorrido: por ejemplo en materia de escuchas telefónicas, allí donde los mismos británicos legislaron, la Corte de Casación Francesa ha reivindicado para sí el poder de crear las reglas de procedimiento penal que nuestra constitución reserva, sin embargo, al Parlamento. De todos modos, en lo esencial, tratándose por ejemplo de la duración de la privación de la libertad durante la citación directa, la detención provisoria, la recepción de los testimonios o de las vías recursivas admisibles, el acercamiento parece bien encaminado.

¿Deseable?, ciertamente. ¿Posible?, me he esforzado por demostrarlo. Decir que el acercamiento está *en curso* es pretender que vayamos ya hacia un modelo europeo de derecho penal. Evidentemente no basta con afirmarlo pues, como ocurre en materia de culpabilidad, habrá que probarlo. A falta de una prueba irrefutable me parece un indicio importante *el tiempo de reformas en Europa*. El tiempo de reforma es aquél en el que los países que no obstante permanecen aferrados a su tradición nacional —pero como impregnados del derecho comparado al tiempo que incitados a integrar como fuente común a Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre— hacen opciones más innovadoras prefigurando quizá, cada uno a su manera, una visión europea del proceso.

Esta visión estaría caracterizada por un ideal que admite bien las adaptaciones. El ideal es el debate contradictorio, es decir el rechazo de toda verdad revelada y no discutida en favor de una verdad discutida y sólo después establecida; en cuanto a las adaptaciones sus objetivos son idénticos: adaptar el proceso al número (delincuencia de masas y procedimientos simplificados), a la peligrosidad (delincuencia *social* y procedimientos de mediación) o a las necesidades de una defensa legítima de la sociedad (delincuencia profesional y organizada y endurecimiento de los procedimientos).

Es verdad que en Europa reformas y proyectos nacionales presentan toda la apariencia del desorden. A título de ejemplo, una parte de la Europa continental ha renunciado al juez de instrucción: Alemania y Portugal sin estridencias, Italia con gran estruendo, sin mencionar a Francia donde el debate, apenas abierto, se esfuerza por olvidar un tal sacrilegio o por exorcizarlo por medio de fórmulas forzadas que dispensan de toda argumentación. He aquí, curiosamente, que por estos tiempos nos viene del otro lado de la Mancha la apología de una institución que de este lado se creía en vías de desaparición o de marginalización.

Que no haya equivocaciones. Este desorden quiere decir, ahora, apertura o reapertura, esta vez de las fronteras jurídicas. Expresa el reconocimiento de la validez de otras reglas además de las incorporadas por la tradición nacional. Esto resulta esencial aunque haya alguna ingenuidad al esperar injertos imposibles de un país a otro, y esperables desacuerdos.

Así, el Ministerio Público a la inglesa (*Crown Prosecution Service*), inspirado no solamente en el modelo continental sino en el escocés, fue creado hace algunos años para reforzar y controlar la actividad policial. El resultado no fue el esperado no sólo por el bajo *status* financiero de los funcionarios encargados de las encuestas, sino también porque no se quiso confiarles ni la iniciativa de la persecución penal —tradicionalmente confiada a la policía que no quería renunciar a ella— ni el derecho de sostener la acusación en la

audiencia, reservado a las barras de abogados, igualmente celosas por mantener sus prerrogativas.

En cuanto al procedimiento acusatorio a la italiana, sobre el cual se han cargado injustamente las disfuncionalidades anteriores a la reforma, fue adoptado sin haber resuelto previamente una asistencia judicial que habría que haber reforzado desde el momento que el abogado de la defensa debe llevar él mismo la encuesta. De allí surgió el reproche, sin duda excesivo, de que se favoreció la delincuencia profesional de la mafia que tiene los medios de pagar los servicios de detectives privados.

En cambio, la práctica aproxima a procedimientos que los textos legales oponen. Así, por ejemplo, el Ministerio Público alemán está obligado a perseguir, en principio, todas las infracciones que constate (legalidad en la persecución); más tarde la reforma de 1975 permitió al archivo de las actuaciones asignándole a los fiscales facultades conciliatorias comparables a las que en Francia hallan fundamento en el principio de oportunidad en la persecución, pero todavía con mayor transparencia porque siempre debe motivarse la decisión.

Mismas reglas y diferentes realidades; reglas diferentes y realidades análogas obligan a actuar con mucha prudencia. Empero, no obstante el desorden —y sin duda gracias a él— la aproximación de los procedimientos ya ha comenzado.

Falta aún encontrar el camino. El camino hacia una armonización que respete las diferencias pero que sepa hacerlas compatibles. Tal podría ser la función de los principios directrices comunes del procedimiento penal que evitarían a la vez la rigidez de reglas idénticas, demasiado lesivas para las soberanías nacionales, y el laberinto de una casuística que consolidaría, en definitiva, el monopolio de los profesionales del derecho y cerraría el sistema limitando el acceso a algunos iniciados.

Es necesario entonces que tales principios cumplan un cierto número de condiciones: ser suficientemente precisos para imponer una dirección común; suficientemente flexibles para dejar margen y no forzar su aplicación al orden jurídico de cada país; suficientemente accesibles como para que todos puedan conocerlo. Corresponderá a los juristas responder a estas exigencias integrando a su saber otras lógicas además de la tradicional lógica binaria y otros referentes además de los códigos; los instrumentos no faltan para pensar el pluralismo, la complejidad ... e incluso la confusión.

Permítaseme recordar que una proposición ha sido hecha en ese sentido por la Comisión de Justicia Penal y Derechos del Hombre. Ella definió diez principios que pueden ligarse a la preeminencia del derecho (legalidad, igualdad, garantía judicial), a la protección de las personas (dignidad, protección de la víctima, presunción de inocencia) y a la calidad de un proceso, a la vez ecuánime (respeto de los derechos de la defensa y equilibrio entre las partes) y eficaz (proporcionalidad y celeridad).

Bosquejados en la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre, reescritos a la luz de la jurisprudencia de las Cortes europeas y nacionales, aquellos principios bien podrían un día inscribirse en sobreimpresión en códigos nacionales de contenidos diferentes. Porque más allá de la imagen de complejidad y profusión que da el derecho en Europa, la búsqueda de una identidad común sin uniformidad bien podría ser,

para los juristas, una manera de ascender hacia un objetivo luminoso. En suma, a través de los tanteos, la perseverancia y los errores, encontrar la vía de la prudencia.

# PANORAMA DE LAS RELACIONES IGLESIA ESTADO EN EL RIO DE LA PLATA

NÉSTOR DANIEL VILLA

Nos referimos en esta breve comunicación a las relaciones Iglesia Estado en esta región del Nuevo Mundo que hace cinco siglos recibió la luz del Evangelio de Jesucristo.

La denominación *Río de la Plata* alude a virreinato creado por la Corona española en 1776 y que incluye la porción territorial que comprende todo territorio de las actuales repúblicas de Argentina, Paraguay, Uruguay, mitad de Bolivia, sur y norte de Chile y los estados sureños de Río Grande y Santa Catalina del Brasil. Asimismo se incluyen las islas Malvinas con ocupación real por España y luego por Buenos Aires hasta 1833 en que fueron ocupadas por la fuerza por la Corona británica.

Esta región, que recibe su nombre del río homónimo, confluencia de los ríos Paraná y Uruguay y que con su delta y amplio estuario se inscribe entre los más anchos del mundo, tiene en América Latina unas peculiaridades que la distinguen netamente de las demás repúblicas iberoamericanas, tanto del sur como del norte de América, del continente como de las islas, fruto del singular enclave geográfico y de la posterior evolución histórica.

Un destacado pensador liberal francés contemporáneo, refiriéndose concretamente a la Argentina, la mayor de las repúblicas heredadas del Virreinato por el volumen de su población y la extensión de su territorio, escribió hace muy poco que la Argentina formaba parte de Europa. Reconquistadas para Europa las naciones cautivas del este europeo, faltaba rescatar el sur, la Argentina. Las primeras luego de décadas de yugo comunista, la segunda de décadas de deterioros y decadencia <sup>1</sup>.

En efecto, si bien toda América fue tierra de promisión y durante siglos las coronas española y portuguesa aportaron lo suyo y sacaron lo suyo, no quedaron en zaga las ambiciones de las coronas francesa, inglesa y holandesa, como las de banqueros de los estados alemanes. Y así británicos y holandeses rivalizaron en desestabilizar las provincias de ultramar de España y Portugal por el asalto y la piratería hasta bien entrado el siglo XIX. Francia irrumpió luego con sus intelectuales y comerciantes y con la ocupación de parte del Norte de América y de las islas caribeñas.

Sólo las tierras del Plata: Argentina y Uruguay especialmente, fueron tierra de

---

<sup>1</sup> Sorman, Guy: Europa ha recobrado el Este, falta el Sur, la Argentina, La Nación, Buenos Aires, 29.IV.1991, p. 9.

promisión en el siglo XIX y XX para millones de inmigrantes europeos: polacos, ucranianos, eslavos en general, españoles, portugueses, italianos, alemanes, irlandeses, franceses, vascos, rusos, como también asiáticos: libaneses, sirios, judíos, armenios, y también japoneses. Argentina y Estados Unidos de Norteamérica eran en América los focos de inmigración masiva. Argentina figuró entonces entre los seis primeros países del mundo. Distinto fue su futuro, en parte debido a golpes militares y alternancia de gobiernos civiles y militares, el deterioro y desaparición de la clase dirigente y la falta de políticas generosas en los diversos ámbitos e ítems que hacen al bien común.

Reclamando cambio en el mostrado de un banco de Constantinopla en 1973, luego de ensayar sin éxito mi pedido en inglés, francés y alemán, exclamé airado en mi lengua materna: *¡Caramba! ¡Será posible que nadie entienda que quiero cambio!* De inmediato, en un español arcaico pero correcto un empleado contestó mi pregunta y me cambió moneda. Me preguntó si yo era español, a lo que respondí que yo era argentino. Entonces replicó: *¡Ah! Eres español del Río de la Plata. Yo también soy español, español sefardí.*

Ese empleado bancario judeo-español me dio la mayor lección de hispanidad que jamás recibí de nadie y en tierras remotas a la mía. Me transmitió en un instante la admiración y el amor a la lengua española y a su cultura que es mucho más vasta que la península ibérica. Y también me ubicó en el amor a la patria grande que heredamos de la Corona española: las Provincias Unidas del Río de la Plata, las que se declararon libres el 9 de julio de 1816 en San Miguel de Tucumán, y que por intereses mezquinos e influencias feróneas, incapacidad política de Buenos Aires y tribalismo de las regiones que podrían haber llegado a una atomización exagerada de las *Patrias Chicas*, y a un desentendimiento polarizado, como el evidenciado en el resurgimiento de nacionalismos ciegos en Europa y Asia, perdió cohesión y unidad desmembrándose en cuatro repúblicas y perdiendo territorio frente al Brasil y a Chile <sup>2</sup>.

Cabe destacar, al pasar, que el español es lo única lengua moderna empleada en un Concilio Ecuménico, el de Trento (años 1545-1563), donde los teólogos del imperio de Carlos V, el Imperio donde no se ponía jamás el sol, expresaron su parecer, como así los obispos intervinientes, en la lengua de Cervantes, Teresa de Jesús y Juan de la Cruz.

Estas repúblicas hispanoamericanas, con sus peculiares características, revisten especial interés para la Iglesia que fue su madrina de gestación y las acompañó antes de su historia independiente. En la dimensión de relación Iglesia-cultura, si bien la Iglesia vino acompañada del aparato estatal de la metrópoli, y con las apariencias de un departamento del Estado, la realidad demostró que los obispos y misioneros de todas las órdenes se dedicaron de pleno a su tarea sobrenatural de salvación de las almas, y que a pesar de imponer la Fe y la Cultura del conquistador, muchas lenguas y culturas indígenas sobrevivieron y alcanzaron una perdurabilidad que de otra manera quizás no hubieran alcanzado. En efecto, una anécdota servirá para ilustrar en parte cuanto afirmo. Durante la gestión del Dr. Alfonsín (1983-1989) se intentó un vaciamiento de la cultura y educación argentina de sus valores tradicionales. De la Facultad de Letras de la Universidad de La Plata

---

<sup>2</sup> Bruno, Cayetano: Historia Argentina, Buenos Aires, p. 125 (map.).

se quitó latín y griego por tener *aroma de sacristía*. Se implantó el *quechua* y el *guaraní*, lenguas aborígenes. Al momento de buscar bibliografía para practicar los alumnos sólo se encontraron innumerables catecismos, obras religiosas, devocionarios —sólo literatura religiosa católica— en esas leguas... con lo cual el resultado deseado fracasó. No sólo el latín y el griego tenían connotaciones cristianas, las lenguas aborígenes de América, con la escritura española, sólo y por la obra de los misioneros, estaban volcadas en obras religiosas exclusivamente.

En América española, iberoamérica, y especialmente hispanoamérica, las provincias de la Corona española de ultramar, que nunca fueron colonias sino dominios de la Corona y Provincias del Reino, la fusión de lo aborigen, lo europeo y posteriormente lo negro, se dio contemporáneamente a la llegada de los conquistadores y prosiguió hasta nuestro días. En mayor o menor medida en razón de los grupos aborígenes que habitaban el suelo antes del Descubrimiento de su mayor o menor cultura autóctona, las nuevas naciones mostraron una mayor o menor similitud con España y Europa. Argentina y Uruguay son, indudablemente, las dos naciones que se inscriben inequívocamente como americanas, por su geografía e historia; europea, por su cultura y su desarrollo. Y que guardan lazos con el resto de las naciones iberoamericanas por la fe y la lengua, y con Europa, por el estilo de vida, que nunca logró contagiarse del *american way of life* exportado por los estados Unidos a todo América luego de Monroe, para afianzar la hegemonía del gran país del norte sobre todo América, lo que queda expresado en la ambigua frase de Monroe: *América para los americanos*<sup>3</sup>.

Durante la época de la monarquía, las relaciones Iglesia-Estado se conjugaron en la institución del Patronato Indiano cuyo origen remonta a Alejandro VI (Bula INTER COETERA del 4.V.1493 y otra posterior: EXIMIAE DEVOTIONIS) pero sobre todo a Julio II (Bula UNIVERSALIS ECCLESIAE del 28.VII.1508 y otras dos bulas posteriores de 1510 y 1511). El Patronato, aunque de claro origen eclesiástico, se lo practicó por reyes, virreyes y demás órganos de la administración española como laical, indivisible e imprescriptible. Así lo defendieron los obispos españoles que participaron de Trento. Es decir que la concepción regalista de dicho instituto, sobre todo a partir del ascenso de la dinastía de los Borbones de 1705 al trono español fue incontestable<sup>4</sup>.

Eso originó lo que Marcelino Menéndez y Pelayo llamó la *herejía administrativa*, la peor y más odiosa de todas, y que influyó medularmente en la génesis de las relaciones Iglesia-Estado en el período independiente hasta la actualidad, donde unilateralmente, en mayor o menor medida todos los regímenes constitucionales se atribuyen unilateralmente el derecho del patronato y el derecho del *pase regio* o *exequatúr*<sup>5</sup>.

Todas estas naciones del Plata, surgidas entre 1816 y 1830, tienen un *back-ground* sociológico católico, a pesar del iluminismo ingresado con los Borbones y los intelectuales de la época independiente. Todas ellas, con sus especiales matices, y al igual que las demás

---

<sup>3</sup> Verdross, Alfredo: Derecho Internacional Público, 6th. edition, Madrid, 1982, p. 59-397.

<sup>4</sup> Furlong, Guillermo: Los jesuitas y la cultura rioplatense, Buenos Aires, p. 70.

<sup>5</sup> Menéndez y Pelayo, Marcelino: Historia de los Heterodoxos Españoles, Madrid, 1956, p. 393.

naciones de la gran familia hispana, incluyendo Filipinas, a las que conjuntamente con Puerto Rico y Cuba a inicios del siglo XX los Estados Unidos bajo pretexto de libertad y progreso intentaron quitarle su rica fisonomía cultural, religión y lengua, participan de valores fundamentales sobre la vida, el absoluto, la gracia, la redención y la belleza; aunque se los conculquen fácilmente en estas sociedades con graves conatos de sombra, delincuencia y anomia social. Esta anomia social, proclamación de la ley, pero convencimiento íntimo de su ineficacia para reglar la vida de los hombres, es uno de los males de nuestra cultura y de nuestras naciones <sup>6</sup>.

Como ya dijéramos, durante la época pre-independiente, la Corona presentaba los candidatos a las sedes episcopales, tenía a su cargo la demarcación de las jurisdicciones eclesiásticas, proveía y dotaba a las mismas, sostenía el esfuerzo misionero, levantaba y mantenía la fábrica de los templos y conventos, para lo cual tenía concesión pontificia de recaudar los diezmos. El derecho canónico regía las cuestiones matrimoniales, entierros, procesos a clérigos y religiosos, educación, etc. El Río de la Plata contó con una jerarquía eclesiástica que, antes de la época independiente residió en las sedes episcopales de Asunción del Paraguay (a.1547); Córdoba del Tucumán (a.1570); Buenos Aires (a.1621); Salta del Tucumán (a.1807) a las que se agregaron las diócesis del Alto Perú que comenzó a partir de 1776 a integrar el recién creado Virreinato del Río de la Plata; Charcas (a.1552) y metropolitana desde 1609; La Paz (a.1605), siendo la de Charcas, originariamente denominada de “La Plata” metropolitana de todas las anteriores hasta 1865. Las universidades: Córdoba del Tucumán y Charcas ya fueron fundadas antes de llegar de los Padres Peregrinos a las costas atlánticas de América del Norte <sup>7</sup>.

El 25 de mayo de 1810, Buenos Aires, capital del Virreinato, no acepta el Consejo de Regencia en la península con ocasión de cautiverio de rey Fernando VII y establece una Junta de gobierno propio que es lentamente acatada por los demás cabildos del Virreinato. Se crea la Junta Grande, pero las misiones políticas enviadas por la Junta a los diversos gobernadores no obtienen parejo resultado. Así en Paraguay no se reconoce la Junta de Buenos Aires, y luego de confrontaciones militares los idearios de mayo prenden en los habitantes de Asunción que en 1811 establecen su propio gobierno patrio pero sin someterse a Buenos Aires. La tiranía de José Gaspar de Francia (1814-1840) que cerró las fronteras del Paraguay, se constituyó en cabeza de la Iglesia destituyendo al obispo de Asunción, e impidió cualquier contacto de los paraguayos, eclesiásticos incluidos, con el exterior. Ni siquiera la misión Muzi enviada por Pío VI en 1822 pudo ingresar al Paraguay. A Francia lo sucedió el mariscal López con quien se restablecieron relaciones con la Santa Sede a un precio altísimo por las concesiones que ésta debió efectuar en el nombramiento de obispos. Luego, la guerra de la Triple Alianza (1865-1870) en la que Brasil, empleando a la Argentina y al Uruguay destruyó literalmente el despegue del Paraguay como potencia, redujo al Paraguay a un feudo de familias donde hasta 1957 se dio venia para la caza de indios. La larga tiranía del general Stroessner concluida en 1989 parece ser el colofón de casi dos siglos

---

<sup>6</sup> Villa, Néstor Daniel: Soluciones a los problemas de las minorías, Buenos Aires, 1988, p. 28. - Toumanoff, Cyril: Social Mith, Roma, 1980.

<sup>7</sup> AA.VV.: Concondatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 417 y 439. - Minnerath, Roland: L'Eglise et les Etats Concordataires (1846-1981), París, 1983, p. 324.

de desgracias para esta noble nación. Independiente de Buenos Aires el 14 de mayo de 1811, constituida en república el 12 de octubre de 1813, en agosto de 1993 el Paraguay vio asumir al primer presidente civil desde su creación. A caballo entre Brasil y la Argentina, con un fuerte ingrediente indígena, esta isla mediterránea y verde, particularmente selvática, se comunica con el mundo por los grandes ríos que salen al Atlántico por el Río de la Plata.

La jerarquía eclesiástica en el Paraguay está constituida por catorce jurisdicciones (diócesis, prelaturas y vicariatos apostólicos) e integran una sola provincia eclesiástica cuya metrópoli es Asunción desde 1929 <sup>8</sup>.

El Paraguay es un estado confesional católico, pero su vida religiosa es una historia de persecución y penuria. Baste pensar que la diócesis asunceña estuvo ciento treinta años vacante o impedida en su historia. La primera constitución de 1844 enmarcó la reanudación de relaciones con la Santa Sede. La de 1870 declaró religión oficial al catolicismo y asumió al patronato sostenido unilateralmente por el estado (art. 102). Lo mismo prescribe la constitución de 1940 (art. 51) aún vigente. También se mantiene el *pase o exequatúr*. El arzobispo de Asunción integra el Consejo de Estado, las fiestas religiosas lo son también cívicas y feriado nacional, y el estado subvenciona al alto clero <sup>9</sup>.

Como contrapartida la Iglesia carece de intervención en la administración de los cementerios, es obligatorio el matrimonio civil y hay divorcio vincular civil y no puede enseñarse religión en las escuelas estatales <sup>10</sup>.

Paraguay carece de concordato con la Santa Sede. Solamente celebró un convenio sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas con fecha 26.XI.1960. Rige para la designación del Vicario Castrense la condición episcopal del candidato y su elección por el Santo Padre en acuerdo con el presidente de la república (art. 2). La extensión del servicio militar al clero, religiosos y seminaristas queda asegurada (art. 16). Y por un protocolo adicional se extiende dicho convenio a la Policía Paraguaya <sup>11</sup>.

Distinta es la suerte de Bolivia, nacida como *República Bolívar* el 18.VIII.1825, luego de ser abandonado el Alto Perú a su suerte por Buenos Aires debido a los graves conflictos de la anarquía interna de las Provincias Unidas del Río de la Plata, los peligros del avance realista por el frente norte, en una guerra de guerrillas conocida como la guerra de las *republiquetas*, los municipios rechazaron al enemigo. Las intendencias y gobiernos del Alto Perú (sur de la actual Bolivia) están geográficamente y culturalmente más afín con la cultura andina que con la rioplatense. Además, tan sólo desde 1776 se orientaron políticamente y se integraron en el Virreinato del Río de la Plata luego de alrededor de dos siglos en la órbita directa del Virreinato del Perú. Así, estas comarcas, que enviaron sus diputados al Congreso de Tucumán y participaron de la declaración de la Independencia el 9 de julio de 1816, no quisieron ni pertenecer al Perú ni al Río de la

---

<sup>8</sup> Conferencia Episcopal Paraguaya: Guía Eclesiástica 1989. - Constitución (Paraguay), Asunción, 1976. - Vasconcellos, Víctor: Lecciones de Historia Paraguaya, Asunción, 1983, p. 46.

<sup>9</sup> AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 563.

<sup>10</sup> AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 564-567.

<sup>11</sup> AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 564-567.

Plata, y mantuvieron su equilibrio entre el poderoso Perú, el vasto territorio argentino y el pretencioso gobierno de Chile que le quitaría la salida al mar luego de la guerra del Pacífico en 1880 extendiéndose hacia el norte <sup>12</sup>.

Bolivia, que en la época virreinal tenía ciudades universitarias como Charcas, a su vez sede metropolitana, Potosí con una población y riqueza en el siglo XVI-XVII mayor a la de Londres, una activa vida municipal entró en una decadencia y una pobreza sólo superada en América por Haití. Luego de golpes, asonadas, motines, revoluciones y cambios de tiranuelos, recién en este agosto de 1993, conjurada la peligrosa inflación monetaria que la aquejaba, asumió un segundo presidente constitucional. También su ingrediente indígena es notabilísimo. Aunque a diferencia del grupo tupí-guaraní del Paraguay, en éste predomina el quechua-aymará, de rica cultura precolombina <sup>13</sup>.

Con todos esos inconvenientes, Bolivia tuvo el primer concordato con la Santa Sede en 1851, que nunca entró en vigencia por no ser refrendado por el estado que persistía en considerar al patronato como derecho y no como concesión. Pero la dimensión de importancia que éste acordaba a las misiones y al reconocimiento de la labor misional de la Iglesia (art. 22) se trasladó al acuerdo sobre misiones del 4 de diciembre de 1957. Este y el convenio castrense del 29 de noviembre de 1958 son los únicos acuerdos parciales celebrados por la república boliviana. En ambos se establece tanto para la designación de los vicarios apostólicos como del vicario castrense el sistema de notificación previa oficiosa. La designación es libre del Sumo Pontífice. Vimos que tanto Bolivia como Paraguay y la misma Argentina han visto nacer sus jurisdicciones eclesiásticas castrenses por acuerdo, donde no se reconoce el derecho de presentación de los prelados por el presidente de la república, sino se consagra el principio de prenotificación oficiosa. Chile, Brasil y otros, en cambio, tienen sus jurisdicciones castrenses erigidas por decreto de la Santa Sede sin previo convenio <sup>14</sup>.

El Alto Perú (sur de Bolivia) cuenta hoy día con tres provincias eclesiásticas.

Con respecto a la Banda Oriental del Uruguay, surgió como república independiente el 18 de julio de 1850 y se dio su primera constitución. Es una situación curiosa, pues carecía de moneda, de fronteras precisas por el norte y de una economía arreglada <sup>15</sup>.

Desde 1808, se comienza a perfilar diferencias entre el gobernador de Montevideo y Buenos Aires. Desconociendo a la Junta de Mayo, se mantiene bajo dominio español, llegando incluso a ser la sede el último virrey del Río de la Plata, hasta 1814. La acción revolucionaria de Artigas y su proyecto federalista a ultranza alejaron a la Banda Oriental aún más de Buenos Aires, la que propició la invasión de la misma por el Imperio del Brasil. En 1825, treinta y tres patriotas comandados por Lavalleja —los 33 orientales— desde San

---

<sup>12</sup> Finot, Enrique: Nueva Historia de Bolivia, La Paz, 1964, p. 135. - Arriola, Francisco: Historia de las Instituciones Políticas y Sociales Argentina y Americana, Buenos Aires, 1957, p. 30, 65 y 94.

<sup>13</sup> Finot, Enrique: op.cit., p. 102.

<sup>14</sup> AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 417-439.

<sup>15</sup> Rocha Imaz, Ricardo: Nacionalismo, Socialismo y el Uruguay moderno, Montevideo, 1984, p. 35.

Isidro (Buenos Aires) desembarcan en Agraciada (Montevideo) y reconquistaron el suelo patrio liberándolo del invasor lusitano. La diplomacia inglesa y los anteriores malentendidos con Buenos Aires dieron por resultado la independencia en una continua tensión entre el Imperio y las Provincias Unidas, entre la antigua cultura hispanocriolla y los numerosos contingentes de ingleses y franceses que se establecieron en su puerto abierto al libre comercio <sup>16</sup>.

Recientemente el pensador colombiano Germán Arciniegas como consecuencia de un comentario sobre la Misión Muzi en la que llegara el entonces clérigo Masttai, luego Pío XI, al cono sur, concretamente a pedido de Chile, hacia ciertas y precisas observaciones sobre el Montevideo que conocerá el futuro pontífice <sup>17</sup>.

Era un milagro que se hubiera conservado la lengua española entre tanto contingente de inglés y francés. Lautremont y Laforge nacieron en Montevideo de padres franceses y sólo retornaron a París cuando ya eran famosos. No hubo catedrales ni obispos en la época virreinal. Pero a pesar de la rivalidad entre las procesiones de Corpus Christi y del Gran Arquitecto del Universo, de las innumerables logias masónicas y del desenfadado teatro anticlerical, los prelados de la misión Muzi pudieron celebrar en Montevideo y no así en Buenos Aires (el ministro Rivadavia les negó el ingreso) ni en Asunción (el tirano Francia les negó entrar, o mejor dicho entrar y poder salir después de ingresar) y a pesar de cierto éxito parcial en Chile, donde se originaba el pedido del arribo de dicha misión, en resumidas cuentas fue un fracaso <sup>18</sup>.

En 1852 se creó el Vicariato Apostólico de Montevideo, desmembrándolo de la diócesis de Buenos Aires, y comprendiendo toda la Banda Oriental. Hoy día todo Uruguay es una provincia eclesiástica cuya metrópoli es Montevideo (diócesis en 1878, metrópoli en 1887) y comprende además a nueve jurisdicciones diocesanas, la última creada en 1966 <sup>19</sup>.

Uruguay se caracterizó por una vida donde la campaña, dedicada a la ganadería y agricultura, se diferencia notablemente de la capital que tiene la mitad de la población del país, y donde se conserva una mayor nitidez ese sustrato iluminista y el laicismo a la que lo llevó el presidente Battle Ordóñez (1903-1907; 1911-1915). Sin llegar a los extremos de México que padeció una tremenda persecución religiosa, Uruguay descristianizó jurídicamente al país con la separación de la Iglesia y Estado, matrimonio civil obligatorio, divorcio, enseñanza laica, desaparición de cualquier signo religioso de los lugares públicos, etc. En una palabra, la religión, cualquiera fuera, quedaba reducida a una cuestión absolutamente privada y al interior de los templos. El carácter sagrado de la Navidad y de la Semana Santa fue sustituido por fiestas profanas. Y a diferencia de Méjico, al menos en la ciudad, esa secularización a ultranza dio resultado. A pesar de la amabilidad innata del uruguayo en Montevideo, la Iglesia tiene muy poco peso en la vida de la ciudad, aunque lentamente se está revirtiendo el proceso, sobre todo luego de la reciente visita del Papa Juan Pablo II al Uruguay. Con todo, los edificios de culto están exentos de gravámenes

---

<sup>16</sup> Bruno, Cayetano: Historia Argentina, Buenos Aires, 1980, p. 80.

<sup>17 y 18</sup> Arciniegas, Germán; Pío IX empezó en Montevideo, La Nación, Buenos Aires, 6.II.1993, p. 16.

<sup>19</sup> Conferencia Episcopal Uruguaya: Guía Eclesiástica 1990.

impositivos y la educación privada, incluyendo la católica, está radicada en el Uruguay, aunque la Iglesia sea considerada como una asociación privada y no como persona jurídica pública.

Uruguay carece de acuerdos con la Santa Sede y de jurisdicción eclesiástica castrense. Pero durante el pontificado de Pío X, el anteproyecto del Cardenal Antonelli, que nunca se firmó, fue un ejemplo de concordato que abarcó todos los rubros propios de éstos: catolicismo como religión del Estado, derecho de foro para los clérigos, enseñanza católica, censura eclesiástica, libre comunicación del Papa con obispos y fieles y viceversa, previsión y dotación del culto y del clero, etc.<sup>20</sup>.

Uruguay, que ya cuenta con su Universidad Católica, va reencontrando su propia identidad en ese marco jurídico aún inadecuado, pero que como todas las cosas irá revirtiéndose con el tiempo.

Con respecto a la Argentina, es el único de los países del Plata que ha celebrado acuerdo con la Santa Sede. Claro que si consideramos la fecha de la independencia: 1816, y la del Acuerdo: 1966, ¡pasaron ciento cincuenta años...! Pero también hay que tener en cuenta que la Constitución Nacional que perduró y organizó el país fue la del 1853-1860, y que la primera ley federal de educación se promulgó recién en 1993 y aún sigue sin reglamentar.

La constitución de la junta de gobierno de 1810 y la Asamblea del 1813 no rompieron con la Santa Sede. Esta última desconoció cualquier autoridad eclesiástica acreditada en la península, incluyendo al nuncio apostólico, y de hecho se avocó a sí misma el ejercicio del Patronato Indiano, el cual pasaría a la Constitución del 1853-1860 como derecho de presentación de los obispos por el Presidente en terna aprobada por el Senado al Santo Padre (art. 86 inc. 8); facultad de Congreso de admitir nuevas órdenes religiosas a más de las ya existentes (art. 67 inc. 19); facultad del presidente en acuerdo con la Corte de Justicia de conceder el pase o *exequatur* (art. 86 inc. 9); y como contrapeso el sostenimiento del culto católico por el gobierno federal (art. 2), la profesión de la fe católica para el presidente de la Nación (art. 76-80), y la promoción que el Congreso debe realizar para la conversión de los indios al catolicismo (art. 67 inc. 11).

Asimismo la Constitución establece entre las libertades consagradas la de enseñanza y de escuela, aún para los extranjeros (arts. 14 y 25) y, lo más importante, entre las atribuciones del Congreso reglar las relaciones con la Santa Sede por medio de Concordato (art. 67).

Largos años de anarquía mantuvieron de hecho interrumpidas las relaciones entre la Argentina y la Santa Sede. La misión Muzi de 1823 fue recibida fríamente, y en esos años se produjo la expropiación de los bienes eclesiásticos, los que sólo en la provincia de Buenos Aires, incluida la entonces capital, la ciudad de Buenos Aires, significaron a valores actuales una pérdida cotizada en más de varios miles de trillones de dólares americanos,

---

<sup>20</sup> - Constitución del Uruguay (1967), Montevideo, 1970, arts. 5, 6, 8, 9, 70 y 71. - La Fuente, Ramiro de: Patronato y Concordato en la Argentina, Buenos Aires, 1957, Apéndice VI, p. 137.

como sostuvo en un estudio sobre el patrimonio y administración de bienes eclesiásticos en Argentina <sup>21</sup>.

No obstante los romanos pontíficos fueron proveyendo de vicarios apostólicos para las diócesis argentinas y crearon en 1854 la nueva diócesis de Cuyo con sede en San Juan, por medio de un verdadero acuerdo, según Ramiro de Lafuente, que concedía derecho de presentación al gobernador de San Juan <sup>22</sup>.

Luego de la caída del régimen de Rosas (1852) comenzó la organización jurídica de la nación, el delegado apostólico, el primero, se estableció en Paraná, capital de la república hasta 1860, se dictó la constitución de 1853 aceptada por Buenos Aires, que se había separado de la confederación, en 1860 con lo que retorna a la capitalidad de la república, y surgió en el entretanto la nueva diócesis de Paraná. Al momento, la jerarquía eclesiástica de la Argentina se agrupa en trece provincias eclesiásticas y sesenta y siete jurisdicciones; diócesis, prelaturas y eparquías, un ordinariato castrense y otro oriental.

La situación reglada por la constitución que se adjudicaba el estado unilateralmente el derecho de patronato produjo más de una situación enojosa que a partir de 1853, bajo el pontificado de León XIII, se arregló mediante un *modus vivendi* por lo que las provisiones se hacían por la Santa Sede desconociendo la presentación del gobierno argentino <sup>23</sup>.

A ello se sumó al cuestión del *pase* y del juramento de los obispos, institución extraña al derecho de patronato. La primera se resolvió el hecho con el Concilio Vaticano II que se aplicó sin que las declaraciones conciliares necesitaran *pase* y, el segundo fue suavizándose y se suprimió en 1964.

En ese entonces el Dr. Santiago de Estrada elaboró un anteproyecto de concordato global, que incluía como es de suponer todas las materias propias de los mismos con excepción de aquéllas que se refieren al patrimonio cultural de la Iglesia. Dicho anteproyecto, valiosísimo, recoge la nueva técnica concordataria y las experiencias de este siglo en la materia <sup>24</sup>.

Ya en 1957 se había acordado entre el estado y la Santa Sede la creación del Vicariato Castrense, cuyo prelado sería designado por la Santa Sede en acuerdo con el presidente de la república. Durante la gestión del Dr. Illia (1963-1966) su canciller el Dr. Zavala Ortiz llevó a cabo las negociaciones pertinentes para la celebración del Acuerdo con la Santa Sede. Además de De Estrada que había sido embajador ante la Santa Sede en la gestión del Dr. Frondizi (1958-1960), fue valiosa la intervención del nuncio apostólico Monseñor Mozzoni.

El golpe de estado del 29 de junio de 1966 impidió que los autores materiales y morales

---

<sup>21</sup>. AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 403-411. - Minnerath, Roland: op. cit., p. 435. - La Fuente, Ramiro de: op. cit., p. 60. - Estrada, Santiago De: Nuestras relaciones con la Iglesia, Buenos Aires, 1963.

<sup>22</sup> Lafuente, Ramiro de: op. cit., p. 40.

<sup>23</sup> Bruno, Cayetano: Bases para un concordato entre la Santa Sede y la Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 42. - Legon, Faustino: Patronato Nacional, Buenos Aires, 1918, p. 30-120.

<sup>24</sup> Estrada, Santiago De: op. cit., p. 49. - Lafuente, Ramiro de: La situación concordataria argentina, Salamanca, 1971.

coronaran su obra, siendo suscripto el Acuerdo el 10 de octubre de 1966 por el Gobierno de la Revolución Argentina presidido por el general Onganía y su canciller el Dr. Costa Méndez. Paulo VI en su alocución a los cardenales del 23.XII.1966 se refirió al Acuerdo con Argentina como el primer fruto del Concilio Vaticano II <sup>25</sup>.

El Acuerdo, de siete artículos, se refiere exclusivamente al reconocimiento y garantía que el estado argentino hace para que la Iglesia ejerza libre y plenamente su poder espiritual, el culto público, y su jurisdicción en el ámbito de su competencia específica (art. 1). Queda en manos de la Santa Sede la provisión de las sedes episcopales y la feación y modificación de las circunscripciones eclesiásticas, previa notificación oficiosa al estado (arts. 2.3). Queda consagrada la libre comunicación del Papa con la jerarquía y los fieles y viceversa (art. 4), y será el episcopado quien tendrá la iniciativa de llamar órdenes, congregaciones y sacerdotes seculares para la asistencia espiritual y la educación cristiana del pueblo (art. 5) <sup>26</sup>.

Lamentablemente quedaron excluidos del Acuerdo el régimen matrimonial; el derecho patrimonial; dotación y exenciones en materia económica; la cuestión escolar; el patrimonio cultural de la Iglesia; las que siguen regidas unilateralmente por el derecho material. Señalamos recientemente en sendos artículos referidos al matrimonio civil en la Argentina <sup>27</sup> y la Administración de los bienes eclesiásticos en la Argentina <sup>28</sup> esa inconveniencia. Pero es de destacar que diversos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dan plena cabida a la legislación canónica en el ordenamiento legal argentino basados en el Acuerdo de 1966 <sup>29</sup>.

Recapitulando, podemos señalar lo embrionario de la regulación jurídica de las relaciones Iglesia-Estado en nuestro medio rioplatense, no obstante el fuerte pase institucional de la Iglesia Católica, y el dato sociológico que entre un 80% (Uruguay) y un 94% (Paraguay y Bolivia) de la población recurre a la Iglesia Católica para el santo bautismo.

Ese estado embrionario, menor en la Argentina, no es un indicador de una realidad negativa, pero sí de la necesidad de ir enhebrando la sistematización de las relaciones Iglesia-Estado en una nueva cristiandad, que sin renegar de la tradición heredada se ponga a tono de las nuevas exigencias de la evangelización, la cultura jurídica contemporánea y el estado de derecho tantas veces conculcado y en muchos aspectos no alcanzado en nuestras repúblicas del Plata.

---

<sup>25</sup> Lafuente, Ramiro de: op. cit.

<sup>26</sup> AA.VV.: Concordatos Vigentes, Madrid, 1980, p. 437.

<sup>27</sup> Villa, Néstor Daniel: El matrimonio civil en la Argentina. Los debates parlamentarios, la ley 2.393 de 1888 y la legislación de fondo, REDC-Vol. 49, Num. 132 (1992), Salamanca. - Villa, Néstor Daniel: Libertas institutiones scholasticae atque scholarum. Schola catholica iuxta concordata vigentia. Status in Republica Argentina, Perioca- Vol. LXXXI (1992), Roma, p. 57-97.

<sup>28</sup> Villa, Néstor Daniel: Derecho Patrimonial Eclesiástico en la Argentina, Prudentia Iuris, Num. 30 (1992) p. 69, Buenos Aires.

<sup>29</sup> Rybar Antonio vs. García Rómulo y/o Obispado de Mar del Plata, SCJN.6.VI.1990 y Lastra vs. Obispado de Venado Tuerto, SCJN, 22.X.1991.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

DEMOSTENES. Discursos políticos. Madrid, Gredos, 1980/3, 3 vol. 542, 443 y 467 págs.

DEMOSTENES. Discursos privados. Madrid, Gredos, 1980/3, 2 vol., 350 y 340 págs.

por Florencio Hubeñak

Estos cinco volúmenes pertenecientes a la ya célebre “Biblioteca Clásica Gredos”, recientemente llegados a nuestras manos, conforman la versión completa y actualizada de la gran cantidad de obras que se deben al renombrado orador ateniense.

Los denominados “discursos políticos” fueron traducidos por Juan Antonio López Eire —probablemente el mayor conocedor español de nuestro autor— y a él se debe asimismo el estudio introductorio (págs. 7/34 del tomo I) y las introducciones que anteceden a cada escrito de esa parte. Los “discursos privados”, en cambio, fueron traducidos por José Manuel Colubí Falcó, quien también prologa los textos, analizando, en cada caso, la autenticidad del discurso, su ubicación histórico-política y el contexto en que fue pronunciado.

La figura de Demóstenes —algo olvidado en los últimos tiempos— fue, según López Eire, la de un orador importantísimo en la vida de la democracia ateniense del siglo IV a C. y “sus discursos políticos vienen a ser el canto del cisne de esa democracia y de la autonomía de las póleis helénicas” (pág. 7). Por ello su figura adquiere trascendencia en estos tiempos de crisis, como auténtico testigo de la decadencia y “muerte” de la polis y de un sistema político, cuyo conocimiento puede resultarnos de utilidad para una mejor comprensión de nuestra propia realidad.

Es bien sabida la dificultad de Demóstenes para expresarse en público, siendo famosa y repetida la probable anécdota de adquirir elocuencia ejercitándose con piedras en la boca. López Eire no vacila en reconocer que no improvisaba sus discursos y que le asustaba el alboroto de la Asamblea y de sus enemigos, agregando que “un cuerpo físicamente débil albergaba un espíritu de colosal energía, si bien un punto tímido y vergonzoso”.

Sabemos que Demóstenes, en plena crisis ateniense de las postrimerías de la guerra del Peloponeso —magistralmente expresadas por Tucídides y Aristifanes—, rescata el papel democrático de Atenas ante el avance expansionista de Filipo de Macedonia y el declive de las instituciones de su polis, ya señalados por Isócrates en su Panegírico (ver reseña en P.I. del ) y por Jenofonte en su “ingresos”.

En una primera etapa —a mitades del siglo IV a C.— Demóstenes se alinea en la posición imperialista del navarca Calístrato, dedicado a restaurar la grandeza de Atenas, pero con “cauteloso realismo” (pág. 15).

Con referencia a la ubicación de sus escritos-discursos los tres primeros (Contra Androción - tomo II, págs. 379/in fine) (Contra Timocrates - t. III, pág. 113/220) y (Contra Leptinea - t. II, pág. 163/258) fueron preparados por encargo de la oposición que lideraba entonces Eubulo. Gracias a los mismos, hacia el 355 a C., Demóstenes ya tenía fama propia y al año siguiente —volcado de lleno a la actividad pública— pronunció su “Sobre las sinmorías” (t. I, págs. 301/20) en que, coincidente con el pacifismo del hacendado Eubulo critica la posición ideológica de Isócrates en su “Panegírico”. Dos años más tarde, ya desvinculado del Eubulo y en una posición más activista se lanza a la “política internacional” acentuando los lineamientos marcados por el navarca Calístrato, como se aprecia en “Defensa de los megapolitas” (t. I - págs. 337/52), oponiéndose definitivamente a la posición de Eubulo en “Por la libertad de los rodios” (t. I, p. 321/36), en que se inclina a favor de una expansión ateniense aún coincidente con la geopolítica persa al anticipar brillantemente el peligro que presagiaba Filipo de Macedonia, para la libertad de las póleis griegas.

En su “Contra Aristócrates” (T. III - págs. 7/112) Demóstenes rescata la importancia de la Tracia para los intereses de Atenas.

A partir del 352 a C. la mayor parte de la prédica política de nuestro orador está dirigida contra Filipo de Macedonia, ya sea en su primera Filípica (t. I - págs. 99/120) o más adelante en sus tres Olínticas (t. I - págs. 45/98), en que se opone abiertamente a la política conservadora —y negociadora— de Eubulo y su secuaz Midias, que abofeteado, da lugar a su “Contra Midias” (t. II - págs. 259/377).

La negativa de la Ecleasis ateniense por inclinarse por su política antimacedónica llevó al desastre militar de Olinto y motivó la designación de Demóstenes, conjuntamente con su enemigo Esquines a negociar con Filipo en la conocida paz de Filócrates, que produjo su “Sobre la paz” (t. I - págs. 12/34). En contra de la posición de Isócrates —expuesta en su célebre “A Filipo”— Demóstenes defendía la posición antimacedónica como bien expresa en su II contra Filipo (I - págs. 135/50), a la vez que acusa a sus compañeros de embajada en “Sobre la embajada fraudulenta” (t. II - págs. 7/18) motivando la condena de Filócrates pero la absolución de Esquines.

En el 341 a C. expuso “Sobre los asuntos del Quersoneso” (t. I - págs. 171/204) —violenta diatriba contra el expansionismo macedónico, completada en su III contra Filipo (t. I - págs. 205/32)— “la más apasionante y panhelénica” (pág. 23), aunque no en el sentido de Isócrates.

A partir de ese mismo año inicia sus viajes por toda la Hélade para despertar la conciencia helénica contra el “tirano macedónico” y en su IV contra Filipo (t. I - págs. 233/60)— hoy considerada auténtica por los especialistas— hasta llega a insinuar el apoyo persa para atacarle.

En el 338 a C. la célebre batalla de Querones —que abría las puertas helénicas a Filipo— motivó su “epitafio” (t. III - págs. 281/306) y en el 330 a C. la ocupación macedónica de Elates —en la Hélade central— dio lugar a su brillante —y popularizada— “Sobre la corona” (t. I - págs. 367/520).

Exilado tras el asunto de Harpalo —el tesorero de Alejandro magno— volvió a

abandonar su polis natal en el 323 a. C. durante la llamada “guerra lamíaca” contra el macedonio Antipatro —el amigo de Aristóteles— asilándose en el templo de Poseidón en Calauria, lugar en el que se suicidó ingiriendo veneno al año siguiente. López Eire concluye que “murió —con él— la independencia de Atenas” (pág. 27).

Esta breve ubicación de su obra en el contexto de su vida y actividad política nos permite apreciar la importancia de Demóstenes como testigo y actor de la historia de su ciudad natal en plena decadencia del siglo IV a. C.

Nuestro orador adquirió fama en vida y a poco de morir obtuvo que la ciudad le honrara con una estatua (280). Años más tarde Cicerón le consideró como el más grande orador de todos los tiempos. Casi paralelamente —y especialmente por influencia macedonio-aristotélica— comenzaron a surgir opiniones divergentes y aún hoy quedan admiradores y detractores del orador, del jurista y del político que convivieron en Demóstenes.

Tratándose de una revista jurídica no debemos menospreciar la importancia de sus escritos de derecho, agrupados en sus discursos privados. En el primer volumen se reúnen dieciocho discursos que abarcan temas tan disímiles como éste, tutela, préstamos, desposesión, herencia y otros temas de derecho privado, mientras que el segundo volumen reúne quince discursos que se completan con asuntos de daños, deudas, falso testimonio, apelación y violencia, permitiendo un panorama muy interesante sobre aspectos jurídicos de Atenas.

Esta breve síntesis muestra la relevancia que la obra de Demóstenes —editada en estos cinco cuidados y prolijos volúmenes— tiene para los interesados en distintos aspectos políticos, históricos y jurídicos.

De Diego, Enrique. *La ofensiva neo-liberal*. Barcelona, Ediciones del Drac, 1989, 182 pág.

por Florencio Hubeñak

Un simple acercamiento a la realidad ideológica contemporánea desmentiría la tan mentada “muerte de las ideologías” y permitiría hablar de una “ofensiva neo-liberal”. Precisamente éste es el tema que interesa al autor y que le permite plantear una serie de reflexiones que apunten a una explicación filosófica del liberalismo.

Joaquín Reig —conocido como el “prócer” del liberalismo español— tuvo a su cargo —poco antes de morir— el prólogo de esta amena obrita, de ágil lectura y, al margen de la defensa apologética del trabajo, recuerda que “las ideas sólo pueden ser combatidas por otras ideas” —tema tan criticado y olvidado últimamente en el campo de la política—,

agregando que “nada puede corromper las ideas” (pág. 19). De manera que la lucha de clases o de intereses vuelve a ser una “lucha de ideas”, lo cual de por sí señalaría ya un aspecto positivo de esta “ofensiva”.

De Diego comienza la obra afirmando de entrada que “el liberalismo es hoy la corriente de pensamiento con mayor vitalidad en el mundo. Este hecho es reconocido por sus propios detractores...” (pág. 23) y así se ubica en “la moda” implementada por el norteamericano Fukuyama del “triumfo del liberalismo”. Y más adelante, apologeticamente convencido el autor añade: “El liberalismo es doctrina que busca la verdad y la naturaleza de las cosas, que parte de la racionalización de los hechos y huye del pensamiento utópico” (pág. 23). Y obviamente la mayoría de nosotros al leerla nos remitimos a los conservadores Burke o Tocqueville más que a los liberales Locke o Rousseau, aunque no dejemos de percibir en la misma un tinte iluminista.

El autor prosigue su investigación-defensa afirmando que el resurgimiento del liberalismo tiene tres pilares y menciona a Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek y Karl Popper, aclarando que en ellos el liberalismo abandona su aspecto meramente económico para convertirse en una “auténtica antropología” (pág. 24). Y precisamente aquí radica nuestro disenso con el “optimismo-dieciochesco del autor que agrega “El neo-liberalismo se abre paso por la fuerza de los hechos y por el vigor intrínseco de su pensamiento” (pág. 26).

En el capítulo segundo De Diego sostiene que el tema de la razón puede ser analizado desde tres corrientes diferentes, a las que denomina “racionalismo constructivista”, “nihilismo” y “racionalismo humilde”. Para el autor el primero sería el que nosotros llamamos generalmente “utópico” (identificándolo con el “hombre bueno por naturaleza”), mientras que el segundo condujo al pensamiento “post-moderno” coincidiendo ambos en el intento de realización del “hombre nuevo”. En cambio, el tercero —que identifica con el neo-liberalismo y más exactamente con Popper— reconoce las propias limitaciones de la razón (“principio de falsación” de Popper). Olvidando que este autor prácticamente entierra la metafísica (y kantinariamente a Dios) concluye el capítulo afirmando que “la razón ilimitada engendra monstruos, la razón humilde progreso” (pág. 39).

Al referirse más adelante a la economía de mercado declara que “el capitalismo no es sólo el sistema económico más eficaz, sino que también es éticamente superior a cualquier otra forma de organización social” (pág. 48) como tratará de demostrar —en nuestra opinión sin mucha persuasión— a través de su “promoción de la generosidad (según la versión de Gilder), la satisfacción de las necesidades (sin aclarar si buenas o malas), la conversión del egoísmo en una virtud” (sic). Como era de prever todas estas afirmaciones teóricas se fundamentan en citas de autores neo-liberales y no en ejemplo concretos y realistas que modifiquen su “utopismo” innato.

Más adelante señala el error reconocido del “Estado de bienestar” afirmando que éste crea únicamente las condiciones para la decadencia (claro que el progreso que enuncia parece ser puramente material) y concluye que ha quedado demostrado —y la historia cotidiana de nuestro país parece confirmarlo— que “el Estado de bienestar se vuelve incapaz de moderarse” (pág. 56).

Es mucho más realista su análisis del capítulo V, donde adopta y desarrolla la idea popperiana de la “sacralización de la democracia” como elemento de perversión. En este capítulo, a diferencia de los anteriores, critica al “contrato social” y muchos conceptos tradicionalmente “liberales” acercándose más a una posición “neo-conservadora”. Es de actualidad la cita siguiente: “Nuestras democracias no son gobiernos del pueblo, sino gobiernos de partido” (pág. 67), tema que le da pie para fundamentar la idea de Popper sobre el “nuevo derecho de resistencia” o la derribabilidad de los gobiernos (por la vía democrática).

El capítulo siguiente está dedicado a criticar la “idealización” de los políticos y el mito de que el Estado únicamente sirve al “interés general” —en que confunde el ser con el deber-ser—, olvidando la existencia de otros grupos de poder, como la burocracia (la “nueva clase” s/ James Buchanan). Luego lleva a cabo una importante crítica al positivismo que “elimina el principio de justicia y absolutiza la ley... Se convierte así en una de las ideologías más consistentes” (pág. 85). Corresponde a Hayek la frase que transcribe sobre el tema cuando expone: “Tras la aparente neutralidad científica de los positivistas se esconde un claro principio ideológico: la justicia emana del poder” (pág. 85). Este aspecto le da pie para su crítica al socialismo-democrático español, objetivo del texto diluido en parte en un análisis más general, tema que justifica el interés de la obra más allá de lo coyuntural.

El capítulo VIII le permite incursionar en las recientes teorías de “derechos naturales” de Nozick y Rothbard como “reflejo de la experiencia kantiana de la universalización de los principios morales” (pág. 93). O como decíamos en otra parte la década del ochenta terminó con la victoria de Kant sobre Hegel; es muy probable que la próxima sea el triunfo de Nietzsche sobre Kant y si fuéramos “orwelianos” añadiríamos que tal vez el fin de siglo hasta nos quite la necesidad de pensar.

Nozick —muy difundido en nuestro medio por Mariano Grondona y otros neo-liberales— niega que deban existir leyes que “impongan” “el deber de asistencia”, implicando la “defunción” de la caridad y la restauración del “sagrado egoísmo” del siglo XIX. Evidentemente para él los derechos individuales son absolutos y así “la ética de los derechos naturales no es subjetiva como afirman los teóricos del iusnaturalismo, sino objetiva, como señalan los filósofos neo-liberales” (pág. 96) (sic).

El capítulo IX resulta de gran actualidad para nuestra historia cotidiana en la medida que plantea el tema del Estado control, interrogándose sobre “quién controla a los controladores”, argumento que le da pie para referirse a temas tan conocidos como corrupción, comisiones, fondos públicos, comisiones investigadoras, discrecionalidad, alegando, en la mejor fraseología neo-liberal escuchada actualmente que los límites deben ser intrínsecos al sistema. Así ya la virtud no sería individual sino —en el mejor esquema marxista— la solución está en cambiar al sistema. Sólo faltaría añadir que éste es injusto o está en pecado, para reencontrarnos con una temática ya gastada hace más de dos décadas.

Los capítulos X-XII están dedicados a la crítica a la “tercera vía” criticando las tesis tercermundistas del sueco Gunnar Myrdal, con palabras de Octavio Paz cuando pontificaba que “existen principios universales que producen riqueza y errores universales que provocan miseria” (pág. 122)... No debe extrañarnos que De Diego concluya que “la única

solución para el Tercer Mundo es la libertad política y la libertad económica” (pág. 127), o sea, hacerse liberal.

El capítulo XIII realiza interesantes observaciones —en la línea de Revel— de la identificación —vía Bobbio— de social-democracia con democracia, acusando de antide-mocráticos y fascistas a quienes no concuerden con estas ideas.

El autor, en esta línea de optimismo acelerado, concluye que ha muerto el mito revolucionario de los sesenta (cfr. párrafo anterior) y preanuncia “un siglo creativo y realmente progresista” (pág. 157)... “Precisamente porque no es visionario, sino ilusionadamente realista se puede decir sin jactancia que el siglo XXI será liberal o no será nada” (pág. 164). Nos parece que no resulta nada aventurado señalar, después de la lectura de este ameno y sugerente texto para entender la ideología de nuestro días, afirmar que el autor parece más ilusionado que realista.

Este libro se terminó de  
imprimir en talleres Graficos **CYAN S.R.L.**  
Potosi 4471 Capital Federal TE. 982 - 4426  
en el mes de junio de 1994