

LAS POSTMODERNIDADES

MARÍA JOSÉ AMICARELLI Y JAVIER JUAN ROSADO (*)

“Estoy convencido de que, en el mismo lugar del mundo en que ha surgido el mundo técnico, también se puede preparar un cambio, pero este no se realizará por la asunción del budismo Zen y otras experiencias del mundo oriental. Para esta vuelta del pensamiento se necesita la ayuda de la tradición europea y su nueva inclinación. El pensamiento sólo se puede transformar por otro pensamiento que tenga el mismo origen y destino”¹

1. Las postmodernidades

Dice el Canal Fox que la familia Simpson es un arquetipo de la familia postmoderna ¿Qué han querido decir? ¿Ustedes lo saben? Nosotros no.

Existe una dificultad primordial para acercarse a los autores que están desarrollando el discurso postmoderno. Existe una dificultad mayor aún para comprender a qué alude el Canal Fox cuando recurre al término postmoderno. Vivimos, ciertamente, en un tiempo de cambio y desorientación. Podemos sentir la necesidad de reflexionar sobre ello. El panorama social, político, económico, cultural está sufriendo profundas e importantes modificaciones. Con su reflexión probablemente procuraríamos conocer y describir *qué* es lo que está sucediendo.

El obstáculo esencial al que aludimos, la dificultad para acceder a los planteos de quienes elaboran el o los discursos postmodernos -nos referimos a Vattimo,

(*). Docentes de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UNR.

1. HEIDEGGER, Martín, “Die Frage nach der Technik”, citado por FORMENT, Eduardo, en “Lecciones de Metafísica” Ed. Rialp, 1992 Madrid, pag. 99.

Rorty, Braudillard, Lyotard, entre otros- reside en que sus intenciones no parecen dirigirse a aclarar este enigma de cambios y sucesos, sino más bien a describir y/o proponer un modelo de actitud para vivir este nuevo mundo cultural que está en germen. El estudio de la postmodernidad se transforma en un programa tendiente a proponer modelos de actitud, en definitiva a señalar *cómo* debemos vivir el momento presente.

Aún así, y a pesar de este contraste -que nosotros observamos y que deseamos señalar-, sería posible acudir a sus producciones intentando detectar en ella pistas para decir qué está pasando en el mundo. Quizás por esta vía se consiga una caracterización en una serie de ítems que resumen las peculiaridades del momento. Esta tarea es un lugar común de los analistas y divulgadores, y concluye indicando, en general, un incremento de la irracionalidad, afirmando la idea de fin de la historia, un politeísmo o ausencia de valores, la reafirmación de lo estético, el sincretismo religioso, etc. Este esquema se acompaña, generalmente, de la contracara moderna, que es tipificada como la era de la razón, de la conciencia histórica, la creencia en un proceso indefinido, la reivindicación de la libertad, y una fuerte presencia de ateísmo.

Sin embargo, es necesario realizar una advertencia, esta manera de abordar los autores permite una primera aproximación ofreciendo un conjunto de características exteriores, las que contarán con un alto grado de consenso, y de las que es difícil negar su presencia. Pero con ello erraremos simultáneamente en cuanto a que no podremos alcanzar a comprender lo que significa la postmodernidad como actitud -este esfuerzo de colocación, de relación con el pensamiento y con el mundo-, que es la médula de la propuesta postmoderna. Y por otra parte, tampoco nos aclara el qué de lo que sucede, pues si bien fácilmente es posible constatar la presencia de esos elementos caracterizadores: la indiferencia, la superficialidad, y la pérdida de los valores, todo ello es una suerte de cáscara, o puede servir de cáscara, y obstaculizar el acceso a aquello que está tras ella.

Así nuestra primera presentación del problema, en ella encontramos una especie de “dualidad” en el término “postmoderno” y en el “objeto” -entre comillas- de reflexión. Si no advertimos esta primera dificultad, es posible partir con la esperanza de que los autores post puedan servir como lectura eficiente y que puedan proveer ciertas “llaves” o “claves” para la comprensión de nuestro tiempo. Tales anhelos serán defraudados. Entender a los postmodernos es comprender este esfuerzo de colocación, aventurarse en él. Una aventura que por lo demás procura o produce un distanciamiento con las cosas, un alejamiento del mundo -un extrañamiento para usar la terminología de Vattimo- y con ello una visión desproblematicada y antiinquisidora.

Es necesario hacer especial hincapié en el hecho de que uno de los posibles

motivos que acompañan la indagación por la postmodernidad pueda ser éste de reinterpretar en sentido fuerte (esto de fuerte o débil es bastante difuso y poco claro, pero puede ser bastante útil). Y esta reinterpretación en sentido fuerte es incompatible -a nuestro entender- con la tarea desarrollada por los filósofos de la postmodernidad. ¡A nuestro entender y el de ellos! Seguramente asentirán gustosos.

2. La condición postmoderna

Pero: ¿en qué consiste esta condición? Gianni Vattimo la caracteriza en "La sociedad transparente" como el momento en que se consigue desmitificar la desmitificación, y que aporta como producto final una realidad fabulizada (?). Nos dice: *"el progreso tiene una suerte de naturaleza nostálgica, como nos ha enseñado el clasicismo y romanticismo de los siglos transcurridos. Pero el significado de esta nostalgia se torna manifiesto sólo con la experiencia de la desmitificación llevada hasta el final. Cuando también la desmitificación se descubre como mito, el mito recupera legitimidad, pero sólo en el marco de una experiencia general de la verdad "debilitada". La presencia del mito en nuestra cultura actual no dibuja un movimiento de alternativa o de oposición a la modernización, sino que es, por el contrario, su término consecuente, su punto de llegada, al menos por ahora. El momento de la desmitificación de la desmitificación, por eso, se puede considerar como el momento en que justa y propiamente se pasa de lo moderno a lo posmoderno."*²

Aclarando este punto de llegada indica: *"Nietzsche había mostrado ya que cuando se descubre que también el valor de la verdad es una creencia fundada sobre exigencias vitales, y por lo tanto un "error", no se restauran simplemente los errores precedentes: "continuar soñando sabiendo que se sueña", ... no equivale, ciertamente, ya a un puro y simple soñar. Lo mismo ocurre con la desmitificación: si queremos ser fieles a nuestra experiencia histórica, deberemos hacernos cargo de que una vez desvelada la desmitificación como un mito, nuestra relación con el mito no retorna intacta, sino marcada por esta experiencia. Una teoría de la presencia del mito en la cultura de hoy debe partir de este punto."*³ Y, parafrasenado a Nietzsche, señala: *"el mundo verdadero, al final, se ha convertido en fábula".*⁴

2. VATTIMO, Gianni. "La sociedad transparente", trad. de Teresa Oñate, ed. Paidós. (1990) Barcelona, pag. 131.

3. VATTIMO, G., op. cit, pag. 128.

4. VATTIMO, G., op. cit, pag. 108.

La condición postmoderna es tomar conciencia de la legitimidad del mito y de su debilidad, afirma Vattimo, proposición que difícilmente capte la totalidad del problema, de los motivos, y de los argumentos que procuraron integrarse. Acéptese esta escueta presentación, por favor.

Ahora bien: ¿esta condición, y esta imagen fabulizada de realidad, es apta para orientar y aportar soluciones a los complicados problemas de la coyuntura?

Quienes abracen esta duda verán atenuada esta incapacidad en Jean-François Lyotard, pues al instaurar el *principio de efectividad* como el legitimador de toda acción -y con él, por cierto, una buena herramienta de trabajo- logra ofrecer decididamente una contribución para la acción.

Sin embargo, es preciso realizar dos observaciones. En primer lugar este planteo puede dejar en alguna medida inconciente la mentada actitud propuesta. Un operador social de la efectividad puede tener poco de post, y ser perfectamente efectivo. En segundo lugar, el principio de efectividad si bien nos da un criterio de solución para la acción, sigue dejando inaccesible el problema principal del qué de lo que está pasando.

Cabe señalar, en cuanto a nuestras observaciones, que un postmoderno de cuño lyotardiano contra-objetaría que lo típicamente postmoderno es precisamente “aprender a solucionar sin conocer”. ¿Es esto posible? ¿Es posible hacer una escisión tan profunda entre teoría y práctica? ¿Se mantiene realmente algún hilo conductor que garantice algún tipo de fidelidad a occidente, su pensamiento y su práctica? Recordemos que supuestamente este post es el corolario de la modernidad.

3. Nuestra condición humana

A esta altura de la exposición se hace necesario retornar sobre el modo de tratamiento que hemos dado al tema, y sobre las razones que lo han motivado. En todo momento se ha intentado mantener una separación entre el discurso postmoderno y el panorama cultural concreto, en alguna medida “real” o presente ante y en el hombre. La explicación última de esta actitud es más bien simple, esta interpretación no logra ser, para nosotros, convincente. En consecuencia nos encontramos realizando este esfuerzo por mantener presente ese otro mundo más allá de la teoría postmoderna, y al que deberíamos poder abordar de alguna forma.

Al arribar aquí advertimos el otro conjunto de contraobjecciones del que seremos fácilmente objeto. Al mantener esta escisión quizás no advirtamos que el saber que estamos buscando, en relación a los cambios concretos, podría ser caracteriza-

do como un saber de superficie, y que apelando a los fundamentos últimos de la occidentalidad reclamada, se debería observar que el saber es tanto más verdadero cuanto más profundo. De hecho, el saber que da la verdadera realidad y el saber que existe, es el de lo profundo.

También se podrá objetar, que tampoco advertimos que la reflexión metafísica no se halla desvinculada a todos esos problemas e interrogantes referidos a las novedades tecnológicas, la informática, los medios de comunicación masivos, el incremento de poder, las transformaciones globales, etc. Sino más bien, toda la elaboración ha sido reflexión teórica de estas realidades. El planteo postmoderno se constituye, se afirmaría, como la adecuada interpretación y profundización de estas realidades, y viene a conformar su realidad profunda.

Contra estas indicaciones es posible interrogar: ¿las conclusiones arribadas por los postmodernos tienen verdaderamente “título” de la mentada profundidad?, ¿el modo que tiene Vattimo, o más bien el fundamento de su esperanza puesta en el explosivo desarrollo de los medios de comunicación como posibilitadores del desarrollo de múltiples discursos y promotores por tanto de libertad parece sólida?

Pues, ciertamente, Gianni Vattimo apuesta a una multiplicación creciente de los discursos-interpretaciones de la realidad, y por tanto augura su ablandamiento, y en última instancia su ausencia.

¿Esto es realmente profundo o roza la ingenuidad? ¿El hecho de conformarse con una realidad “sutil”, estilizada, es la quintaesencia de la profundidad, o el paroxismo de la candidez? Todo saber en el fondo es convencerse. ¿Convence la postmodernidad o no convence?

Contra este tiempo escribía Pedro Pablo Pasolini en 1974, poco antes de morir, con estos términos: “*escribo Poder con la ‘P’ mayúscula... sólo porque sinceramente no sé en qué consiste este nuevo Poder, ni quién lo representa. Simplemente sé que existe... es un nuevo poder que es más difícil de definir, pero del cual estoy convencido de que es el más violento y totalitario que haya existido jamás: cambia la naturaleza de la gente, entra en lo más profundo de las conciencias. Es decir, que por debajo de las opciones conscientes, hay una opción forzada, que es común a todos los italianos*”⁵.

5. Citado por SOCCI, Antonio en Revista Esquiú, año XXXI, n° 1594, Nueva Editorial S.A., Buenos Aires.

Así las cosas, contaríamos con un saber profundo que no sería profundo, y con un saber práctico remitido y limitado al principio de efectividad. Así las cosas, contaríamos con dos superficialidades, y con ellas dos deberíamos *hacer frente*, enfrentar el desafío de la existencia.

¿Somos exagerados? ¿Es lícito ofrecer resistencia? ¿Nuestro escepticismo está fundado? ¿Con que contamos en esta empresa? ¿Solamente con advertir, e insistir, en la enorme desproporción que hay entre el problema y su solución? ¿Hay una incapacidad fundamental entre la herramienta y la dificultad? Advertir esta realidad es ya de gran importancia.

¿Cómo se encarrilará la relación de los hombres con este mundo oscurecido? ¿Qué ocurrirá? Probablemente lo mismo que ocurrió en occidente una y otra vez, pero con apariencia del todo diferente. Esto es: se dependerá de unos pocos hombres en quienes la relación con el mundo, su experiencia de mundo, les permitirá superar el manto de oscuridad con que nos hemos rodeado. Pasolini pudo haber sido, a su manera, uno de ellos.

Quizás sea el futuro, el tiempo de las individualidades.

FILOSOFIA DEL DERECHO DE FAMILIA (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

I. Derecho de Familia en general

I') Ideas básicas

1. Aunque la denominación «*familia*» se aplica a realidades muy diversas, sobre todo la cultura de que se trate, consideramos que en general, dentro del marco «occidental», puede hacerse una caracterización según lazos de parentesco o, al menos, conforme a alguna condición vital profunda en común análoga al matrimonio y la filiación, particularmente si existe «con-vivencia» entre los integrantes ¹.

(*) Ideas básicas del trabajo para el Libro Homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa.

(**). Profesor titular y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET, correo electrónico <mciuro@arnet.com.ar>.

1. Pueden v. diversas acepciones del término por ej. en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª ed., Madrid, t. I, 1992, pág. 949. Varios de esos significados indican que en esta presentación oficial no es necesario el parentesco para la constitución de la familia. Es más, la etimología de la palabra sería «conjunto de los esclavos y criados de una persona» (COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», Madrid, Gredos, t. II, 1980, pág. 846). Decía por ejemplo Aristóteles que «La familia en su forma perfecta consta de esclavos y de hombres libres» (ARISTOTELES, «Política», Libro I, cap. 2, en «Obras», trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1415 -1252 a/1253 b). A veces se hace referencia a la relación intersexual y la procreación, quedando entonces quizás fuera la pareja homosexual (puede v. por ej. ZANNONI, Eduardo A., «Derecho Civil». «Derecho de Familia», 3ª. ed., Bs. As., Astrea, t. I, 1998, pág. 3). En cuanto a las distintas acepciones de

A nuestro entender, también la palabra «*Derecho*» es muy multívoca, incluso cuando se trata del objeto de la ciencia jurídica. En este sentido, creemos que la significación más interesante es la que, dentro de la concepción tridimensional del Derecho, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*. Según la propuesta trialista, el

la palabra familia, cabe c. v. gr., MENDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel Hugo, «Derecho de Familia», Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, 1994, págs. 15 y ss.; respecto de las diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica de la familia, ZANNONI, op. cit., págs. 17 y ss.; BELLUSCIO, Augusto César, «Derecho de Familia», Bs. As., Depalma, t. I, 1974, págs. 10 y ss. También, acerca del significado del término y la realidad familiar, v. por ej. «Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana», Madrid, Espasa-Calpe, t. XXIII, «Familia»; SMITH, Raymond T., «Familia-Estructura Comparada» y KIRKPATRICK, Clifford, «Desorganización y disolución», en SILLS, David L. (dir.), «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales», Madrid, Aguilar, vol. 4., 1974, págs. 697 y ss.; «The New Enciclopedia Britannica», 15ª. ed., vol. 7, «Family and Marriage», págs. 155 y ss. y «Family Law», págs. 166 y ss. En el panorama de la Sociología y la Antropología la riqueza significativa se amplía todavía más (cabe c. por ej. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), «Regards sur le droit de la famille dans le monde - Annual survey of family law», París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991; TAKIZAWA, Itsuyo, «Quelques aspects du droit japonais de la famille», en «Revue internationale de droit comparé», año 42, N° 3, págs. 915 y ss.; NDOKO, Nicole Claire, «Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire», en «Revue ...» cit., año 43, N° 1, págs. 87 y ss.; SOW SIDIBE, Amsastou, «L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone», en «Revue ...» cit., año 45, N° 1, págs. 129 y ss.; la diferencia entre derechos que potencian la filiación por la sangre, como Alemania, y los que atienden más a la construcción cultural, como Francia, puede v. por ej. en FRANK, Rainer, «La signification différente attachée à la filiation para le sang en droit allemand et français de la famille», en «Revue ...» cit., año 45, N° 3, págs. 635 y ss.; respecto del espíritu especial del Derecho chino y su referencia a los ancestros, c. por ej. LI, Xiaping, «La civilisation chinoise et son droit», en «Revue ...» cit., año 51, N° 3, esp. págs. 514/5; en cuanto a la bibliografía general, puede v. por ej. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Sociología de la Familia, <http://www.uned.es/webuned/p510/p510b.htm> (29-7-2001)). Respecto del Derecho Comparado en general, es posible c. por ej. DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, «Les grands systèmes de droit contemporains», 10ª. ed., París, Dalloz, 1992; ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, «Introduction to Comparative Law», 3ª. ed., trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon, 1998.

Entre los elementos básicos de la cultura occidental, griego, romano, judeocristiano, germánico e incluso entre nosotros árabe, el más influyente en el Derecho de Familia, superando la diferenciación de los subsistemas «romano-germánico» y del «common law», ha sido el *judeocristiano*, hoy de cierto modo en crisis.

Pueden v. nuestros artículos «Derecho de Familia Comparado», en «Investigación y Docencia», N° 20, págs. 31 y ss.; «Una parte altamente significativa del «Derecho Universal» de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés», en «Investigación...» cit., N° 20, págs. 99 y ss.; «Jusfilosofía del Derecho de Familia en la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 29, págs. 17 y ss.; «Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia», en «Investigación ...» cit., N° 30, págs. 95 y ss. Aunque el régimen de familia suele tener particular resistencia, puede tenerse en cuenta nuestro artículo «Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho», en «Investigación...» cit., N° 20, págs. 107/108.

mundo jurídico debe ser considerado como un conjunto de repartos de lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vida («potencia» e «impotencia») (dimensión sociológica), captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (dimensión axiológica)². Conforme a lo sugerido por el trialismo, el Derecho de Familia puede ser caracterizado en esas tres dimensiones³.

Asimismo es posible c. «Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho de Familia», en «Investigación...» cit., N° 17, págs. 17 y ss.; «Comprensión trialista del Derecho de Familia», en «Investigación...» cit., N° 23, págs. 11 y ss. Además cabe c. «Meditaciones filosóficas jurídicas acerca de la filiación», en «Juris», t. 54, págs. D 21 y ss.; «La filiación extramatrimonial en el Derecho Internacional Privado argentino no convencional», en «Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas», 29/32, págs. 14 y ss.; «Efectos en la República de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero», en «Revista de Derecho Internacional...» cit., 39/40, págs. 5 y ss. (también v. «Quintas Jornadas de Derecho Civil - Ponencias», 2° tomo); «La familia extramatrimonial en el Derecho Internacional Privado», en «Juris», t. 54, págs. D-9 y ss.; «Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado argentino acerca de la validez del matrimonio», en «Revista Española de Derecho Internacional», XXXIII, págs. 573 y ss.; «Nuevo Derecho Internacional Privado matrimonial de fuente interna», en «Juris», t. 80, págs. 364 y ss.; «Jurisdicción internacional en materia matrimonial», en «Investigación...» cit., N° 16, págs. 49 y ss.; «La filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado - La filiación extramatrimonial - Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética», «Investigación...» cit., N° 11, págs. 37 y ss.

Puede v. asimismo, v. gr. LAGOMARSINO, Carlos A. - SALERNO; Marcelo U. (dir.), «Enciclopedia de Derecho de Familia», Bs. As., Universidad, 1991/4; LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., «Derecho de Familia», Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984. También es posible c., en cuanto al matrimonio, VIDAL TAQUINI, Carlos H., «Matrimonio civil», Bs. As., Astrea, 1991.

Acerca de la historia de Occidente pueden v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Es especialmente relevante atender a la *nueva era* de la llamada «postmodernidad». También puede c. por ej. MARGADANT, Guillermo F., «Panorama de la Historia Universal del Derecho», 7° ed., México, Miguel Angel Porrúa, 2000.

2. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Con un criterio que potencia la jerarquía de la justicia como característica del mundo jurídico, Goldschmidt se refiere a la dimensión «dikelógica».

3. Como en toda consideración regional, la partícula «de» contiene una tensión que, en este caso, se produce entre el «derecho» y la «familia».

Respecto de la historia de la Filosofía del Derecho Privado, incluyendo el Derecho de Familia v. por ej. SOLARI, Gioele, «Filosofía del Derecho Privado», trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50. También es posible c. nuestras «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

II') Caracterización trialista del Derecho de Familia

1) El mundo jurídico en general

A) DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

2. En la dimensión sociológica, el Derecho de Familia se ha apoyado de manera tradicional en la referencia a adjudicaciones de potencia e impotencia producidas por la *naturaleza* que, junto a las originadas por las influencias humanas difusas y el azar, constituyen el marco de las *distribuciones*⁴. Decía Savigny que la materia de las relaciones de familia es un lazo natural que, como tal, se ubica en la cima de la humanidad misma (jus naturale) y que por esta razón dichas vinculaciones tenían un carácter de necesidad independiente del derecho positivo, cualquiera fuera la forma bajo la cual aparecieran⁵. Además a veces, sobre todo en relación con el pensamiento cristiano, se asignan a la familia y en especial al matrimonio rasgos sacramentales⁶. Por su parte, la formación de la conciencia sociológica ha vinculado con cier-

4. Acerca de las bases naturales, en sentido amplio, atribuidas a la familia (naturaleza y espíritu) v. por ej. HEGEL, Guillermo Federico, «Filosofía del Derecho», trad. Francisco Messineo, Angélica Mendoza de Montero, 3ª. ed., Bs. As., Claridad. 1944, págs. 156 y ss. (p. 158 y ss.). Asimismo, en cuanto a la remisión a un hecho natural y social básico en el matrimonio, RADBRUCH, Gustavo, «Filosofía del Derecho», Revista de Derecho Privado, 3º. ed., Madrid, 1952, pág. 195. Una clara consideración de la unidad de la filiación en su referencia biológica puede c. v. gr. en MENDEZ COSTA, María Josefa, «La filiación», Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1986, págs. 21 y ss. También v. MENDEZ COSTA-D'ANTONIO, op. cit., t. III, 1996, pág. 11; asimismo MAZZINGHI, Jorge Adolfo, «Derecho de familia», 3ª. ed., t. I, Bs. As., Abaco, 1995, pág. 36.
5. SAVIGNY, F. C., de, «Sistema del Derecho Romano actual», trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. I, 1878, pág. 231 (párrafo LIV)
6. Puede c. Siervas de los Corazones Traspasados de Jesús y María. Los Siete Sacramentos, http://www.corazones.org/sacramentos/a_sacramentos.htm (24-7-2001). Además v. gr. Church Forum, El Derecho Canónico y la Familia, <http://www.nodo50.org/mujeresred/argelia.htm> (25-7-2001). En cuanto a la influencia del cristianismo en la familia puede v. MENDEZ COSTA, «La filiación» cit., pág. 16;
También es significativa la explicación que ha brindado la psicología, por ejemplo, como clave de las estructuras psíquicas. En cuanto a la relación entre la vida psíquica y el marco familiar v. por ej. FREUD, Sigmund, «Introducción al psicoanálisis», trad. Luis López-Ballesteros y de Torres, Madrid, SARPE, t. II, 1984, págs. 88 y ss.

ta frecuencia a la familia con raíces económicas, insertas en el marco de las distribuciones por influencias humanas difusas⁷.

A esta conformación de la familia, referida a fuerzas que exceden a la conducción humana, se agrega, de modo creciente y a menudo contrapuesto, su constitución por *repartos* originados por la *conducta*⁸. La concepción tradicional ubicaba a los repartos familiares sobre todo como reconocimientos o «remedios» de la situación natural, ahora el mundo occidental tiende a pensar a la familia como una realidad más decidida por la conducción de los hombres. Las relaciones de pareja y la «reproducción» son penetradas por la conducción⁹. Aunque la época actual de la «postmodernidad» se desarrolla con «sujetos débiles», se piensa que es su voluntad la que debe primar en la constitución de la familia¹⁰.

7. Cabe recordar ENGELS, Friedrich, «El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado», trad. Ediciones Progreso, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986. En cuanto al conflicto entre la concepción económica de las raíces de la familia y la explicación de Bachofen, v. por ej. Diccionario soviético de filosofía, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1965, págs 37/8, Johann Jakob Bachofen (1815-1887), <http://www.filosofia.org/enc/ros/bachof.htm>. Acerca de la historia de la familia puede v. por ej. MORGAN, Lewis H., «La sociedad primitiva», trad. Luis María Torres y otros, Bs. As., Lautaro, 1946, por ej. págs. 341 y ss.; también, v. gr., REBORA, Juan Carlos, «Instituciones de la Familia», Bs. As., Kraft, t. I, 1945, págs. 61 y ss.; GARCIA BELSUNCE, Carlos A. (coord.), «La Familia. Permanencia y Cambio», Bs. As., Mapfre América, 1994.
8. Incluso se llega a sostener la necesidad de la muerte de la familia en sentido amplio para afirmar la soledad (puede v. por ej. COOPER, David, «La muerte de la familia», trad. Javier Alfaya, Barcelona, Planeta-Agostini, 1986).
9. En cuanto a la procreación natural y «artificial» es posible c. por ej. MAZZINGHI, op. cit., t. 4, 1999, págs. 157 y ss.; Conferencia: Manipulación Genética y Clonación -Stella Maris MARTINEZ, Atilio Aníbal ALTERINI, Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, Gladys J. MACKINSON, Andrés GIL DOMINGUEZ-, <http://margay.fder.uba.ar/centro/juridicas/Juridica10/conferencia.html> (28-7-2001).
10. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «Iusphilosophical Understanding of Postmodernity (A Trialistic Perspective)», en «Rechtstheorie», N° 19, págs. 99/197; «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; «Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la «crisis de la materia»», en «Investigación ...» cit., N° 31 y ss., págs. 51 y ss.; «La postmodernidad, el Derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo», en «Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.R.», N° 13; págs. 79/90; «La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas», en «Investigación ...» cit., N° 31, págs. 39 y ss.; «Derecho y espectáculo en la postmodernidad», en «Revista», Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22/25; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievallidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N°

3. 1. En la *estructura* del reparto, la familia está tradicionalmente basada en fuertes papeles *repartidores*, del padre o de éste y la madre. Sin embargo, siempre es relevante saber, en cada caso, quiénes efectivamente conducen y, en nuestros días, la identificación de los repartidores familiares es menos rígida.

El marco de los *recipiendarios* beneficiados o gravados en la vida familiar se viene reduciendo de modo considerable. Vale recordar que en otras épocas los esclavos, los siervos e incluso los aprendices fueron considerados partes en los repartos familiares.

La perspectiva más característica de la familia es la intensidad del *compromiso vital* de los *objetos* (potencias e impotencias) adjudicados. Al menos hasta ahora, la familia es, de modo destacado, el marco donde se ha desplegado la vida sexual, se ha generado la existencia y se le han dado sus orientaciones básicas. Incluso era, también, el ámbito en el que habitualmente se moría. La amplitud de lo repartido en el espacio familiar abarca múltiples cuestiones, *personales y relativas a bienes*, con una creciente atención dirigida a estas últimas¹¹.

- 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, «Postmodernidad y Derecho», Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, «Contra el Postmodernismo», trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - Kellner, Douglas, «Postmodern Theory - Critical Interrogations», Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., «Technology Time and the Conversations of Modernity», Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, «Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History», Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr. HABEL, Marc, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, «El hombre light», 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., «Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada», trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, «El hombre unidimensional», trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, en relación con una discutible interpretación de la historia actual, cabe v. por ej. FUKUYAMA, Francis, «The End of History and the Last Man», Nueva York, Avon Books, 1993.
11. La apreciación de la reducción y modificación de los objetos de los repartos familiares ayuda a advertir las grandes «transustanciaciones» que se producen en la institución (Denominamos «transustanciación» al cambio de las potencias e impotencias adjudicadas, puede v. nuestro «Derecho y Política» cit., pág. 52).
- En cuanto al a menudo conflictivo régimen de bienes en el matrimonio, es posible v. por ej. MENDEZ COSTA, María Josefa, «Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal», Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998.

En cuanto a las *formas*, o sea los caminos previos elegidos para llegar a los repartos, la *audiencia*, que permite el proceso (en lugar de la mera imposición) y la negociación (en vez de la mera adhesión), se hace especialmente fácil o difícil en el ámbito familiar, sea por la sensibilidad de los protagonistas de la familia normal o por la animadversión que suelen desenvolverse en la familia en crisis. Los balbuceos del niño y del enfermo son con frecuencia más comprendidos en el espacio familiar.

En relación con las *razones* del reparto la familia es, en condiciones normales, un ámbito donde el discurso se hace menos necesario, un marco de razones implícitas más que alegadas. De todos modos, cuando se necesita la fundamentación, por ejemplo en las sentencias, las «razones familiares» son distintas de las meramente económicas.

3. 2. Desde el punto de vista del *origen* de los repartos familiares, vale atender a la dificultad del reconocimiento de los casos, provocada por su amplia complejidad, y las particularidades que suelen tener las posibilidades de efectivización de las decisiones.

El contrato y los derechos reales pretenden ser más el reino de lo simple, la familia es un espacio muy complejo. Lo que se hace en la familia suele ser más fácil o más difícil que en los contratos y los derechos reales.

A medida que avanza la crisis de la familia se hace más difícil saber y hacer.

4. Los repartos pueden producirse por imposición o por acuerdo. En el primer caso, se los denomina «autoritarios» y realizan el valor poder; en el segundo se los llama «autónomos» y satisfacen el valor cooperación. La familia tradicional ha sido un marco donde se han combinado repartos *autónomos* con un importante ejercicio de la *autoridad*. No es sin motivo que se ha hecho referencia a la «potestad» marital y paterna. Sin embargo, en nuestros días crece el despliegue de la *autonomía*, no sólo en el desenvolvimiento sino en la propia constitución de la familia.

5. Los repartos se presentan en situaciones de *orden*, formando regímenes, o en condiciones de desorden, con el desenvolvimiento de la anarquía. El orden de los repartos puede constituirse por el plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y por ejemplaridad, que se desenvuelve según el esquema modelo y seguimiento en base a la razonabilidad y realiza el valor solidaridad. La ejemplaridad desarrollada a ritmo lento constituye la costumbre.

La familia es tradicionalmente un pequeño régimen, con su plan y su ejempla-

ridad, pero a su vez viene siendo regulada por firmes pautas del *plan gubernamental* que han pretendido contar con una sólida base de *ejemplaridad* consuetudinaria. La institución familiar ha sido durante largo tiempo una de las grandes transmisoras de la razonabilidad social¹². Los días actuales evidencian una disminución de la rigidez de la fuerza de los planes, dentro de la familia y en el régimen, con una mayor dependencia de una ejemplaridad en fuerte transformación. Por el momento, parece haber un debilitamiento del orden familiar; desde la óptica clásica podría decirse que hay cierta «*anarquía*» dentro de la familia y respecto de ella.

Si se piensa que entre las vicisitudes del orden de repartos está el cambio de supremos repartidores y de criterios supremos de reparto, que constituye la revolución, se comprende que en nuestros días está ocurriendo una gran *revolución* familiar. Las *nuevas realidades económicas*, que no incluyen a la familia en las funciones de producción, y distribución e incluso la apartan del consumo cotidiano, ubicando a sus miembros en lugares distintos que absorben gran parte de sus vidas, según lo requiere el capitalismo, contribuyen a ese cambio. Cada vez más son importantes las *posibilidades tecnológicas*, sobre todo en cuanto a la procreación asistida en sentido amplio, que van radicalizando esa impactante transformación¹³. La familia tradicional va dejando de ser «productora de hijos».

Aunque no se evidencie de manera macroscópica, sino relativamente microscópica, el mundo familiar vive una enorme tensión.

6. Los repartos y los modos constitutivos del orden pueden encontrarse con límites necesarios, originados por la «naturaleza de las cosas». Durante mucho tiempo, pese a las reducciones crecientes de su papel económico, se ha considerado que la familia respondía a *límites* físicos y psíquicos que se atribuían a la naturaleza. En la actualidad, por obstáculos no sólo psíquicos sino económicos y políticos, esas fronteras se han debilitado y, por el contrario, quedan limitadas las respuestas familiares tradicionales.

12. Cabe c. en relación con el tema por ej. IBÁÑEZ PASCUAL, Marta, «Recursos de mercado y familia de origen, en el proceso de inserción laboral», en «Revista Internacional de Sociología», 24 (1999): 7-26, <http://www.iesam.csic.es/revista/ris24.htm#m1> (24-7-2001); Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación la Ciencia y la Cultura, Centro de Referencia Latinoamericano para la Educación Preescolar, La familia en el proceso educativo, <http://www.oeci.org.co/celep/celep6.htm> (24-7-2001)..

13. Una presentación de tendencias al respecto puede v. en ANDORNO, Roberto, «Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?», en «Revue ...» cit., año 46, N° 1, págs. 141 y ss.

Marx y Engels denunciaban, ya en 1848: «La burguesía ha desgarrado el velo de emocionante sentimentalismo que encubría las relaciones familiares, y las ha reducido a simples relaciones de dinero.»¹⁴ Desde el campo jusfilosófico, decía Radbruch que «El capitalismo hizo saltar en añicos a la comunidad de producción de la casa, la granja y la familia.»¹⁵ Agregaba que grupos sociológicos de mayor potencia, las nuevas unidades económicas, las empresas, arrancaron a los individuos de la familia para convertirlos en miembros de esas otras unidades¹⁶.

Según ya hemos señalado, el sistema capitalista «ubica» a los bienes y a las personas (de cierto modo convertidas en «bienes») en los lugares en que él las necesita. Sitúa a las personas donde puedan servir o al menos no perturbar el proceso de producción, distribución y consumo. Por eso, impulsa a la familia a identificarse con cierto consumo y coloca a los progenitores activos en sus lugares de trabajo (hasta ahora muchas veces fuera de las casas) y a los niños y los ancianos en «guarderías». En la guardería se consume, o al menos no se molesta a la economía. Para quienes no tienen lugar en el sistema económico, que tiende a la globalización pero también a la marginación, están la calle o la cárcel. Un lugar «alternativo» suelen ser las instituciones «educativas».

La *separación* y el *divorcio*, cuya presencia suele incrementarse en los sistemas jurídicos occidentales, son muestras de diversos grados de reconocimiento de los límites¹⁷. Una senda en la que la respuesta familiar intenta superar las vallas que se han opuesto a su realización, es la *tutela*, otra la *adopción*¹⁸. Las dificultades en el uso de la coacción en la familia suelen derivar en el empleo de las astreintes¹⁹.

14. MARX, Karl - ENGELS, Federico, «Manifiesto del Partido Comunista», en MARX, Karl, «El Manifiesto Comunista y otros ensayos», trad. cedida por Ediciones Progreso, Madrid, SARPE, 1985, pág. 31.

15. RADBRUCH, op. cit., pág. 196.

16. Íd., págs. 196 y ss.

17. Es posible v. por ej. MEULDERS-KLEIN, M.-T., «La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale», en «Revue ...» cit., año 41, N° 1, págs. 7 y ss.

18. En relación con la tutela cabe recordar, v. gr., MARTINEZ, Víctor H., «La tutela en el Derecho Civil argentino», Bs. As., Depalma, 1959; respecto de la adopción pueden v. por ej. BRIBOSIA, Hervé, «Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales», en «Revue ...» cit., año 45, N° 4, págs. 795 y ss.; D'ANTONIO, Daniel Hugo, «Régimen legal de la adopción», Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1997; LLOVERAS, Nora, «La adopción», Bs. As., Depalma, 1994; DUTTO, Ricardo J., «Comentarios a la ley de adopción N° 24.779», Rosario, Fas, 1997; LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., «La legitimación adoptiva», Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

19. Es posible c. por ej. BREBBIA, Roberto H., «Instituciones de Derecho Civil», Rosario, Juris, t. I, 1997, págs. 237 y ss.

Tratándose de cuestiones a menudo «*vitales*», los repartos familiares pueden encontrar fuertes resistencias y siempre existe una tendencia a que los interesados se replanteen sus propios repartos. Con frecuencia no es fácil que la gente quede apegada a lo que proyecta cuando la familia está en crisis.

En general, la actual «cultura del espectáculo» excluye el compromiso profundo de la vida familiar tradicional²⁰.

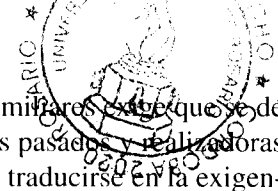
B) DIMENSIÓN NORMOLÓGICA

7. En el Derecho de Familia tradicional la descripción y la integración de las captaciones normativas es relativamente fácil; en la actualidad esas funciones son más difíciles. En el modelo de familia tradicional, la *fidelidad*, que se obtiene cuando las normas expresan con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, la *exactitud*, que se realiza si esa voluntad se cumple, e incluso la *adecuación*, lograda cuando los conceptos empleados responden a los fines de los autores y a las necesidades sociales, se consiguen por la honda lealtad de los partícipes de la vida familiar. Hoy, ante la tensión y el cambio, esas calidades son mucho más difíciles.

8. La consistencia familiar suele motivar que en las *características negativas* de los *antecedentes* de las normas (captaciones de los sectores a reglamentar) haya un fuerte rechazo del *fraude a la ley* y en las *características negativas* de sus *consecuencias jurídicas* (captaciones de las reglamentaciones) pueda existir una reserva de que todo lo dispuesto no afecte el «orden familiar». Sin embargo, el debilitamiento de la institución tiende a que el rechazo del fraude a la ley y la reserva del orden familiar pierdan intensidad.

9. La fuerza del compromiso familiar tiende a menudo a buscar *normas generales* (referidas a sectores sociales futuros y realizadoras del valor predecibilidad) para dar más solidez a las respuestas, pero a su vez desborda los límites de la normatividad en el sentido que no se requiere una tipicidad intensa, como la del Derecho Penal o el Derecho Tributario liberales. El compromiso familiar suple, al fin, la falta de normas predefinidas.

20. Puede v., por ej., nuestro artículo «Derecho y espectáculo en la postmodernidad», en «Revista», Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22/25.



Asimismo, la enorme complejidad de los problemas familiares hace que se dé un amplio juego a las *normas individuales* (referidas a casos pasados y realizadores del valor inmediatez). Esta búsqueda de la inmediatez suele traducirse en la exigencia de tribunales de juicio oral, colegiados y de instancia única.

La familia tradicional tenía más normas «prohibitivas», en la actualidad avanzan las «permisivas».

10. En el campo de las fuentes formales, y en correspondencia con los rasgos familiares ya señalados, suelen tener un importante papel las expresiones de autoridad y generalidad *constitucionales y legales*, aunque también es relevante el rol de las *sentencias*. Las grandes transformaciones mundiales, con el desenvolvimiento planetario del capitalismo y la globalización/marginación, promueven el incremento del papel de los *tratados internacionales* e incluso de los *contratos*²¹. Las relaciones de pareja tienen particularidades que reducen las posibilidades de la internacionalización de las fuentes; pero en cambio la filiación y sus consecuencias motivan frecuentes acuerdos de ese tipo.

11. Para que los repartos proyectados que se captan en las normas lleguen a ser repartos realizados, es necesario que las normas funcionen. La eticidad de la institución familiar hace que el *funcionamiento* de las normas sea mayoritariamente *conjatural*. No es fácil que se recurra al funcionamiento real y de cierto modo mucho se supone, pero cuando se llega a él suele hacerse muy tenso.

La riqueza problemática y los cambios que se van sucediendo en la familia pueden provocar *tensiones interpretativas* entre la intención de los autores de las normas y sus fines, exigir que haya normatividades *indeterminadas*, provocar la producción de *carencias axiológicas* por la injusticia de las normas y conflictuar la subsunción de los casos en las normas y la *efectivización* de las consecuencias jurídicas²².

También es relevante reconocer, en las especificidades de la *argumentación* familiar, la orientación a valores propios del sector. Es diverso, por ejemplo, el «discurso familiar» del «discurso comercial». En el ámbito familiar la tarea de *síntesis*, que es necesaria cuando distintas normas confluyen en un caso en el que no pueden

21. Es posible c. nuestro estudio «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación ...» cit., N° 26, págs. 20 y ss.

22. Sobre todo en cuanto a la determinación, v. por ej. REVERTE NAVARRO, Antonio, «Intervención judicial en las situaciones familiares», Universidad de Murcia, 1980.

realizarse, resulta particularmente fácil, por el amor normal entre todos los integrantes del grupo, o especialmente difícil, cuando surgen los conflictos (así sucede, por ejemplo, en los «regímenes de visita»).

A nuestro parecer, la más importante línea de tensión de todo el Derecho actual es la enorme *carencia normativa* que se está produciendo por los grandes cambios en el ámbito familiar. Ahora más que nunca, es relevante saber en qué medida se buscará dar remedio a las carencias de normas familiares con criterios ya consagrados, vía *autointegración* dentro o fuera del subordenamiento familiar, o con criterios nuevos, por *heterointegración*. Como la integración se desenvuelve por recurso a la analogía o a los principios generales del derecho, importa decidir cuál es el grado de especialidad del Derecho de Familia al respecto²³. La referencia sociológico-antropológica permite superar los alcances de la normatividad existente²⁴.

12. Los conceptos del Derecho de Familia tienen considerable especialidad y una gran *carga ideológica* que los hace fuertemente *institucionales*²⁵. Cuando la institución es muy fuerte, se llega a considerar a la familia como persona.

Los milenarios conceptos de matrimonio y sobre todo de padre, madre, hijo, etc. poseen vinculaciones con lo más profundo de la personalidad humana²⁶. Mu-

23. Acerca del uso diversificado de los principios, en especial en los distintos sistemas jurídicos, v. por ej. ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch, esp. 183 y ss.

24. Esas posibilidades son muy significativas, por ejemplo, para el tratamiento del concubinato, las nuevas posibilidades reproductivas, etc. (v. en relación con estos temas por ej. BOSSERT, Gustavo A., «Régimen jurídico del concubinato», 4ª. ed., Bs. As., Astrea, 1997; BORGONOVO, Oscar A., «El concubinato en la legislación y la jurisprudencia», Bs. As., Hammurabi, 1987; LOYARTE, Dolores - ROTONDA, Adriana E., «Procreación Humana Artificial: un desafío bioético», Bs. As., Depalma, 1995).

25. En cuanto a la institucionalidad de la familia, v. por ej. MENDEZ COSTA-D'ANTONIO, op. cit., págs. 21 y ss.

26. A mero título de ejemplo, cabe recordar la presencia de las palabras «padre» y «madre» en los orígenes de nuestro idioma (puede c. COROMINAS con la colaboración de PASCUAL, op. cit., t. IV, 1ª. reimp., 1985, págs. 335 y ss.; t. III, 1980, págs. 754/5).

La familia está presente en los más hondos y significativos contenidos míticos y religiosos de muy distintas culturas (v. por ej. KÖNIG, Franz Dr. -dir.-, «Cristo y las Religiones de la Tierra», trad. Ramón Valdés del Toro, 2ª. ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1968/70). En nuestros días, es particularmente interesante advertir en la clonación cierto cumplimiento del poder de la mente y la técnica que dio nacimiento a Atenea de la cabeza de Zeus (aunque el mito tiene diferentes versiones, v. por ej. OTTO, Walter F., «Los dioses de Grecia», trad. Rodolfo Berge - Adolfo Murguía Zuriarrain, 2ª. ed., Bs. As., Eudeba, 1976, págs. 26/7).

chos derechos del ámbito familiar son «*absolutos*» (por ej. los de la patria potestad). No es sin motivo que además de los conceptos de derechos y deberes se utiliza con amplitud la noción de *estado*²⁷.

Dada la larga duración y la complejidad de las relaciones familiares, sus conceptos suelen realizar la «grande coupure» (o corte objetivo) diferenciando la validez o existencia de las relaciones y sus efectos. Incluso se distinguen los efectos personales y los relativos a bienes²⁸.

Un elemento conceptualizador importante en la vida familiar es el *nombre*, no sólo en cuanto al apellido común a la familia, sino por la imposición del nombre «de pila»²⁹.

Sin embargo, todos esos conceptos y la propia referencia al estado se hallan ahora, en diversos grados, sometidos a un enorme cambio histórico. La institucionalidad familiar cede ante la negociabilidad, que admite que los conceptos surjan de lo dispuesto por las partes.

13. La gran crisis que vive la familia en nuestros días provoca ciertas tensiones en cuanto a la *fidelidad* del ordenamiento normativo, o sea el acuerdo con la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La expansión del sistema económico ha atenuado las resistencias al nuevo modelo de familia más individualista en el ámbito globalizado y en sus espacios de influencia, pero no resulta clara la posición de los diversos sectores de la comunidad respecto de las cuestiones más novedosas en cuanto a las relaciones de pareja y la reproducción.

27. V. MENDEZ COSTA-D'ANTONIO, op. cit., por ej. pág. 41. Puede c. asthismov y dr. BELLUSCIO, op. cit., págs. 43 y ss.

28. En su tiempo, decía Ahrens que en la esencia íntima del matrimonio se hallaban en sus fases, relaciones y fines de la vida (AHRENS, Enrique, «Enciclopedia Jurídica», trad. Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. de Linares, Madrid, Suárez, t. III, 1880, pág. 266).

29. Es posible v. nuestros artículos «El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el Derecho Internacional Privado», en «Revista del Colegio de Abogados», Rosario, Nº 12, 2a. época, págs. 117 y ss.; «Reflexiones sobre el Nombre de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado», en «Anuario Argentino de Derecho Internacional», Nº IX, págs. 45/49.

30. Vale recordar que filósofos de la talla de Kant han llegado a decir, todavía, que el uso de los órganos sexuales de otra persona «contra naturaleza» («crimina carnis contra naturam») es parte de los vicios llamados también sin nombre y no pueden justificarse, como lesión de la humanidad en nuestra propia persona, por ninguna restricción o excepción contra la reprobación universal; el comercio sexual natural fuera del matrimonio lo consideraba según la naturaleza animal pura (v. KANT, «Principios metafísicos del derecho», trad. G. Lizarraga, Madrid, Suárez, 1873, pág. 112).



14. 1. Es relevante reconocer el grado de *autonomía* que posea el subordenamiento normativo familiar en cuanto a las vinculaciones verticales y horizontales de contenido, realizadoras de los valores filiación y concordancia, e incluso respecto de las relaciones verticales y horizontales de producción, en las que se satisfacen los valores subordinación e infalibilidad. Al fin, es significativo saber cuál es la *coherencia* que guarda el subordenamiento familiar con el resto del ordenamiento. En general, ahora la contractualización del Derecho en su conjunto tiende a debilitar la autonomía del subordenamiento familiar.

14. 2. Un tema de gran interés es el de las *relaciones* de las *respuestas familiares* con otras respuestas jurídicas³¹. Dentro del ámbito familiar, la defensa del matrimonio ha sido una de las múltiples causas por las que la sociedad se ha afirmado reprimiendo la vida sexual en sus resultados y dominando a la filiación. Sin embargo, en otro sentido, la filiación ha proyectado su influencia en la relación de pareja, pro-

Una expresión del debate acerca de la posibilidad de guarda de niños por homosexuales v. por ej. FRASER, I. H. - FISH, T. A. - MACKENZIE, T. M., «Reactions to Child Custody Decisions Involving Homosexual and Heterosexual Parents», en «Canadian Journal of Behavioural Science», 1995, 27, págs. 52/63.

Dentro de las diversidades culturales que caracterizan a distintos tipos de familia, es relevante para determinar la fidelidad del ordenamiento en países como la Argentina y en general los de América Ibérica, reconocer la existencia de dos grandes sectores culturales con distintas concepciones respecto de la vida en general y familiar. Uno de tales sectores es el «*hispanico tradicional*», acrecentado en ciertos casos, como el nuestro, por la presencia italiana meridional, que es más comunitarista, paternalista y católico de referencia medieval. Otro es el «*anglofrancesado*», nutrido también por la influencia norteamericana, que es más individualista y abstencionista y de modo generalmente oculto resulta más afín al calvinismo. El sector hispanico tradicional tiene una idea de la familia más natural, de autoridad e internamente planificada; el anglofrancesado la concibe de manera más dependiente de la conducción, más autónoma y abierta a la razonabilidad que se refiere a los «países centrales» (Es posible v. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993).

Aunque durante mucho tiempo el sector hispanico tradicional, con el apoyo o al menos la aceptación de ciertos sectores anglofrancesados, logró que en la Argentina imperara, al menos en las leyes, una respuesta que le era afín, hoy la familia más individualista pretendida por el sector anglofrancesado se impone por el avance de las influencias externas, en gran medida afirmadas en el proceso de globalización/marginación.

Si la familia del sector hispanico tradicional no se institucionaliza o es anárquica suele responder a razones de no pertenencia al régimen estatalizado; cuando el sector anglofrancesado hace lo propio es a menudo como resultado de ideologías individualistas o por razones económicas.

31. Es posible v. nuestros «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 59 y ss.

moviendo el principio «favor matrimonii», que hoy va perdiendo protagonismo en aras del favor a la filiación. Son impactantes las expresiones del «desplazamiento» de la relación de pareja, con «plusmodelación» hacia relaciones antes no admitidas (v. gr. parejas homosexuales) y «minusmodelación» en el tiempo. A su vez, la familia viene dominando, en diferentes épocas y en diversos grados, a la sucesión e incluso a los derechos reales y obligacionales, por ejemplo, en la legítima forzosa, las «vinculaciones» y el beneficio de competencia.

También existe cierta dominación de la familia sobre la previsión social. En países como la Argentina, la resistencia contra la indisolubilidad del matrimonio se manifestó en la creciente «independencia» de la previsión social, incluso con caracteres de «vaciamiento» de la familia³². El vaciamiento de la respuesta del matrimonio indisoluble entre vivos contribuyó a su derrumbe.

Cabe recordar que a veces, como ha sucedido en las monarquías hereditarias, se requiere de la familia un servicio que tiende a desintegrarla. Las «familias» reales eran enclaves de la legitimidad del régimen, pero a su vez iban dejando de ser familias en el sentido más «normal» y fecundo del término.

Otra línea de vinculación entre respuestas familiares que llega a ser tensa es la que se produce entre la filiación biológica y la adopción, v. gr., en la «adopción legitimante» y la «legitimación adoptiva».

15. Todo subordenamiento normativo, en este caso el del Derecho de Familia, está sometido al interrogante acerca de su *autosuficiencia* para resolver las lagunas que se presenten y brindar incluso la posibilidad de un subsistema propio, al fin con la viabilidad de una codificación específica. En la Argentina se ha discutido mucho al respecto, v. gr. en cuanto a la particularidad de las nulidades familiares. Parece que, pese a la tendencia postmoderna a elaborar subsistemas, la orientación cultural lleva al debilitamiento de la particularidad del «espíritu» del subordenamiento familiar³³.

32. Acerca de la dinámica de las respuestas v. «Aportes ...» *cit.*, págs. 51 y ss.

Una muestra de que se trata de un vaciamiento del matrimonio y no de una nueva conciencia previsional es la relativa facilidad en la admisión de la pareja de hecho en comparación con la dificultad para aceptar la filiación fáctica.

33. Puede v. el debate en Argelia en *Mujeres en Red*, <http://www.nodo50.org/mujeresred/argelia.htm> (25-7-2001).

Cabe recordar, por ej., IRTI. Natalino, «L'età della decodificazione», Giuffrè, 1979. Asimismo vale c. v. gr. NICOLAU, Noemí Lidia, «La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado», en «Trabajos del Centro», N° 2, págs. 79 y ss.

C) DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

16. Aunque sea sobre bases construidas por pacto, es notorio que la mayoría de los juristas está interesada en desarrollar una dimensión jurídica de referencia a los valores, en la cual es posible un desenvolvimiento científico. Es posible apreciar así un complejo axiológico en el que ocupa un lugar predominante la justicia. En las distintas áreas del mundo jurídico, la *justicia* guarda relaciones especiales con diferentes valores, por ejemplo, en el marco comercial se vincula con particular intensidad con la utilidad. En el espacio familiar esa relación se produce de modo especial con el valor *amor*. Incluso es importante tener en cuenta, al respecto, las relativas «declinaciones» de la *asistencia*, la *fidelidad* y la *lealtad* y, de cierto modo, el resguardo del ámbito de la familia a través del *decoro*. Sin embargo, la *utilidad* en la satisfacción de las necesidades ha tenido y todavía posee cierta relación con la familia como realidad económica, y su consideración se va incrementando como criterio de solución de los problemas familiares. A medida que la familia tradicional es menos útil, se exige más que las soluciones familiares brinden utilidad. Una importante línea de tensión de la realidad familiar de hoy es la que se desarrolla entre amor y utilidad.

La significación destacada de esa tríada de los valores justicia, amor y utilidad, que tanto contribuye a caracterizar a la familia en la actualidad, no excluye que en nuestro ámbito se hayan realizado e incluso hoy se satisfagan otros valores, como la *salud* o la *santidad*.

La familia posee además ciertas afinidades especiales con la *belleza* artística. Sería posible afirmar que existe una belleza particular relacionada con la presencia o la falta de familia.

En un período de crisis como el presente, es importante tener en cuenta que los valores pueden vincularse en relaciones legítimas de coadyuvancia y en condiciones de oposición que, cuando son ilegítimas, son de secuestro del lugar de un valor por otro. En nuestro caso, es relevante que en la familia haya *coadyuvancia* entre la justicia, el amor y la utilidad y que ésta no secuestre, como ocurre con frecuencia, el material estimativo de la justicia y el amor.

17. En cuanto a los caminos para el pensamiento de la justicia, denominados clases de justicia, la familia tradicional se relaciona de modo especial con la justicia *extraconsensual*, con *consideración* («acepción») de *personas* (no de meros papeles aislados), *asimétrica* (de difícil comparación de las potencias e impotencias, por no intervenir el común denominador monetario), *espontánea* (sin «contraprestación»),

partial (originada en parte de la sociedad), *sectorial* (dirigida a una parte de la sociedad) y *de participación*.

Si bien en la familia clásica existe cierto principio de reciprocidad de los deberes, es claro que, en correspondencia con la justicia espontánea, el cumplimiento de la reciprocidad no es a menudo una condición para que los deberes existan. Una cuestión discutida es el grado de proximidad con la justicia particular, cuyas exigencias caracterizan al fin al Derecho Privado, o con la justicia general, cuyos requerimientos identifican en última instancia al Derecho Público. Aunque se ha afirmado la cercanía del Derecho de Familia con el Derecho Público, creemos que, si se considera la caracterización última que acabamos de señalar, se trata al fin de un área individualizable por el bien de los *particulares*, es decir, de *Derecho Privado*³⁴. Al indicar el lugar de la familia en el sistema del Derecho Privado, Savigny la vinculaba con el «yo» hecho más extenso y señalaba una multitud de acciones recíprocas entre el Derecho de Familia, el Derecho de las Cosas y el Derecho de las Obligaciones³⁵.

Aunque la familia es sólo parte de la sociedad y sus decisiones son sectoriales, resulta relevante entender que también requiere consideraciones de justicia *gubernamental* (originada en el todo) e *integral* (referida a todos). La importancia del fenómeno familiar reclama una *estrategia* no sólo de la familia, sino también desde el gobierno y en atención de toda la sociedad³⁶.

La relación paterno-filial es, en gran medida, un espacio para la justicia «*de llegada*», superadora de la «*de partida*»³⁷. Todo el ámbito familiar suele requerir soluciones de *equidad*³⁸.

34. Respecto de la aproximación del Derecho de Familia al Derecho Público puede v. por ej. CICU, Antonio, «El Derecho de Familia», trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947, págs. 30 y ss. Ahrens se refería a los aspectos público y privado del matrimonio (AHRENS, op. cit., págs. 267 y ss.). Acerca del carácter privatista del Derecho de Familia, c. v. gr., BORDA, Guillermo A., «Tratado de Derecho Civil. Familia», Bs. As., Perrot, t. I, 1984, págs. 7 y ss.; MENDEZ COSTA-D'ANTONIO, op. cit., págs. 24 y ss.; asimismo, con la firme puntualización de la pertenencia al Derecho Civil, MAZZINGHI, op. cit., págs. 37 y 38/9.

35. SAVIGNY, op. cit., págs. 230/1 (párrafo LIII).

36. Cabe v. por ej. nuestro trabajo «Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia», en «Investigación ...» cit., N° 33, págs. 9/17.

37. Es posible v. nuestro artículo «Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)», en «El Derecho», t. 123, págs. 715 y ss.

38. Cabe c. nuestro estudio «Comprensión jusfilosófica de la equidad», en «El Derecho», t. 155, págs. 685 y ss.

Varias de las referencias que acabamos de efectuar se modifican, sin embargo, en nuestros días, con una aproximación del pensamiento familiar al de los contratos, es decir, con el avance de la justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica, conmutativa (con «contraprestación»), sectorial y de aislamiento y una más fija atención a la justicia «de partida».

18. Entre los tres despliegues de la justicia como valor, valencia, valoración y orientación mediante criterios generales, la familia suele ser un bastión de la preservación de los *criterios generales orientadores*, pero la alta estima entre sus integrantes puede contribuir al desarrollo superador de las *valoraciones completas* de los casos. En la actualidad se vive una gran *crisis* de los criterios generales familiares.

El pensamiento de la justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y considera el complejo personal, temporal y real. Por eso se indica que se trata de una categoría «pantónoma» (pan=todo ; nomos=ley que gobierna). Como esa totalidad nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, es necesario fraccionarla cuando no es posible saber o hacer más, y los cortes producen seguridad jurídica.

La familia tiende tradicionalmente a prescindir de las vicisitudes del tiempo, por ejemplo, vinculando a las distintas *generaciones*³⁹. De aquí la seguridad que brinda respecto de esos sucesos. El divorcio vincular es un desfraccionamiento de las influencias del porvenir, por eso en cierto sentido produce «inseguridad». En el especial lazo de la profundidad de la vida familiar con el tiempo encuentra en parte explicación la relativa tensión respecto de la *cosa juzgada* familiar⁴⁰. Una época como la actual, de radicalización del presente, no puede sino producir grandes cambios en una institución como la familia clásica, tan vinculada a la referencia al pasado y al porvenir.

Las diversas nociones de familia evidencian distintas maneras de construir el *complejo personal*. Decía Savigny que «De las tres grandes relaciones de derecho

39. En cuanto a la cooperación intergeneracional en la familia, v. por ej. HEATH, Joseph, «Intergenerational Cooperation and Distributive Justice», en «Canadian Journal of Philosophy», vol. 27, N° 3, págs. 361/76; FOX, Susan - GILES, Howard, «Accommodating intergenerational contact», en «Journal of Aging Studies», vol. 7, N° 4, págs. 423/51, DEMSETZ, Harold - KOTLIKOFF, Laurence J. - BOHN, Henning - THOMPSON, Earl - SAMWICK, Andrew, «Welfare Across the Generations», en «Contemporary Economic Policy», vol. XIV, 1996, págs. 1/21.

40. En relación con el tema, y en especial acerca del valor absoluto o relativo de la cosa juzgada familiar, cabe c. por ej. CRESPI, Jorge Edgardo, «La cosa juzgada en el Derecho de Familia», Bs. As., Depalma, 1980, esp. págs. 35 y ss.

referentes á la familia, la menos precisa es el parentesco, que es susceptible de una série indefinida de grados, en donde concluye por perderse.»⁴¹ A medida que la familia es más reducida, prescinde más de las diversidades en su seno y brinda seguridad interna, pero la familia amplia se aparta de las diversidades sociales y asegura respecto de la sociedad. Una de las más extremas búsquedas de la seguridad a través de la familia «amplia» es la mafia. El fraccionamiento del complejo personal de la familia respecto del de la sociedad en su conjunto nutre a la noción de *decoro* familiar. En días de fractura de tantos complejos personales, la familia no deja de recibir el impacto respectivo.

La consistencia del *complejo temporal* familiar explica la resistencia al divorcio vincular. El permanente presente contribuye a su expansión. La patria potestad termina normalmente con un fraccionamiento del complejo temporal de la maduración; la emancipación por matrimonio y la habilitación expresan desfraccionamientos.

La búsqueda de seguridad suele recortar el *complejo real* de la familia a través de la forma, según sucede de cierto modo en la línea de distinción entre el matrimonio y el concubinato. Como es habitual, la nulidad en el matrimonio es un desfraccionamiento del complejo real; en cambio, el matrimonio putativo lo fracciona. La prohibición del *incesto* tiende a limitar una búsqueda de la seguridad que recorta demasiado la diversidad del complejo real.

La pantonomía de la justicia pretende que las consecuencias beneficiosas o perjudiciales de los sucesos caigan específicamente sobre quienes corresponda, pero a menudo es necesario fraccionarla. Un tema a debatir es si la comunidad de bienes en la familia es un desfraccionamiento del complejo personal o un fraccionamiento de las consecuencias. Un recorte de las consecuencias ocurre, por ejemplo, cuando se invoca la «*honra*» de la familia.

El Derecho de Familia es uno de los campos en que el mundo jurídico tiene más estrechas y difíciles vinculaciones con el «*mundo moral*»⁴². Su organización es muy difícil si no se desarrolla la *virtud*, como proyección más o menos propia a la realización de los valores.

19. 1. Aunque no defendemos una posición objetivista respecto de los valores, creemos que para muchos es posible desenvolver, por carriles de la mayor solidez

41. SAVIGNY, op. cit., pág. 237 (párrafo LIV).

42. V. por ej. íd., págs. 231 y ss. (mismo párrafo). Ahrens hablaba de la esencia ética del matrimonio, por la cual se determinaba todo su derecho (AHRENS, op. cit., pág. 266).

científica, un debate acerca de un principio supremo de justicia «construido», que puede ser el que Werner Goldschmidt propuso con carácter objetivo: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente (es decir, para convertirse en persona). Con tal referencia se pueden valorar el reparto y el régimen justos.

19. 2. 1. En cuanto a la justicia de los *repartidores*, la familia ha sido siempre un marco de considerable *legitimación aristocrática*, es decir, por una superioridad moral, científica y técnica. Aunque la invocación al respecto ha sido excesiva, sobre todo en el marco del matrimonio, es notorio que las generaciones adultas tienen cierta aristocracia sobre las que no lo son. Aristóteles llegó a decir que «es una parte de la ciencia doméstica el gobernar a la esposa y a los hijos», aclarando que ha de realizarse «ejerciendo sobre la esposa un gobierno de tipo republicano y sobre los hijos un gobierno de tipo monárquico»⁴³.

También contiene el ámbito familiar espacios para la legitimación *autónoma*, por el acuerdo de los interesados. Este tipo de referencia axiológica predomina en la pareja. Entre las variedades afines a la autonomía, la relación paterno-filial puede apoyarse en la *criptoautonomía* que poseen los repartidores respecto de los beneficiarios que no conocen sus adjudicaciones pero respecto de los cuales hay indicios de que si las conocieran acordarían con ellas.

Los *jueces*, que suelen combinar la legitimación aristocrática con la «infraautonomía» obtenida democráticamente por el apoyo de la mayoría, deben tener en el espacio familiar una aristocracia muy específica, acorde con las características de la institución. La intervención de diversidad de peritos muy calificados puede ser significativa. Las particularidades de la familia legitiman la existencia de *tribunales especiales* y una *mediación también* especializada en la materia.

Uno de los problemas más difíciles en este aspecto de la legitimidad es el de la integración de la aristocracia con la autonomía⁴⁴. En este sentido, a medida que la «distancia» de la calificación entre los repartidores aristocráticos y los beneficiarios es mayor, en cuanto éstos menos pueden controlar, es más significativa la seguridad que se tenga de la comprensión profunda de la vida de los beneficiarios que tengan los aristócratas. Por eso, los padres suelen ser aristócratas con importante integración autónoma.

43. ARISTOTELES, op. cit., Libro I, cap. 5, pág. 1426 (1259/1259 b).

44. Es posible c. nuestro artículo «Integración trialista de la aristocracia y la democracia», en «El Derecho», t. 147, págs. 897 y ss.

Estimamos que en general, existiendo la debida información de los interesados, es preferible la legitimación autónoma a la aristocrática. La relación paterno-filial es uno de los casos en que más ha de producirse la «transmutación» de la clase de reparto autoritario en reparto autónomo⁴⁵.

El tiempo actual, de gran cambio histórico, con crisis de los valores y de los saberes, tiende a desarrollar casi con rasgos de exclusividad la referencia autónoma. La decadencia de la aristocracia por la vida vivida es uno de los problemas de la condición de los ancianos, sus representantes reconocidos en las sociedades tradicionales.

19. 2. 2. Un tema de gran significación es el de la *responsabilidad familiar* y la *responsabilidad por la familia*.

La solidaridad familiar conduce a que pueda desenvolverse una importante *responsabilidad sin culpa*. Por ejemplo: no creemos necesario que haya culpa en el divorcio para que se vaya abriendo camino la recomposición patrimonial indemnizando el daño sufrido por alguno de los cónyuges⁴⁶. La gran dignidad de la adjudicación de vida, que consideramos siempre valiosa, sean cuales fueren sus alcances, nos lleva a pensar que, si bien la transmisión reproductiva de deficiencias puede originar reacomodamientos patrimoniales (por ejemplo, en cuanto a la herencia), en tanto no haya culpa o dolo no debe existir deber de «indemnizar» de los «pro-genitores». En principio, dar vida es siempre «beneficiar». La responsabilidad por la familia se manifiesta, v. gr., en la indemnización del daño no sólo económico sino moral.

19. 2. 3. Aunque se ha hecho frecuente referencia a la legitimación de los *recipendarios* familiares por el *mérito* del comportamiento, mucho es lo que la familia tradicional ha tomando en cuenta del *merecimiento* por la necesidad. La familia educa, y por eso, le importa considerar el comportamiento, pero al fin ha sido quizás el mayor ámbito de asistencia ante la necesidad.

Creemos que un tema de especial importancia es la ya referida cuestión de la exclusión o la limitación de la culpa en las relaciones familiares⁴⁷. En nombre de la

45. Usamos la palabra «transmutación» y no «transformación», como lo hace el trialismo básico goldschmidtiano, para diferenciar a este cambio de la modificación de la forma del reparto (puede v. nuestro «Derecho y política» cit., pág. 55).

46. Es posible c. nuestro estudio «La responsabilidad por daños desde la Filosofía del Derecho», en As. Vs., «Derecho de daños», Bs. As., La Rocca, 1989, págs. 317 y ss.

47. V. no obstante BOIZEL, Roger, «Le divorce et la faute: un couple harmieux? Perspectives de rapprochement des droits français et allemand», en «Revue ...» cit., año 52, N° 4, págs. 891 y ss.

culpa de los progenitores se han impuesto discriminaciones monstruosas a la vida nueva que, a nuestro parecer, siempre se *legitima por sí misma*. Las necesidades de los menores son uno de los títulos mayores en el marco familiar. Sin embargo, hoy el mérito del comportamiento capitalista es, también en el espacio de la familia, un título que recibe destacada consideración.

19. 2. 4. Los *objetos* (potencias e impotencias) repartidos en la familia tienen, al menos hasta ahora, profundos significados para la *vida*. Sin embargo, la «división del trabajo», tiende a reducirlos.

El amplio complejo de objetos repartibles en la vida familiar debe resolverse con primacía de lo *personal* sobre lo patrimonial. Es relevante reconocer la relación entre la familia y el *domicilio*. Decía Ahrens que «El derecho privado del individuo abraza también necesariamente la casa, como lugar permanente donde desenvuelve su existencia para sí mismo, y por esto los pueblos más nobles y amantes de su libertad han rodeado siempre con singulares garantías el derecho tocante al domicilio, como una emanación y extensión de personalidad en el espacio.»⁴⁸ Agregaba «De estos derechos los más importantes en el privado son los que se refieren á la religión, á la libertad y al honor.»⁴⁹ Cabe destacar la importante relación que existe entre la vida familiar y la «*vida privada*», cuyo resguardo se hace crecientemente significativo⁵⁰.

También importa considerar que la familia suele guardar importantes vínculos con la *nacionalidad* e incluso suele ser una especie de «nacionalidad»⁵¹.

19. 2. 5. En cuanto a la *forma* de los repartos familiares, vale tener en cuenta la necesidad de asegurar la *audiencia*, por ejemplo, mediante un *procedimiento especial*.

19. 2. 6. Respecto a las *razones*, pese a que la fundamentación interna en la familia suele no ser requerida, cobra especial significación, porque la racionalidad del

48. AHRENS, op. cit., pág. 152.

49. Íd., pág. 153.

50. V. MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», en «Revue ...» cit., año 44, N° 4, págs. 767 y ss.

51. En relación con la noción de nacionalidad puede v. nuestro estudio «Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado», en «Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones», N° 43, págs. 1 y ss.

poder lo convierte en cabal «*autoridad*». También es relevante la particular fundamentación de los repartos judiciales en la materia.

20. 1. Para ser justo, un *régimen* ha de realizar el humanismo, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio⁵². Aunque la familia es uno de los ámbitos donde el *humanismo* puede realizarse más intensamente, cabe tener en cuenta que los comprometedores valores familiares suelen ser sendas para la mediatización en aras del conjunto, con el consiguiente desvío totalitario. Ni la familia, ni el Estado, son fines en sí mismos. Por otra parte, el peligro totalitario no excluye la mediatización en aras de otros individuos, con el respectivo extravío individualista. En tiempos anteriores, el principal riesgo era el totalitarismo familiar; en cambio en nuestros días es frecuente la desviación hacia el individualismo.

La familia es considerada tradicionalmente una base sociológica y axiológica del Estado, pero en tiempos de la decadencia del papel estatal no ha de extrañar que esa relación esté también muy debilitada. Los dos debilitamientos se interrelacionan.

El humanismo requiere que cada individuo sea considerado en sus caracteres de *unicidad*, *igualdad* y participación en la *comunidad*. La familia puede ser un ámbito de amplia realización de estas tres exigencias, sobre todo un marco de integración de la unicidad y la igualdad en la comunidad, pero en la actualidad ganan terreno las tendencias hacia la igualdad e incluso las sendas de la unicidad en detrimento de la comunidad.

20. 2. Para que el régimen sea justo es necesario proteger al individuo contra todas las amenazas: respecto de los demás individuos como tales y como régimen, contra sí mismo y acerca de todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La familia es un gran *instrumento protector*, pero a su vez puede ser medio para la *agresión* de unos individuos contra otros. La violencia familiar es una expresión de este desvío.

Con miras a la protección del individuo contra la familia mediante la «división del poder», es conveniente que ella tenga una composición «*multicultural*». La presencia de distintos modos de pensar en la pareja y entre las generaciones es muy beneficiosa.

52. Sin embargo, en cuanto al supraindividualismo y el individualismo en el matrimonio v. por ej. RADBRUCH, op. cit., págs. 195 y ss.

En nuestros días, el papel de la familia, como protectora e incluso como posible agresora, está muy debilitado. Múltiples desviaciones del propio individuo suelen concretarse más fácilmente: el incremento de las imposiciones de la sociedad de consumo y de la drogadicción las hace notorias. Debilitada la familia, el resguardo contra la soledad es mucho más difícil.

2) Las ramas del mundo jurídico

21. En base a lo expuesto precedentemente, entendemos que el Derecho de Familia en *sentido estricto* debe ser considerado una parte *relativamente* «autónoma» del *Derecho Civil* y, consecuentemente, del *Derecho Privado*. Las particularidades del área en las tres dimensiones y sobre todo en la dialéctica son los títulos de esa autonomía, que es incluso más nítida respecto del conjunto del mundo jurídico⁵³.

Sin embargo, entendemos que en *sentido amplio* también importa una referencia «transversal» del Derecho de la Familia que considere el lugar de ésta en todo el panorama jurídico. Dentro del Derecho Civil, la familia se vincula de modo especial no sólo con la Parte General, sino con el Derecho Sucesorio. Es relevante atender además a las soluciones familiares contenidas en el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Internacional, etc. También son dignas de consideración las vinculaciones entre el régimen familiar estatal y el eclesiástico.

Cabe reconocer la relación del Derecho de Familia con algunas ramas «transversales» que van ganando reconocimiento, como el *Derecho de «Menores»* y el *Derecho de la Ancianidad*⁵⁴.

Lo manifestado respecto de la dinámica y las relaciones de las respuestas familiares contribuye a comprender también la dinámica del Derecho de Familia y sus vinculaciones con otras ramas jurídicas.

53. Es posible recordar nuestro trabajo «El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico», Rosario, 1965.

54. Cabe c. nuestro estudio «Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 7 y ss. También es posible c. v. gr. D'ANTONIO, Daniel Hugo, «Derecho de Menores», 4° ed., Bs. As., Astrea, 1994; MANGIONE, Mirta y otros, «Derecho de Menores», Rosario, Juris, 1992; SAJON, Rafael, con la colaboración de María Angélica BERNARD, «Derecho de Menores», Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995; CORDOBA, Eduardo R., «Universo jurídico del menor», Córdoba, Lerner, 1994. El Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR cuenta con un Área de Derecho de la Ancianidad, cuya responsable es la doctora María Isolina Dabove.

El estudio jurídico de la familia puede nutrirse en gran medida a la luz de la *Historia del Derecho y el Derecho Comparado*⁵⁵.

3) Horizonte en el mundo político

22. El Derecho, como «política jurídica» signada por especiales exigencias de justicia, es parte del mundo político, que consideramos constituido tridimensionalmente por un conjunto de actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados los actos y las normas por los valores de convivencia (dimensión axiológica). En este horizonte político, se identifican actos de oposición (los «re-partos») y de agregación (en los que se «com-parte») que, cuando son valiosos, realizan respectivamente la supervivencia (cuyos requerimientos son encabezados por la justicia) y la intervivencia (cuyas exigencias tienen cima en el amor). Las otras ramas jurídicas son al fin identificadas por otros valores de la convivencia, como la salud (política sanitaria), la utilidad (política económica), la verdad (política científica), la belleza (política artística), el amor (política «erótica»), la santidad (política religiosa), etc. o por consideraciones «transversales» (política educacional y política de seguridad) o de conjunto (política cultural). La familia se muestra como un espacio político donde la *oposición* y la *supervivencia* han de relacionarse estrechamente con la *agregación* y la *intervivencia*. En él tienen amplia presencia muy diversas ramas de la política.

4) Horizonte filosófico general

23. Las cuestiones jurídicas familiares se encuentran entre las que más exigen que el Derecho se nutra con planteos *interdisciplinarios*, por ejemplo, con la Economía, la Sociología, la Psicología, la Antropología, la Filosofía, etc.

Cada manera de concebir la Filosofía, con más o menos presencia de la *Metafísica* y la *Ontología*, significa un diverso modo de encarar la familia. Las concepciones más metafísicas y ontológicas suelen darle una constitución más consistente.

55. Se produce en nuestros días un enorme fenómeno de «*recepción*» (a veces denominado de circulación de modelos), en muchos sentidos pero, sobre todo, del sistema occidental anglosajón en el resto del mundo (es posible v. nuestro libro «El Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001). Cabe señalar la «*plusmodelación*» de las respuestas occidentales anglosajonas, especialmente en lo conceptual, lo que constituye «*inflación*». Esto corresponde a la «*minusmodelación*», sobre todo conceptual, de las respuestas de otros sistemas, es decir, a un fenómeno de «*deflación*» de las mismas («Aportes ...» cit., págs. 51/2).

Pese a que lo social es mucho más que lo familiar, la familia es el marco de lo *social próximo* y *concreto*. Uno de los problemas más significativos del pensamiento y la vida en tiempos de crisis de la familia es evitar que la abstracción se adueñe del pensamiento y que se debiliten los soportes sociales de la vida humana⁵⁶.

56. Es posible v. nuestro artículo «Comprensión del «complejo personal» a través de los pronombres personales», en «Boletín del Centro de Investigaciones ...» cit., N° 14, págs. 13 y ss.

LA ARGENTINA, SU VOCACION POR LO ABSTRACTO, LA JUSFILOSOFIA Y LA CRISIS ACTUAL

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1. La situación crítica que actualmente vive la Argentina es oportunidad para que se ejercite con especial plenitud el “juicio” inherente a toda crisis¹. Lejos de la pretensión de señalar una causa única de la situación, creemos que vale indicar sin embargo como uno de los principales motivos una actitud relativamente “*parasitaria*” ante el ubérrimo territorio que ocupa el país².

(*). Profesor de Historia del Derecho en los Cursos de Abogacía del Convenio de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Rosario, correo electrónico <mciuro@arnet.com.ar>.

Homenaje del autor a la memoria del ex presidente de la República Argentina doctor Arturo Frondizi por su clara comprensión de la problemática del desarrollo del país (puede v. Arturo Frondizi Argentine Presidential Messages, <http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/frondizi/-13-9-2001->)

1. Acerca de la crisis es posible v. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 63 y ss.
2. Se atribuye al origen de la palabra «parásito» el significado de «comensal» (pueden v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª. ed., Madrid, t. I, 1992, pág. 1528; COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», 1ª. reimp., Madrid, Gredos, t. IV, 1985, pág. 396). Se ha llegado a hablar de la “invención” de la Argentina (Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina, <http://www.argentina-rree.com/1/1-013.htm> -13-9-2001-). Acerca de la “degradación” de la pampa rioplatense, GAGGIOTTI, Hugo: La pampa rioplatense: un espacio degradado en el imaginario hispano-criollo, en Scripta Nova, N° 17, <http://www.ub.es/geocrit/sn-17.htm> (13-9-2001).

Desde tiempos tempranos, en días de la colonia española, el actual territorio argentino ha sido ocupado de manera relativamente parasitaria, sin la suficiente capacidad de generar vida propia en relación con la importancia del espacio ocupado, en gran medida sólo “superficialmente” ocupado. Vale referir, como ejemplo, la constitución del *Virreinato del Río de la Plata*³.

La región rioplatense, que se convertiría en referencia principal del Virreinato, era un área de interés periférico de la Corona española, especialmente orientada a las necesidades de metales preciosos para atender a los requerimientos bélicos y a los reclamos de la vida de la Metrópoli. Cuando las amenazas luso-británicas y el deseo de “modernización” de los Borbones fueron causas importantes de la creación del Virreinato del Río de la Plata, producida en 1776, se pensó en constituir una unidad cuyo polo proveedor de rentas serían los recursos metálicos del Alto Perú, zona geográficamente vinculada de modo especial con el Perú. En los primeros lustros del Virreinato -estructura gubernamental de corta duración- la Real Caja de Buenos Aires fue en mucho mantenida con los recursos altoperuanos. Para completar la formación de la estructura virreinal se reorientó hacia el Río de la Plata a la zona de Cuyo, hasta entonces dependiente de la Capitanía General de Chile, y se optó por la “portuaria” Buenos Aires, más cercana además a la zona de avance luso-británico, y no -v.gr.- por la académica Córdoba, la rica Potosí o la relativamente marginal Asunción.

Cuando se produjo la independencia, el vasto territorio virreinal se escindió, a veces por diversidades geográficas y culturales importantes, en otros casos por influencias externas y muy graves *intrigas internas*, a menudo centradas en el puerto de Buenos Aires deseoso de no tener la competencia del naturalmente más dotado puerto de Montevideo. El nuevo país, que paradójicamente se llamaría “Argentina” y se referiría al «río de la Plata», pese a no caracterizarse por especiales riquezas de este metal, continuó su desenvolvimiento con una ocupación relativamente parasitaria del territorio, referida ahora a la ganadería y luego también a la agricultura, siem-

3. Es posible v. por ej. Historia General cit., La creación del Virreinato del Río de la Plata y las reformas borbónicas, <http://www.argentina-rree.com/2/2-004.htm> (13-9-2001); Historia General cit., El Virreinato del Río de la Plata entre 1791 y 1805, <http://www.argentina-rree.com/2/2-005.htm> (13-9-2001); Historia General cit., La emergencia de una soberanía argentina, <http://www.argentina-rree.com/1/1-014.htm> (13-9-2001); Contenidos.Com. Historia Latinoamericana. Virreinato del Río de la Plata. Ciclo de Independencias, <http://www.contenidos.com/historia/independencias/virreinato/> (13-9-2001). Una a nuestro parecer evidente y sintomática sobrevaloración del papel de Buenos Aires en el Virreinato puede v. por ej. mitre, Bartolomé, «Historia de Belgrano y de la independencia argentina», Bs. As., Estrada. T- I, 1947, págs. 108 y ss.

pre en vinculación con el “puerto”, la “puerta natural” por la que salían y entraban riquezas vinculadas a un espacio en gran medida desaprovechado.

También en las *actitudes individuales* de muchos habitantes, aisladas de la referencia a lo colectivo, se advierte esa falta de relación profunda con la realidad territorial y, de cierto modo, consecuentemente con el conjunto social.

2. Es posible que la actual crisis argentina, que abarca múltiples perspectivas de la vida pero tiene gran significado económico, sea provocada por deficiencias en la distribución y el consumo, pero nos parece evidente que uno de los motivos principales está en la falencia de la *tarea productiva*. Según nuestra opinión, la Argentina, dotada de una riqueza natural extraordinaria, con un territorio de enormes recursos y en general aceptable disposición hacia el trabajo, enfrenta problemas de producción principalmente porque no ha tenido suficientes capitales y, sobre todo, ha carecido del necesario *espíritu empresario*.

En lugar de producir, el país ha dilapidado gran parte de la riqueza “natural” viviendo con demasiada frecuencia de manera ostentosa y construyendo una urbe que, con acierto, ha sido llamada la “*capital de un imperio que nunca existió*”, la en tantos aspectos opulenta Buenos Aires⁴. Los enormes recursos obtenidos de las pampas a través del “nicho” colonial británico, se emplearon a menudo para construir

4. En relación con la genial comprensión cuya paternidad es atribuida a André Malraux, v. por ej. RODRIGUEZ LEIRADO, Eduardo, Misteriosa Buenos Aires (quinta parte) La Diagonal Norte, <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/> (13-9-2001); Turismo al margen. La Plaza de Mayo, <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires1/> (13-9-2001); MOFFAT, Alfredo, Civilización y Barbarie ... ¿Cuál es cuál?, en Rebelión y Cultura, <http://www.rebelion.org/cultura/moffat250701.htm> (13-9-2001). Argentina. Sitios de Interés, <http://www.viajes-ejecutivo.es/destinos/americas/argentina/argentinasitiosdeinteres1.htm> (13-9-2001); Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina, La segmentación de la América española y la emergencia de Estados embrionarios, <http://www.argentina-rree.com/1/1-012.htm> (13-9-2001). Acerca de la Historia Económica de la Argentina, puede v. por ej., además de la referencia a la célebre obra homónima de Ricardo M. Ortiz, una importante bibliografía en Historia General cit., <http://www.argentina-rree.com/10/10-023.htm> (13-9-2001). Es posible c. también Opiniones de compañeros; Arturo Jauretche y Manuel Ortiz Pereyra: La maldición del país vasallo, http://www.iniciativainicial.org/arturo_jauretche_y_manuel_ortiz_.htm (13-9-2001); Raúl Scalabrini Ortiz. A cien años de su nacimiento, <http://home.ba.net/~ccesd/scalabri.htm> (13-9-2001). Acerca del Uruguay v. por ej. LOPEZ, Alvaro, Lic., Uruguay: territorio, espacios y participación ciudadana, <http://www.rau.edu.uy/uruguay/geografia/Uy.geo.htm> (13-9-2001). En general sobre el uso de la expresión «imperio que nunca existió» puede v. por ej. <http://www.google.com/search?hl=es-&q=imperio+que+nunca+existi%C3%BTnG=B%FAsqueda+en+Google&lr=> (13-9-2001).

deslumbrantes palacios que a veces no eran siquiera ocupados por sus propietarios, residentes reales o intelectuales de París, donde se hacían famosos por su capacidad de derroche.

Si el país *portuario* es un modelo básico que no pudo ser superado, incluso por los conductores más realistas, hoy la Argentina se ha incorporado a otro modelo todavía menos productivo, el del capitalismo financiero centrado en los *bancos* y la *bolsa*.

3. Es cierto que también en otros países más “viabiles” existen diferencias importantes entre las capitales y el interior, pero nos resulta notorio que no hay otro caso de una gran capital opulenta que es, en mucho, económicamente parasitaria en un territorio inmenso y desaprovechado.

Por razones históricas diversas, Italia, Alemania, los Estados Unidos de América y la propia España son ejemplos de países “policéntricos”. La misma Francia, desarrollada en gran medida como entorno de París, guarda una vinculación diversa con su capital, a la que tanto debe. Las admiradas élites de París han brindado al país galo mucho más de lo que las élites “porteñas” (nutridas a menudo por “provincianos”) han dado a la Argentina, un país de territorio ubérrimo inmerso hoy en condiciones de pobreza creciente y casi de mendicidad respecto del poder financiero internacional.

Las élites argentinas han sido impotentes para brindar una estructura sólida y vital. La falta de tejido económico capitalista parece poner en peligro la propia “integridad” económica del espacio estatal.

4. La actitud parasitaria es común, en diversos grados, a los dos grandes sectores de la cultura argentina, el “*hispanico tradicional*” reforzado luego con componentes itálicos meridionales, que es más comunitario, paternalista y relativamente católico, y el “anglofrancesado”, hoy nutrido con importante presencia norteamericana, que es más individualista y abstencionista y posee ocultas influencias calvinistas⁵. Pese a los deseos transformadores de su genial autor, uno de los intérpretes más típicos del sector “anglofrancesado” de referencia norteamericana, el ensayo “Facundo” evidencia en su subtítulo la tendencia aunque sea inconsciente al desprecio de la realidad material del territorio: la ciudad portuaria es considerada el enclave de la “*civilización*”, la campaña es tenida como “*barbarie*”⁶.

5. Pueden v. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

6. SARMIENTO, Domingo F., «Facundo», Bs. As., TOR, 1938.

La Argentina se debate en una mezcla de *feudalismo* y *capitalismo* sin que su propia capacidad la sitúe de modo consistente en ninguno de los dos modelos⁷. Los fabulosamente ricos estancieros, los comerciantes de granos y los industriales de una industrialización beneficiaria de un mercado cautivo han retrocedido y en muchos casos han visto arruinarse sus actividades ante la creciente globalización/marginalización. El país del mero “co-mercio” de materias e ideas no se hizo suficientemente industrial. De cierto modo puede decirse que se trata de un país “virtual”⁸.

5. La Argentina no resulta sólo parasitaria en lo material, sino también en lo intelectual. La falta de capacidad productiva enraizada se manifiesta en la permanente referencia, casi siempre extemporánea, a *ideas extranjeras* que, fuera de circunstancia, asumen a menudo el papel de ideologías encubridoras de la realidad.

Como suele suceder en otras realidades coloniales, muchas veces se procura, cuanto más, expresar la percepción de la realidad local en términos ajenos, como sucedió incluso en el romanticismo «progresista» de la Generación del 37. En algunos casos, los injertos han provocado «brotes» momentáneos, en ciertas situaciones robustos, pero al fin no hubo asimilación de los elementos de la recepción y se ha producido su rechazo⁹.

Los *ciclos* de relativo impulso local se han hecho cada vez más breves: el de la “Organización Nacional” comenzada en 1853/60, que tal vez tuvo un momento especialmente ilustrado en la presidencia de Sarmiento, duró cuanto más hasta 1930; el de la nacionalización peronista sobrevivió quizás hasta 1989 y el del liberalismo menemista ha durado hasta 2000.

6. La incapacidad para lograr una ocupación “real” del territorio ha hecho difícil la constitución de un verdadero “*Estado*” y, en especial, de un Estado de Derecho. La transferencia de «potencias» desde un país nunca realmente “gobernado” al exterior pone hoy en serio peligro a la libertad individual y colectiva, so-

7. Cabe c. SAINT-SIMON, «Catecismo político de los industriales», trad. Luis David de los Arcos, 2ª. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1964.

8. Puede recordarse la polemizada frase de José Ortega y Gasset que invita a los argentinos a ir a las cosas (v. por ej. PALMA, Raúl J. A., Ortega y Gasset no pudo venir, <http://www.piedraverde.com/ortega/otros/rp951018.htm> 13-9-2001-).

9. Es posible v. nuestro libro «El Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001 y la bibliografía acerca de la recepción allí referida.

metida en detalle a poderes que deciden muy lejos de su territorio¹⁰. La falta de un referente común de la realidad afianza la escisión de la conciencia política y jurídica en sectores enfrentados y en concepciones individualistas que facilitan la *corrupción*.

La no integración territorial intensa, que podría encontrar vías de superación en el modelo *integrador* del Mercosur, proyecto especialmente calificado al respecto, porque permite relacionamientos no "portuarios", debilita, en cambio, la viabilidad del proceso de formación del nuevo mercado¹¹.

7. Lo expuesto tiene también importancia para la construcción de la teoría jusfilosófica. Aunque creemos que la vía para la autocomprensión y la transformación superadora ha de recorrerse necesariamente mediante el *diálogo* fecundo entre las diversas tendencias ideológicas, consideramos que el parasitismo que nos viene alejando de la realidad de la vida bloquea el empleo de las teorías más fecundas al respecto y ha contribuido a la difusión de otras menos enriquecedoras. En este caso se encuentran, v.gr., la vocación por la exégesis al servicio de normas trasplantadas, y el actual predominio de jusfilosofías que alejan de los hechos, entre las que cabe mencionar a la filosofía analítica e incluso a la filosofía crítica y al tomismo.

La abstracción de la filosofía analítica, la falta de propuestas constructivas de la filosofía crítica y la dificultad del tomismo para recibir los datos de las ciencias desarrolladas después de su fundación son, en diversos grados, manifestaciones de la dificultad del hombre argentino para conectarse realmente con su «territorio». No hay que confundir el papel que una tendencia jusfilosófica puede tener en su marco de origen, sea para explicar sus problemas internos o para dominar a los externos, con el rol que puede poseer en otros ámbitos, en este caso, el nuestro¹².

La filosofía analítica e incluso la filosofía crítica pueden ser instrumentos idóneos para sociedades que, por otras vías de pensamiento muy diferentes, encaminaron con éxito en momentos distintos su relación profunda con la realidad, pero a

10. Acerca de la noción de «potencia» puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

11. Puede v. por ej. nuestro artículo «Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur», en CIURO CALDANI, Miguel Angel (Coordinador), «La Filosofía del Derecho en el Mercosur - Homaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio», Bs. As., Ciudad Argentina, 1997, págs. 13 y ss.

12. Es posible v. nuestras «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4; también «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.

nuestro parecer no lo son en medios como el de la Argentina de hoy. El propio carácter “analítico” de la filosofía quizás dominante desde Buenos Aires dista de la “síntesis” entre elementos que requiere la producción material e ideal.

Las filosofías más abiertas a la realidad, como la egología y, a nuestro parecer, sobre todo el *trialismo*, tienden a ser “embotelladas” en el despliegue de las tendencias a que al fin la realidad quede distante y en ella nada cambie¹³. La mayoría del pensamiento argentino carece de cursos ideológicos para iluminar los significados y los medios de la acción. En el desarrollo del *trialismo* va mucho más que eso¹⁴.



13. Acerca del *trialismo* cabe c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica ...» cit., 1982/4; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
14. Es posible v. por ej. LEVENE, Ricardo (dir.), «Historia de la Nación Argentina», Bs. As., El Ateneo, 1939/1950; Historia Argentina, <http://www.historiadelpais.com.ar/> (13-9-2001); Historia Argentina del Siglo XIX, El Virreinato (1776-1810), <http://comunidad.ciudad.com.ar/ciudadanos/candido/virreinato.htm> (13-9-2001); CISNEROS, Andrés - ESCUDÉ, Carlos, Historia General cit. (de las Relaciones Exteriores de la República Argentina), <http://www.argentina-rree.com/index2.htm> (13-9-2001); El Día de la Independencia, http://www.archivo.gov.ar/archivo_escuela/independencia/independencia.htm (13-9-2001).
Puede v. BAZATO, Guillermo, Grandes estancias de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Formación y consolidación del patrimonio rural en los partidos de Chascomús, Ranchos y Monte, 1780-1880, <http://www.unizar.es/eueez/cahe/gbazato.pdf> (13-9-2001).
En cuanto a la necesidad general del desarrollo para América Latina, v. por ej. New JFK Exhibit Celebrates US-Latin American Friendship, http://www.jfklibrary.org/pr_jfk_latinafrica.html (13-9-2001).

LA HISTORICIDAD DE LAS FORMALIZACIONES Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

a) Ideas básicas

1. Uno de los desafíos mayores de la jusfilosofía de nuestro tiempo, al que creemos ha dado satisfactoria respuesta la *teoría trialista del mundo jurídico*, es la superación de la simplicidad de la referencia normativa con que la teoría «pura» del Derecho ha abandonado la rica comprensión de la causalidad social y los planteos críticos¹. Según la teoría trialista, elaborada en el marco de la concepción tridimensional del Derecho, la ciencia jurídica debe ocuparse de repartos de «potencia» e «impotencia» (lo que favorece o perjudica al ser y la vida), captados por normas que los describen e integran, y valorados por un complejo axiológico en el que corresponde lugar destacado a la justicia².

(*) Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Rosario - Investigador del CONICET, correo electrónico <mciuro@arnet.com.ar>.

1. Puede v. por ej. WINTGENS, Luc J. (ed.), «The Law in Philosophical Perspectives», Dordrecht, Kluwer, 1999. También es posible ref. PETEV, Valentin, «Das Recht der offenen Gesellschaft», Berlín, Duncker & Humblot, 2001; HABERMAS, Jürgen, «Facticidad y validez», trad. Manuel Jiménez Redondo, 2ª ed., Valladolid, Trotta, 2000, págs. 63 y ss.
2. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; «Lecciones de Teoría General del Derecho», en «Investigación y Docencia», N° 32, págs. 33/76.

Sin desconocer la importancia de los avances en la lógica de las normas logrados en base a los aportes kelsenianos y analíticos, el trialismo se apoya en la idea de que lo relevante para el saber jurídico ha de ser básicamente el «reparto», es decir, la conducción que en definitiva termine favoreciendo o perjudicando a esa realidad tan difícil de conceptuar, por su enorme riqueza, que es la *vida humana* («potencia» e «impotencia»). Al fin, el trialismo, a diferencia del normativismo kelseniano, es un *humanismo*.

Creemos que no existe ninguna autoridad legitimada para «decretar» lo que la ciencia jurídica debe estudiar o para sentar bases respecto de lo justo sin apoyarse en el consenso; entendemos que no puede demostrarse ninguna «objetividad», pero estamos convencidos de que el planteo trialista ocupa un lugar de destacado *interés* en el pensamiento sobre el Derecho. La aptitud de una teoría para aclarar el mundo, como en este caso sucede con el trialismo, la hace al fin instrumento de nuestra *libertad*.

2. Dentro de los aportes que realizan la noción trialista de «*reparto*» de potencia e impotencia y sus despliegues de *orden* y *desorden*, se encuentra la mejor comprensión de la elaboración de las *fuentes formales* y del *funcionamiento* de las normas. A nuestro entender, las fuentes y el funcionamiento pueden ser mejor comprendidos cuando se los refiere a los repartos e incluso se los considera *repartos* en sí mismos y cuando se los relaciona con el conjunto de los repartos.

La llamada teoría pura del Derecho y sus derivaciones logicistas son a nuestro criterio instrumentos ideológicos de los sectores *conformes* con los juegos de poder existentes y medios para que el «imperio» mundial hoy en formación asalte el pasado y el porvenir en el recorte del *presente* radical que caracteriza a la postmodernidad³. Sin pasado ni porvenir no queda más que la «con-sagración» de la actual relación de dominación.

3. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «Iusphilosophical Understanding of Postmodernity (A Trialistic Perspective)», en «Rechtstheorie», N° 19, págs. 99/197; «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; «Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la «crisis de la materia»», en «Investigación ...» cit., N° 31 y ss., págs. 51 y ss.; «La postmodernidad, el Derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo», en «Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.R.», N° 13; págs. 79/90; «La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas», en «Investigación ...» cit., N° 31, págs. 39 y ss.; «Derecho y espectáculo en la postmodernidad», en «Revista», Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22/25; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas

El pensamiento básico del trialismo se efectuó con especial referencia a los fenómenos «*microscópicos*» de reparto y distribución, dedicando una atención de cierto modo derivada a los despliegues «*macroscópicos*», y lo propio ha sucedido al considerar más las fuentes aisladas y el funcionamiento de las normas, pero las categorías trialistas están en excelentes condiciones para dar cuenta también de las perspectivas de conjunto.

b) Los repartos de las fuentes formales y del funcionamiento

a') Las fuentes formales

3. La conceptualización trialista de las *normas* como captaciones lógicas de repartos proyectados hechas del punto de vista de terceros lleva a reconocer que sus *fuentes reales* son los *repartos*⁴. Los repartos suelen encontrarse en relaciones de orden,

dialécticas de la medievallidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, «Postmodernidad y Derecho», Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, «Contra el Postmodernismo», trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - Kellner, Douglas, «Postmodern Theory - Critical Interrogations», Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., «Technology Time and the Conversations of Modernity», Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, «Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History», Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, «El hombre light», 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., «Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada», trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, «El hombre unidimensional», trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, en relación con una discutible interpretación de la historia actual, cabe v. por ej. FUKUYAMA, Francis, «The End of History and the Last Man», Nueva York, Avon Books, 1993.

4. ABAJO QUINTANA, Joaquín José, «La implementación de las normas. Las secuencias del proceso decisonal», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto (coord.), «Los procesos de implementación de las normas jurídicas», Vitoria, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, págs. 31 y ss.

constituyendo un régimen, y la captación lógica análoga del orden de repartos es el ordenamiento normativo. La fuente real del ordenamiento normativo es el orden de repartos. Las fuentes reales se diferencian según sean *materiales*, la realidad social misma, o *formales*, autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.).

Las fuentes «directas» de las normas son los repartos y el orden de repartos y, más allá de éste, las distribuciones, en las que las potencias e impotencias provienen de las influencias humanas difusas, la naturaleza y el azar. Las formalizaciones contienen materia que viene de lo más *hondo* de la vida social. Cabe recordar que ya Montesquieu llegó a decir que las leyes son las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas⁵. De acuerdo con lo enseñado por Savigny, el Derecho es un producto profundo del «espíritu» del pueblo que se manifiesta en la historia a través de la costumbre⁶.

A nuestro parecer, incluso cabe la comprensión de las formalizaciones como repartos *en sí mismos*, relativamente diferentes de los repartos que se formalizan.

4. La integración de las normas con los repartos que las originan y con los valores con los que pueden ser criticados, permite diferenciarlas según los grados de *participación* y de *flexibilidad o rigidez* en su elaboración y de *elasticidad o inelasticidad* respecto de los cambios de la realidad social que tienen las fuentes formales en que se expresan. En cambio, el normativismo tiende a considerarlas de manera relativamente homogénea, ateniéndose sobre todo a su lugar lógico.

5. Las fuentes formales plantean cuestiones de destacada importancia para reconocer la vida real del Derecho y las transformaciones históricas⁷.

5. MONTESQUIEU, «Del espíritu de las leyes», trad. Nicolás Estévez, 3ª ed., México, Porrúa, 1977, pág. 3 (Libro I, cap- 1).

6. Puede v. nuestro trabajo «Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones», en «Dos estudios tridimensionalistas», Rosario, 1967, págs. 7 y ss. En cuanto a las fuentes, cabe recordar, por ej. GENY, Francisco, «Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo», 2ª ed., Madrid, Reus, 1925. También puede c. v. gr. BENTHAM, Jeremy, «Nomografía o el arte de redactar leyes», con estudio preliminar de Virgilio Zapatero, trad. Cristina Pabón, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

7. Es posible v. por ej. nuestro estudio «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación ...» cit., N° 26, págs. 20 y ss.

Las *leyes*, cuya formación por sendas democráticas se ha ido generalizando, pierden sin embargo relevancia no sólo frente a los decretos emanados de poderes ejecutivos a veces gestores de factores económicos globales, sino sobre todo ante los *tratados internacionales*, en cuya elaboración intervienen esos órganos ejecutivos y sus burocracias, con mínima intervención aprobatoria de los parlamentos y frente a los *contratos internacionales*, en que los participantes del mercado asumen la solución de sus propios intereses.

La preparación de fórmulas económicas impuestas a través de contratos de deuda externa y de tratados internacionales, hechas a veces a miles de kilómetros de los países supuestamente soberanos, que terminan imponiéndose a los Parlamentos y se plasman en leyes *democráticamente ilegítimas*, es una realidad que la comprensión trialista de las fuentes formales permite evidenciar.

Una muestra de creativa construcción de un tipo de formalizaciones adecuado a las necesidades de la realidad social son las directivas de la integración europea, hoy quizás en vías de ser abandonadas en aras de la elaboración de leyes comunitarias si se afianza un proceso de federación. El avance de la aproximación y la democratización conduciría al fin a otras vías de formalización.

b') El funcionamiento

6. Para que los repartos captados en las normas y el orden de repartos captado en el ordenamiento normativo se cumplan es necesario que las normas y el ordenamiento «*funcionen*». Este funcionamiento es, asimismo, funcionamiento de los repartos y del orden de repartos.

El funcionamiento puede ser entendido de modo esclarecedor como un *reparto relativamente distinto* del reparto de la norma que entra a funcionar. La propia teoría de Kelsen ayuda a comprender que el funcionamiento de las normas y del ordenamiento puede ser comprendido como un reparto en sí⁹.

8. Puede v. por ej. nuestro estudio «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs.41/56.
9. Es posible v. nuestro artículo «Meditaciones trialistas sobre la interpretación», en «El Derecho», t. 72, págs. 811 y ss. (año 1977). Acerca del rechazo de la idea de la sentencia judicial como copia exacta de la ley cabe c. por ej. KAUFMANN, Arthur, «Filosofía del Derecho», trad. Luis Villar Borda - Ana María Montoya, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1999, págs. 113 y ss.

Es más, a través del funcionamiento de las normas y el ordenamiento y del funcionamiento de los repartos y el orden de repartos funcionan las fuentes últimas del régimen, constituidas por esa *realidad profunda* económica, religiosa, científica, artística, etc. a la que Montesquieu apuntó como naturaleza de las cosas. El funcionamiento de la dimensión normológica es resultado del funcionamiento de la dimensión sociológica y está sometido a todas las vicisitudes de éste, incluso a los límites que pueden encontrar los repartos¹⁰.

Werner Goldschmidt superó la concepción aislada de las diferentes tareas del funcionamiento, pero vale destacar además que en última instancia se produce en las normas y el ordenamiento, en los repartos y el régimen y en las fuerzas sociales hondas del régimen. Por eso posee carácter *histórico* y no puede tener resultados claramente previsibles¹¹. Pese a la «con-solidación» pretendida en las normas, en gran medida el funcionamiento normativo tiene la misma «consistencia débil» que existe entre pasado, presente y porvenir.

7. El funcionamiento de las normas requiere tareas de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis* diversamente necesarias según las exigencias de los casos.

El funcionamiento no se refiere siempre a «una» solución correcta, pero no todas las respuestas valen lo mismo. Las soluciones pueden tener distintos *grados de «corrección»* según *diferentes puntos de vista*, sea en cuanto a las diversas tareas o con relación a los autores de las normas, a los encargados del funcionamiento, a los beneficiarios de los repartos, a la sociedad, etc.¹².

8. El *trialismo* procura de modo especial que siempre quede en evidencia la realidad de las *adjudicaciones* para poder valorarlas y, en caso de ser necesario, actuar al respecto.

Es inevitable que el encargado del funcionamiento haga siempre lo que él *decide*, lo que considera «correcto», aunque resuelva según referencias a patrones ajenos, sean de los autores de las normas, de los beneficiarios de los repartos, de

10. Puede v. nuestro libro citado «La conjetura ...», por ej. págs. 60 y ss.

11. La dificultad de la previsión es destacada, v. gr., en la teoría de la argumentación. Es posible v. MONTEIRO, Cláudia Servilha, «Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica», Río de Janeiro, Lumen Juris, 2001, págs. 12 y ss.

12. En relación con el tema, puede c. por ej. VIEHWEG, Theodor, «Tópica y Filosofía del Derecho», trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, págs. 163 y ss.

la sociedad, etc.¹³ A veces el encargado del funcionamiento asume más protagonismo y, en otros casos, se remite más a los autores de las normas. En ciertas circunstancias se refiere más a sus propios valores, en otras a los valores de los autores de las normas, en otras a los valores de la sociedad, etc.¹⁴. Dentro de lo que *puede*, hace lo que *estima más valioso*¹⁵. Este es el terreno donde parece más esclarecedor hablar de un «marco de posibilidades», aunque no todas las soluciones tengan el mismo valor.

9. Lo que el trialismo procura en cuanto al funcionamiento es, sobre todo, que no se oculten las *adjudicaciones*, sean de repartos o de distribuciones, debajo de abstracciones como la «voluntad de la ley». El encargado del funcionamiento puede no estar en condiciones de saber lo que los autores de las normas han querido para los casos y también puede ser que en todo o en parte nada se haya querido, pero importa tener en claro quién o quiénes adoptan las decisiones, quién o quiénes son al fin los repartidores, quiénes se benefician y se perjudican ... Hay que evitar el *salto «ideológico»* alienante desde los hechos a la «pura» lógica¹⁶.

10. Para que lo social y las posibilidades valorativas estén siempre lo más accesibles que se pueda, el trialismo puntualiza la necesidad de que en la tarea de *reconocimiento* se ponga cuidado en la vigencia y la validez de las normas legales, contractuales, etc. que se han de tomar en cuenta¹⁷. En esa labor se han de tomar en

13. Puede apreciarse que el encargado del funcionamiento (e incluso el investigador) comprometen su personalidad en sus tareas (es factible v. por ej. el soporte que esta comprensión brinda a la teoría de la argumentación en PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, L., «Tratado de la argumentación», 1ª reimp., trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994. La teoría de la argumentación ha ayudado a reconocer la tensión entre inferencia y toma de decisión (v. por ej. BARRAGAN, Julia, «Informática Jurídica», en GARZON VALDES, Ernesto - LAPORTA, Francisco J. -eds., «El derecho y la justicia», 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pág. 47).

14. Cabe c. nuestro trabajo «Reconstrucción y construcción en la interpretación», en «Boletín del Centro de Investigaciones...» cit., Nº 16, págs. 31 y ss.

15. Aunque sea para sus propios intereses.

16. Puede v. nuestro estudio «Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas», en «Investigación...» cit., Nº 12, págs. 9 y ss.

17. Es posible v. por ej. BERGEL, Jean-Louis, «Méthodologie juridique», París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 172 y ss. Cabe mencionar los destacados aportes a la comprensión del reconocimiento hechos en HART, H. L. A., «El concepto de derecho», trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, por ej. págs. 183 y ss.

consideración todas las posibilidades derogatorias formales y fácticas (v. gr. por derecho consuetudinario contrario).

Importa que en la *interpretación* se haga referencia en la mayor medida posible al *fin* (no a la mera intención) que respecto de los casos han tenido los autores de las normas. En la labor interpretativa y en todas las otras tareas del funcionamiento puede ser necesario cierto «eclecticismo» en cuanto a los métodos, según lo requieran las circunstancias (por ejemplo de «distancia» histórica entre el encargado del funcionamiento y el autor de las normas), pero creemos que las «metas» de todo el trámite funcional y de las distintas tareas que lo integran han de ser siempre las mismas¹⁸.

En la *elaboración* la situación es inversa a la de la interpretación, es en este marco donde debe situarse el protagonismo de los encargados del funcionamiento. Los cambios históricos influyen en la producción de carencias normativas y en la necesidad de recurrir más a la heterointegración. En un espacio relativamente «intermedio», la *determinación* requiere reconocer y resolver una tensa relación entre los autores de las normas y los encargados del funcionamiento. La existencia de normatividades indeterminadas es una exigencia de la variabilidad de las circunstancias.

Con especial mira a los diversos espacios de «in-definición» y de «in-decisión» en cuanto a la actividad de los encargados del funcionamiento se producen tareas de *argumentación*. El mundo de la postmodernidad, respecto del cual se habla de una «hiper-complejidad», es muy distinto del que planteó el silogismo de la ilusión exegética y requiere múltiples funciones argumentativas¹⁹. Sin caer en el que consideramos exceso de la «argumentalización» de todo el pensamiento jurídico, que se aleja así de lo que consideramos más importante, el reparto de potencia e impotencia, entendemos que la argumentación es una tarea relevante, profundamente histórica, ya que el logro del consenso del auditorio depende de referencias a valores que varían en la temporalidad²⁰.

18. Puede v. BERGEL, op. cit. págs. 260 y ss.

19. V. por ej. ROCHA, Leonel Severo, «Prefacio» a MONTEIRO, op. cit., pág. XVII. Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, comprendió con gran claridad la diferenciación entre método y meta.

20. Puede c. v. gr., MONTEIRO, op. cit., págs. 83 y 128 y ss. La actividad de abogados, jueces y juristas para persuadirse unos a otros de lo que creen justo o conveniente posee gran relevancia en sus campos de labor (es posible v. por ej. GUIBOURG, Ricardo A., «Fuentes del Derecho», en GARZON VALDES - LAPORTA, op. cit., pág. 195).

La tarea de *aplicación*, mucho más compleja de lo que suele admitirse, ha de ocuparse de salvar las «distancias» entre la norma interpretada, determinada o elaborada y la realización de los hechos. Al llegar a la vida de los beneficiarios la lógica normativa vuelve a hacerse parte plena del proceso histórico. A semejanza de lo que se ha dicho respecto de las fuentes, cabe señalar que los resultados de la norma pueden ser de asimilación o rechazo por la sociedad, en niveles diferentes²¹.

Las situaciones complejas y a veces críticas que se producen en el proceso temporal hacen que sea en ciertos casos necesario que diversas normas que pretenden aplicarse en realidades en las que no encuentran cabida sean sometidas a soluciones de *síntesis*, también a cargo de los encargados del funcionamiento²².

Además del *funcionamiento real*, se desenvuelven repartos e influencias humanas difusas de *funcionamiento conjetural* que no se advierten si sólo se hace referencia a la lógica de las normas, pero resultan de enorme importancia en la vida jurídica general²³.

11. El funcionamiento en su conjunto y cada una de las tareas que lo integran pueden ser analizados desde los distintos puntos de vista del *reparto* y el *régimen*. Respecto del reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis importa saber, por ejemplo, quiénes cumplen cada tarea, quiénes reciben beneficios y perjuicios, con qué alcances, cómo se concreta la forma y cuáles son las razones respectivas²⁴.

La modernidad exageró el papel del sujeto consciente y hoy se produce una enorme reacción que invoca su «muerte» (con mucha frecuencia se habla del sujeto «débil») mas nos parece que siempre es relevante saber cuáles son las causas de las adjudicaciones, quiénes se benefician y se perjudican, en qué aspectos, etc. Esto es imprescindible para valorar y al fin decidir lo que consideremos mejor.

21. Es posible c. por ej. CARBONNIER, Jean, «Flexible droit», París, L.G.D.J. 1979, v. gr. pág. 335.

22. Así acontece, por ejemplo, en las quiebras, en los concursos reales de delitos, en los conflictos de los derechos de los padres sobre los hijos, etc. A veces la síntesis es «legislativa», en otros casos «judicial».

23. Puede v. nuestro libro «La conjetura ...» cit.

24. En el desarrollo de la teoría trialista de la argumentación vale tener en cuenta, desde las perspectivas del reparto aislado, quiénes argumentan, para quiénes lo hacen (incluyéndose en este sentido al «auditorio»), con qué alcances objetivos (argumentos) se trabaja, cómo se llega a establecer la argumentación y cuáles son las razones de la argumentación (los móviles de los argumentadores, las razones que alegan y la razonabilidad que encuentran). Asimismo importa considerar el orden de la argumentación, más planificado o ejemplar, y los límites que la misma puede encontrar. Un enfoque importante dentro del amplio campo de la argumentación es la «propaganda» (Es posible

12. El ocultamiento de las realidad social y los valores es un instrumento de incalculable utilidad para quienes defienden las relaciones de *dominación* imperantes. El funcionamiento normativo da un resultado de menos rigor que el del pensamiento matemático y el de las ciencias naturales, pero es relevante contar con recursos teóricos para dar cuenta de él.

Creemos que más allá de los esfuerzos de Kelsen, Hart, Ross, etc. para construir un lenguaje riguroso en el Derecho y de las diversas perspectivas retóricas de Viehweg, Perelman, etc. urge llegar con el mayor rigor posible a comprender la realidad social y los valores, aunque ese rigor sea en alguna medida diverso del de la evidencia cartesiana.

El reconocimiento de la historicidad del Derecho, también en las fuentes y en el funcionamiento, es de gran importancia para la *participación*, que significa democracia, y para la *pluralidad antropológica* en el tiempo²⁵. La cristalización temporal produce opresión y empobrece la vida.

c. por ej. ALEXY, Robert, "A Theory of Legal Argumentation", trad. Ruth Adlner - Neil MacCormick, Oxford, Clarendon, 1989. Un panorama de las posiciones acerca de la argumentación jurídica puede v. por ej. en ATIENZA, Manuel, «Argumentación jurídica», GARZON VALDES - LA-PORTA, op. cit., págs. 231 y ss.).

Pueden c. por ej. el programa de Teoría de la Argumentación Jurídica de la Universidad de Jaén que obra en <http://www.ujaen.es/dep/derpen/assignaturas/tajuridica.html> (26-9-2001) y el Curso de Especialista en Retórica y Argumentación Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid que se refiere en <http://www.ucm.es/info/derecho/estudios/retorica.htm> (26-9-2001).

25. Es posible v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

El reconocimiento de la pluralidad de manifestaciones del fenómeno humano puede ser imprescindible para lograr la paz en nuestro tiempo.

UNA ARGENTINA “PARASITARIA” ENTRE LA FEUDALIZACIÓN Y LA COLONIZACIÓN (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

1. La gran crisis que se evidencia en nuestros días, cuando la humanidad parece encontrarse, con altos grados de incertidumbre, ante la posibilidad de una “guerra global” contra el terrorismo, se siente de manera especial en países como la Argentina¹. Gran parte de la vida de nuestro país está afectada por una relativa desconexión con la *realidad*, con proyecciones anacrónicas. El apartamiento del mundo real ha motivado manifestaciones «*parasitarias*» y *aspiraciones mágicas*, produciendo soluciones demasiado limitadas, que de cierto modo constituyen situaciones de estilo “*feudal*” frente al capitalismo “globalizado”, y respuestas de dependencia externa, de tipo *colonial*². Al no desarrollar dimensiones «reales», el país se debate

(*). Ideas básicas para la exposición del autor en las Terceras Jornadas Nacionales de la Integración a realizarse en Azul.

Homenaje del autor a su colegas doctores Ada Lattuca y Jorge Stähli, por su vocación integradora.

(**). Director del Centro de Estudios Comunitarios y profesor titular de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, correo electrónico <mciuro@arnet.com.ar>.

1. Acerca del cambio de *era histórica* que se está produciendo en nuestros días pueden v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
2. Es posible v. REZENDE, Joffre M. de, «Linguagem Médica. Parasito, parasita», <http://usuarios-cultura.com.br/jmrezende/parasito.htm> (26-9-2001).

Dada la profunda interrelación entre materia, espacio y tiempo, la actitud parasitaria tiene que resultar combinada con la «u-topía» y el anacronismo. Aunque existan ciertas apariencias semejantes, la «utopía» argentina es diversa de la globalización motivada en gran medida por los alcances de las fuerzas de producción, que explica en mucho la caída del bloque soviético. Si no se está en condiciones de ser globalizado, se cae en la marginación.

entre las aspiraciones autárquicas y la disolución. Aunque aportamos un *relativo desarrollo económico* y un *elevado nivel cultural*, ésta es una de las causas importantes que dificultan el proceso de *integración* mercosureña. La gran mayoría de los objetivos del Tratado de Asunción se torna inviable cuando un país enfrenta los obstáculos que se plantean hoy a la Argentina³.

2. La frecuente actitud parasitaria argentina ante el ubérrimo territorio disponible, tiene entre sus primeras manifestaciones el mantenimiento de la Caja Virreinal del Virreinato del Río de la Plata por los metales de Potosí⁴. Luego se ha expresado en el aprovechamiento de los recursos de la ganadería e incluso de la agricultura por el puerto de Buenos Aires, apoyado en la intermediación en la circulación de riqueza, de modo que se destinaron muchos recursos a la construcción de lujosos palacios y al derroche en los centros de dominación mundial, pero muy pocos a la instalación de industrias que desarrollaran la riqueza del país⁵. En la actualidad, la actitud parasitaria portuaria suele ser sustituida por el parasitismo de actividades bancarias y bursátiles.

3. Con frecuencia, el apartamiento de la realidad y el carácter parasitario de nuestra instalación en el territorio se manifiestan en la dificultad de propia conducción del país, sometido a menudo a *conducciones extrañas* y al desenvolvimiento de *influencias humanas difusas*⁶. La desconexión con la realidad ha llevado a la Argentina a consumir más de lo que produce y a depender hoy de una estabilidad monetaria apoyada en la *artificialidad* paritaria peso-dólar que traslada enormes cantidades de riqueza al extranjero, aunque una salida «voluntarista» de la convertibilidad significaría también enormes daños para nuestra posición interna y externa⁷.

3. La integración es en general, tanto en lo externo como en lo interno de cada país, una oportunidad para el *ajuste de las formas a las nuevas necesidades vitales*, pero la vitalidad argentina es en gran medida «claudicante».
4. Puede v. en este mismo número de «Investigación y Docencia» nuestro trabajo «La Argentina, su vocación por lo abstracto, la jusfilosofía y la crisis actual».
5. Quizás los objetivos de los *conquistadores* y los *inmigrantes* hayan contribuido a acentuar tales rasgos.
6. En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, en que se inspiran muchas de estas reflexiones, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Buenos Aires, Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
7. En cuanto al debate acerca de la salida de la convertibilidad, puede v. por ej. CONESA, Eduardo, ¿Se ha agotado el modelo económico o no?, <http://www.cedycs.org.ar/publicaciones/juridicas/Juridica16/04conesa.htm> (26-9-2001); Devaluar en convertibilidad, <http://www.convertibilidad.com.ar/2.html> (26-9-2001).

El desenvolvimiento del régimen no puede producirse por un plan de gobierno nacional y queda en mucho a merced de *planes financieros mundiales* y se carece de criterios de razonabilidad que permitan una sólida ejemplaridad local. En consecuencia, la vida es poco previsible y la solidaridad no encuentra la amplitud de despliegue que puede desearse.

Alejada de las posibilidades de cambio real, la Argentina suele debatirse en el *estancamiento*, del que se pretende salir con utópicos cambios radicales. Pese a contar con uno de los territorios más ricos del Planeta, el Estado queda sometido a una enorme *deuda externa* con altos índices de «riesgo país», pero el incumplimiento traería consecuencias muy graves, no sólo en lo interno⁸. Imposibilitados de elaborar modelos propios, resultamos condenados a la *recepción* de paradigmas diversos, a menudo incompatibles entre sí y generadores de escasa asimilación e incluso de rechazo⁹.

El aislamiento de la existencia argentina hace inviable el desenvolvimiento de las dos grandes manifestaciones de la vida actual, sobre las cuales parece estar constituyéndose un Estado mundial: el predominante *mercado* y la referencia a la *democracia*.

La Argentina es a menudo un país *anárquico*, con todos los peligros de *desintegración* y los rasgos de *arbitrariedad* que esto significa¹⁰. Si se tiene en cuenta el carácter «cósmico», ordenado, de nuestra naturaleza, se puede apreciar la gravedad que asume el desorden de nuestra conducción.

8. La «burbuja» financiera en que se debate la Argentina lleva a que se contraigan deudas casi con los únicos efectos de lograr asientos contables para el «pago» parcial de las obligaciones existentes y mantener el valor de formal de la moneda. En cuanto al debate acerca de la deuda externa, pueden v. por ej. Naciones Unidas. El Sector Externo, La cuenta corriente y el financiamiento externo, http://www.un.org.ar/situacion_economica_04.htm (26-9-2001); OLMOS GAONA, Alejandro, Seminario sobre aspectos históricos de la deuda externa argentina, en Jubilee, http://www.jubilee2000uk.org/analysis/articles/Historia_deuda_argentina_olmos.htm (26-9-2001); Revista Línea, <http://www.revistalinea.com/notas/julio/economia4.htm> (26-9-2001); Informes de la Deuda, <http://www.trynar.com.ar/Adeudame2001/Informes.htm> (26-9-2001); La deuda que supimos conseguir, <http://www.diarioelzonda.com/deuda/inicio.htm> (26-9-2001). Respecto de la proyección regional, es posible c. v. gr. Consejo Mundial de Iglesias, Oficina de Comunicación - Prensa e información, <http://www.wcc-coe.org/wcc/news/press/01/cc-releases/07prs.html> (26-9-2001).
9. En relación con la recepción es posible v. por ej. nuestro libro «El Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.
10. Vale atender además a la escisión de la cultura argentina en los sectores *hispánico tradicional* y *anglofrancesado* y al predominio de una *actitud católica precapitalista* (es posible v. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; c. WEBER, Max, «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Península, 1973).

4. El aislamiento de la realidad provoca que en cuanto aseguran el cumplimiento de las voluntades de sus autores muchas normatividades argentinas sean *inexactas*, porque ese cumplimiento no se produce. Asimismo hace que diversas fuentes formales sean meros «*espectáculos*» dictados para dar una buena imagen. El reconocimiento de las verdaderas fuentes materiales de las normas lleva a advertir sus raíces extranjeras, muchas veces inadecuadas. Numerosas fuentes materiales no son al fin asimiladas por la realidad.

El distanciamiento de la realidad suele procurar que el mundo real sea sustituido por el de los “*productos de las normas*”. Reiteradamente se busca cambiar mágicamente los componentes de la sociedad, haciendo que haya estudiantes que no estudian, profesores que no educan, trabajadores que no trabajan, etc. Entre las manifestaciones más graves del deseo de cambiar de manera mágica la realidad se encuentran la falsificación del valor de la moneda a través de la *inflación* o de una “*convertibilidad*” alejada de toda razonabilidad económica y las apariencias de industrias y empresas que en realidad no son tales¹¹. Con un sentido de «feudo» se busca que las convenciones sustituyan a los hechos.

De cierta modo, no existe una lógica normativa de la vida. La pirámide referida a una norma hipotética fundamental nacional se torna imposible y, sobre la Constitución, se desenvuelven *tratados y contratos* que someten nuestra existencia al extranjero¹².

5. Nuestro alejamiento de la realidad disminuye las posibilidades de realización de los valores, incluyendo la *justicia*, requerimiento que consideramos supremo en el Derecho, y la *utilidad* con la que se ha de integrar.

11. Pueden v. por ej. A.1 Retorno de la confianza tras la hiperinflación de 1989-90, <http://www.bcu-gub.uy/autoriza/ggmver/oks/tsld004.htm> (26-9-2001); Lafacu.com, La Hiperinflación, <http://www.lafacu.com/apuntes/economia/econom%C3%ADa%20la%20hiperinflaci%C3%B3n/default.htm> (26-9-2001); BBC Mundo, 17-7-2001, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_1444000/1444273.stm (26-9-2001); RUIZ OLAYA, Isabel Cristina, La Hiperinflación en América Latina, en monografias.com, <http://www.deguate.com/infocentros/ecofin/Archivo/docs/hiperinflacionLA.htm> (26-9-2001). Vale debatir si la dolarización de la economía abriría camino al desarrollo o acentuaría el aislamiento de la propia realidad (en relación con el tema de la dolarización es posible c. por ej. HANKE, Steve H., Auge y caída de Argentina, en CATO, http://www.elcato.org/auge_hanke.htm -26-9-2001-; Dolarización en la economía argentina, <http://www.paisvirtual.com/politica/libertad/hayek/index26.htm> -26-9-2001-).

12. Los caracteres de la vida argentina suelen ser «*calificados*» según criterios importados y es permanentemente viable el *fraude* al Derecho propio, con todo el significado de dependencia que esto implica (pueden v. nuestros «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss.).

El distanciamiento de la realidad social dificulta las distintas vías para pensar la justicia, denominadas clases de justicia. Entre esos obstáculos cabe mencionar los obstáculos para encontrar las sendas de cohesión que caracterizan a la justicia general, referida al bien común, cuyas exigencias caracterizan al Derecho Público. El país parasitario carece de una proyección suficiente al bien común y los particulares tienden siempre a *apropiarse de los espacios vitales públicos*. Como no es claro hacia dónde se debe ir, no existen referencias sólidas para la “justicia de llegada” y se desorientan las invocaciones a una equidad que no puede remitirse a casos verdaderamente concretos.

La totalidad de las influencias de justicia que exige considerar el pensamiento respectivo (“pantomía” de la justicia -pan=todo; nomos=ley que gobierna-) es fraccionada caprichosamente, porque no se puede hacer referencia a la realidad en la que cabe tomar en cuenta mejor los requerimientos pertinentes. Con miras a asegurarse en relación con el mundo real, se lo recorta, pero, a su vez, tornándose entonces aparentemente posibles infinitas posibilidades, el hombre argentino suele sentirse *inseguro*. Los consensos sustitutivos de la realidad brindan una seguridad “artificial”.

La falta de suficiente arraigo en la realidad priva de la conexión entre pasado, presente y porvenir, debilitando el *proyecto común* de nación. Para encontrar cauces de seguridad, a menudo los gobiernos se adhieren indebidamente a políticas que no nos son propias, sufriendo, como suele ocurrir en las colonias, las inseguridades metropolitanas pero no los beneficios respectivos.

Dificultados para realizar las valoraciones completas, los argentinos solemos quedar prisioneros de *criterios generales orientadores*, generalmente importados de realidades extrañas e inadecuados para nuestras circunstancias. El apartamiento del material estimativo hace que la virtud sea reducida y promueve el vicio, manifestado en una *corrupción* de cierto modo «estructural».

La situación de dependencia del país parasitario lleva a que los criterios de legitimación *democrática*, queridos por la Constitución formal y consagrados por la conciencia generalizada en el Planeta, no puedan realizarse. Las decisiones más significativas en la vida del país se toman fuera de los cauces respectivos, incluso fuera del territorio, por imposición de organismos financieros internacionales. La debilidad de los partícipes de la vida argentina dificulta también el desenvolvimiento de la legitimación por la autonomía de los interesados e incluso la carencia de realidad desvía a la *aristocracia* fundada en la superioridad moral, científica o técnica. La poca referencia a lo real desorienta los criterios de *responsabilidad* de los repartidores, a quienes a menudo se reprocha menos o más de lo que corresponde.

Nuestro distanciamiento de la realidad debilita los criterios de legitimidad de los beneficiarios, de modo que tiende a imponerse el “*todo vale*”. El desaliento y la venalidad son objetos frecuentes en las adjudicaciones de un país que no tiene la firmeza de la referencia a la realidad. Aunque el *desempleo* es una tendencia de la economía capitalista actual, en la Argentina el aislamiento de la realidad lo hace especialmente intenso¹³. Donde no existen perspectivas reales, no hay posibilidades de *audiencia* verdadera, de modo que los procesos suelen ser meras formas para imponer lo que se desea y se debilitan las posibilidades de satisfactoria *fundamentación*.

En un ámbito donde la consideración de la realidad es muy débil, el reconocimiento de los individuos como fines en sí, exigido por el humanismo, se hace inviable y suelen producirse despliegues de mediatización *totalitarios* en sentido estricto o *individualistas*. Tampoco son posibles los distintos frentes justos de protección del individuo contra los demás, como individuos y como régimen, y respecto de “lo demás” (enfermedad, miseria, desocupación, etc.). Han llegado a tornarse casi inviables la realización del *equilibrio de los poderes*, exigido por la forma republicana de gobierno, y la escisión territorial del federalismo, ambos necesarios para proteger al individuo contra el régimen. El alejamiento de la relación con la realidad bloquea el efectivo resguardo de los individuos respecto de lo demás.

6. El distanciamiento de la realidad dificulta la comprensión de las distintas *ramas del mundo jurídico* en un complejo interrelacionado¹⁴. El Derecho suele ser concebido como una yuxtaposición de compartimientos estancos. Esto afecta incluso a veces al Derecho de la Integración en formación. A su vez, el aislamiento bloquea el relacionamiento del Derecho, como política jurídica, con el resto de las *ramas del mundo político* (política sanitaria, económica, científica, artística, educacional, de seguridad, etc.).

7. La referencia a la «realidad de las cosas» exige un cambio fundamental de la actitud de nuestra gente ante el mundo. Para concretarlo hay que lograr el *desarrollo* empleando los abundantes *medios humanos y técnicos* disponibles.

Asimismo es imprescindible cambiar el modelo del *pensamiento jurídico*. En concordancia con la relativa abstracción de la actitud parasitaria ante el territorio,

13. Es posible v. por ej. GARCIA DELGADO, Daniel, La reforma del Estado en la Argentina: de la hiperinflación al desempleo estructural, <http://www.clad.org.ve/0029813.html> (26-9-2001).

14. Pueden v. nuestras «Lecciones de Teoría General del Derecho», en «Investigación ...» cit., Nº 32, págs. 33/76.

han imperado posiciones filosóficas que reflejan el “horror” a la concreción de la vida, sea por el radical apego a las leyes o a las abstracciones normativas. Por el contrario, han resultado relativamente «embotellados» los paradigmas de apertura a la realidad, como los desenvueltos en la egología fundada por Carlos Cossio y, sobre todo, en el trialismo iniciado por Werner Goldschmidt. Urge aprovechar también estas posibilidades ¹⁵.

La afirmación de nuestra participación en el *proceso integrador mercosureño* depende de nuestra realización como *país*, pero al fin ambas se nutren recíprocamente.

15. El aislamiento y la disolución son amenazas permanentes de la vida de una Universidad que suele apartarse de la realidad.

En cuanto a las tareas que puede cumplir la Universidad con miras a lograr el desarrollo y superar la actitud parasitaria frecuente en nuestra cultura, puede v. por ej. Magazine. Hazlo.com, Así se fabrica un parásito, <http://www.centro-emprende.com/magazine-hazlo/wa-asiunparasito.htm> (27-9-2001).

CONEXIONES ENTRE POLÍTICA Y DERECHO: HACIA UNA TEORÍA DEL USO DE LAS FUENTES FORMALES EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS

MARÍA ISOLINA DABOVE¹

I) Introducción:

El problema del vínculo entre Política y Derecho ha sido profusamente tratado por los filósofos desde la modernidad, a partir de la necesidad de encontrar mecanismos de protección y fortalecimiento del individuo y la sociedad respecto del régimen vigente. En este sentido cabe que afirmar que, al hilo de esta preocupación, se fueron generando diversos paradigmas de relación entre Política y Derecho, acordes con las exigencias culturales de cada época. Así por ejemplo, desde el *Iusnaturalismo moderno* se considerará que entre Política y Derecho existe una relación de subordinación por el origen, en tanto en cuanto la primera legitima y sostiene la vigencia del segundo (*teoría de la supremacía originaria de la política*). En este marco, el Derecho Positivo (cuestión jurídica) es producto de la puesta en marcha del contrato social que, previamente, ha dado origen a la sociedad civil y al Estado (cuestión política). Durante el siglo XIX, esta concepción se radicalizará a partir de

1. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. · Investigadora del CIUNR (Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario). · Profesora de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho - UNR · Dirección Postal: Córdoba 2020, 1º P., 2000 - Rosario. E-mail: <mdabove@fderec.unr.edu.ar>

los postulados de la *Exégesis*, admitiéndose el total sometimiento del Derecho a la Política en la dinámica jurídica: a fin de que la división de poderes se mantenga, el juez debe ser “la boca de la ley”- Montesquieu-. La relación será de subordinación por el origen más, sobre todo, por el funcionamiento del Derecho (*teoría de la supremacía dinámica de la política*).

Con el *Positivismo* del siglo XX se mantendrá, en cambio, el paradigma de la separación absoluta del Derecho y la Política, a fin de construir un concepto científico del mundo jurídico, es decir, de validez universal (*teoría de la desconexión*). Como sabemos, entre sus máximos exponentes se encuentran las posturas de Kelsen y de la dogmática iniciada por Ihering, cosechando muchos adeptos dentro del sistema normativo continental y latinoamericano. Paralelamente, desde el *realismo jurídico* se sostendrá una posición opuesta, admitiéndose no sólo el vínculo entre Política y Derecho, sino además la supremacía de este último por sobre la primera. El Derecho, se dirá, es un sistema que funciona por encima de la Política, en tanto él mismo es un fenómeno de poder. Los sistemas de control de constitucionalidad o la *Judicial Review* y el *stare decisis* o precedente, actúan como tope para el despliegue de la Política, toda vez que permiten limitar al ejercicio del poder (*Teoría de la supremacía funcional del Derecho*). En esto coincidirán tanto el realismo norteamericano representado por el juez Holmes, por Roscoe Pound o Llewellyn, como por las versiones escandinavas de Alf Ross y Karl Olivecrona.

En la actualidad, todas estas posiciones mantienen su vigencia -aunque con matices-, a las que cabe sumarles, básicamente, los desarrollos de la Escuela Crítica y del Constructivismo. En ambos casos se admitirá la tesis de la vinculación entre Política y Derecho, pero con algunas diferencias. Desde la *perspectiva crítica*, la relación entre ambas disciplinas hará que éstas casi *se confundan*, pues dicha relación se establece a partir de la lógica de dominación que mueve las conductas humanas en los dos campos -Horkheimer, Marcuse, Adorno, Fromm-. (*teoría de la subsunción*). Por esta razón, dicho nexo debe ser encauzado a través de la racionalización del ejercicio del poder - Habermas, D. Kennedy-. El *Constructivismo*, por su parte, postula la hipótesis de la *vinculación racional* y, en todo caso *igualitaria* entre Derecho y Política al reconocerse abiertamente la posibilidad de interacción entre sí. El Derecho y la Política, para esta posición, constituyen dos problemáticas autónomas, pero conectadas en un mismo plano, por la vía del consenso -Rawls, Dworkin, Nino- (*teoría de la cooperación*)².

2. Al respecto puede verse, entre muchos otros: NINO, Carlos Santiago, «Introducción al análisis del Derecho», 2 ed., 9º reimp, Bs. As., Astrea, 1998, capítulos IV, V y VI, «Derecho, Moral y Política. Una revisión de la Teoría General del Derecho», Barcelona, Ariel, 1994, «Ética y Derechos Huma-

Dentro de este rico entramado de discusión teórica, intentaré reseñar algunas ideas en torno a los problemas de *conexión entre Política y Derecho que se derivan, específicamente, de la elección y uso de fuentes formales a la hora de concretar el proceso de elaboración de normas*. Para realizar este análisis, utilizaré supuestos generales -metodológicos, y supuestos específicos. Como referente general, tomaré la propuesta de la Teoría Trialista del Derecho y la Política, dentro de la cual se sostienen los siguientes postulados básicos:

- La Política es un fenómeno complejo, cuya finalidad consiste en lograr la convivencia de todos los sectores sociales a partir del desarrollo de la “justicia” (libertad, igualdad y tolerancia) y la “fraternidad”. En su estructura nos encontramos con un conjunto de actos de co-existencia (repartos de oposición y de agregación), descriptos e integrados por normas, y valorados ambos (normas y actos) por los valores de la convivencia (justicia y fraternidad).
- *El Derecho forma parte de la Política* mas no la agota, pues éste se ocupa principalmente de las relaciones intersubjetivas de oposición, recepcionadas en las normas, siendo valoradas ambas -las conductas y las normas- por la justicia-
- Además del Derecho, la Política incluye otros despliegues vitales como por ejemplo los derivados de la Economía, la Ciencia, la Educación, la Tecnología, la Salud, etc. que se diferencian por las necesidades, intereses, fines y valores que concretan. Estas ramas de la política se conectan entre sí, además de vincularse con la problemática jurídica ³ (*teoría de la integración*).

Así, pues, en el marco de una *teoría de la integración entre Política y Derecho* cabe sostener que ambos elementos se relacionan, configurando un sistema interactivo. En él, será posible encontrar diferentes tipos de conexiones: por ejemplo de

nos», Barcelona, Ariel, 1989, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As, Depalma, 1976, «Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad», en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 20, 1997, «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, FIJ, 1994, PECES BARBA, Gregorio, «Curso de Derechos Fundamentales», Madrid, Eudema, 1991, «Derecho y Derechos Fundamentales», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, GUIBOURG, Ricardo, «Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral», México, Fontamara, 1997, RAWLS, John, «Teoría de la Justicia», 1ªed., 2ª reimp., trad. María Dolores González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, WIEACKER, Franz, «Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna», trad. Francisco Fernández Jardón, Granada, Colmenares, 2000.

3. V. CIURO CALDANI, M.A., «Derecho y Política» cit. Derecho, según GOLDSCHMIDT es el conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia (relaciones de oposición), captadas por normas, y valorados ambos por la justicia. Ver del autor: «Introducción filosófica al Derecho», 5ªed., 6ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

oposición y competencia, tanto como de coadyuvancia o colaboración; de subordinación como de equiparación ⁴. Pero en todo caso, se trata de conexiones sensibles al medio en el que se despliegan y a los valores en juego, pues el tipo de vínculo, sus contenidos y los grados de legitimidad de los mismos, serán resueltos en función del contexto cultural vigente.

Señala el profesor PRIETO SANCHIS que, la política actual se caracteriza por la vigencia del *paradigma constitucional*, cuyas novedades se proyectan principalmente en dos aspectos teóricos del Derecho: en el tema de las fuentes; y en el problema de la interpretación y aplicación del mismo ⁵. Este Estado Constitucional aparece en el escenario político postmoderno como fruto de la evolución del Estado liberal y democrático del XIX, y acompañará el período de internacionalización de los derechos humanos y los fenómenos de integración económica. Hoy, el constitucionalismo político se manifiesta en todas las Leyes Fundamentales alumbradas con posterioridad a la guerras mundiales -verbigracia, en Alemania, Italia, España-, así como también, en las Constituciones reformadas de este tiempo, por ejemplo en la Argentina ⁶. La influencia de este paradigma político en el uso de las fuentes será, pues, el supuesto de partida específico, en relación al tema anunciado.

II) El uso de las fuentes formales en la elaboración de normas.

Bases para una teoría

Para el Derecho, como sabemos, las fuentes constituyen un elemento clave del sistema jurídico, pues representan el lugar en el que constan los derechos y obliga-

4. V. CIURO CALDANI, M.A., «Ubicación de la justicia en el mundo del valor», en "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, tomo 2, págs. 16 y ss.
5. V. PRIETO SANCHIS, Luis, «Constitucionalismo y positivismo», México, Fontamara, 1997, págs. 16 y ss. En sentido similar puede verse: ZAGREBELSKY, Gustavo, «El derecho dúctil -Ley, derechos, justicia-», 3º ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, págs. 12 y ss., LA TORRE, Massimo, «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 69 y ss., ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, «Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales», en "Sistema", N° 158, 2000, págs. 91 y ss., «Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos», Madrid, Dykinson, 1997, DE CARRERAS, Francisc, «El Estado de Derecho como sistema», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, PEREZ LUÑO, Antonio E., «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», 5º ed., Madrid, Tecnos, 1995, especialmente págs. 229 y ss., DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y sociedad democrática», Madrid, Taurus, 1981.
6. En sentido similar puede verse: ZAGREBELSKY, G., «El derecho dúctil...» cit., págs. 23 y ss.

ciones de las partes, implicadas en una relación jurídica. En este sentido, es posible mencionar también que existen diversas clases de fuentes, diferenciadas entre sí en función de sus modos de producción, de sus contenidos y del rango jerárquico que le otorgue el ordenamiento normativo en cuyo seno tendrán vigencia. Así por ejemplo, cabe recordar la presencia de *fuentes formales* (Constitución, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas), *materiales* (costumbres) y *de conocimiento* (doctrina)⁷.

El uso de las fuentes formales del Derecho consiste, a mi entender, en el proceso de elección, diseño y puesta en marcha de las mismas, con el fin de concretar normativamente, una decisión política determinada. La fuente, pues, será el producto final del mecanismo decisorio. El proceso se despliega, básicamente, en el plano sociológico del Derecho, puesto que se lleva a cabo mediante la ejecución de acciones intersubjetivas reales, o *repartos*. Sin embargo, se trata de un proceso peculiar, dado que su configuración desencadena a partir de los puntos de conexión existentes entre el sistema político y el mundo jurídico considerado. Estamos, en suma, ante una actividad que se desarrolla en el plano de los hechos. Mas esta actividad “jurídica”, resulta descripta e integrada por las normas y los valores de convivencia “política”. Por otra parte, la dinámica del uso de fuentes expresará las tensiones o armonías que se establezcan entre Política y Derecho, alentadas por el grado de colaboración o competencia mutua, plasmados con anterioridad.

Este proceso de elección y diseño de fuentes formales se desenvuelve en el ámbito de la realidad social del Derecho, gracias a la participación de *sujetos* determinados. Por un lado, habrá un sujeto encargado de poner en marcha esta herramienta -el repartidor-. Y, de otro, operará alguien a quien se considera beneficiario directo de las consecuencias de esta acción. Con el uso de las fuentes, se podrán adjudicar beneficios -potencia- y/o perjuicios -impotencia-, estableciendo el *objeto* de la relación. La selección de las fuentes formales puede materializarse a través de la negociación o la mera imposición; a través de la adhesión o el proceso -legislativo, judicial o administrativo- (*formas*). Se desarrollará, al hilo del juego de los factores reales de *poder* (repartos autoritarios)⁸ o del *consenso* (repartos autónomos); y responderá a diversos niveles de *razones* -móviles, razones alegadas y razones socia-

7. V. GOLDSCHMIDT, W., op. cit., págs. 215 y ss.

8. Son factores de poder tanto la acción que ejercen las personas físicas, como las personas jurídicas, los grupos de presión política, como los económicos, los intereses de una clase como los de la propia organización estatal, las ideologías tanto como las necesidades internas e internacionales. Sobre esta cuestión puede verse, en particular: LASALLE, Ferdinand, «¿Qué es una Constitución?», 2º ed., trad. W. Roces, México, Coyoacán, 1995, págs. 45 y ss.

les- que permitirán justificar esta acción (al margen de su justicia o injusticia material). Por último, es preciso advertir también que este proceso transcurre condicionado por la presencia de *límites*, tanto necesarios como voluntarios, que obstaculizarán o estimularán su desarrollo ⁹.

Ahora bien, este entramado procesal, decíamos al principio, sólo puede tener lugar dentro de un marco normativo que lo describa, y se ejecuta a la luz de los principios axiológicos recepcionados como válidos. El quién, el qué, el cómo, el por qué y los límites de esta instancia serán resueltos bajo los patrones políticos considerados legítimos. Así por ejemplo, en el Estado liberal, el legislador ocupará el papel protagónico en este esquema; y será la ley, la fuente formal principal más adecuada. Pero en el Estado Constitucional, el monopolio quedará en manos del poder constituyente, y de la Constitución, en tanto en cuanto es ella, ahora, quien “in-forma” y “controla” los contenidos de la elaboración del resto de normas.

En el *plano normológico* la descripción de los pasos a seguir en la producción normativa se realiza considerando cuál es la forma de gobierno y la distribución de competencias que concuerden mejor con el sistema político asumido como legítimo. Desde esta perspectiva, entonces, es bueno recordar la vigencia de reglas que determinan el tipo de fuentes a elegir, su contenido, y los sujetos implicados, autorizando, prohibiendo o permitiendo el manejo de las fuentes, a operadores que pertenecen a distintos niveles de organización estatal.

En este sentido, vale la pena destacar que las conexiones iuspolíticas más conflictivas del proceso de elaboración en el marco del constitucionalismo, se establecerán particularmente en dos ámbitos: 1) respecto del marco de facultades concurrentes de actuación; y 2) en relación a los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, quizás por su calidad de derechos-prestación (derecho a la seguridad social, a la salud y a la asistencia sanitaria, a la igualdad de oportunidades, a la vivienda, al trabajo, a vivir en un medio ambiente adecuado, etc.). Y, en ambos casos, se recurrirá a la elección de las fuentes formales más débiles y elásticas que permita el sistema, en términos de garantías y eficacia.

Como hemos señalado en otra oportunidad, adviértase que, en la mayoría de los supuestos en los que se generan estos conflictos, se optará por el recurso de fuentes derivadas del poder administrador: decretos reglamentarios. Mas, este tipo de fuentes no presenta la calidad jurídico-política de las leyes generales. Ni garantiza los derechos subjetivos de manera fuerte con relación al resto de elementos que

9. V. GOLDSCHMIDT, W., op. cit., CIURO CALDANI, M.A., op. cit..

componen el sistema. Decretos y reglamentos, en suma, pueden ser sustituidos fácilmente por la voluntad del gobernante en función del juego de los factores de poder, provocando situaciones de inseguridad jurídica¹⁰.

Así por ejemplo, nuestra Constitución reconoce implícitamente competencias concurrentes entre el Estado Nacional, las Provincias y Municipalidades para actuar en materia de *Geríátricos*. A estos fines recordemos lo dispuesto por los arts. 75 inc. 23 y 125, que promueven la actuación del legislador respecto al derecho a la igualdad material de los ancianos-. El art. 126, referido a las potestades exclusivamente reservadas a la Nación, por delegación de las Provincias. Y, el art. 121, cuyo texto garantiza el funcionamiento del sistema federal, al incluir el principio de reserva de competencias del poder provincial¹¹. Sin embargo, y a pesar de *-o justamente por...-* la variada gama de fuentes formales autorizadas para el uso *-leyes nacionales y provinciales, ordenanzas municipales, decretos nacionales, provinciales o municipales-*, durante el proceso de selección se suele optar por aquella fuente formal que garantiza el juego de los factores reales de poder, sin prestar atención a las exigencias valorativas del constitucionalismo político en materia de derechos humanos. En la Provincia de Santa Fe, verbigracia, la fuente formal más utilizada para “garantizar” el desarrollo normativo de esta institución es la figura del *decreto provincial*. En tanto que, en algunas municipalidades se suele recurrir a las *ordenanzas del Concejo* o a *decretos del Intendente* de turno. Dentro de esta problemática, contenida en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, pues, no se ha echado mano al recurso de la ley¹².

10. V. DABOVE, M. I., «Derecho de la ancianidad y Bioética en las instituciones geriátricas», en “Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 221 y ss. Y también: GORDILLO: A., GORDO, G., LOIANO, A. y ROSSI, R., «Derechos humanos», 3º ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, págs. 13 y ss., TRAVIESO, Juan Antonio, «Derechos Humanos y Derecho Internacional», 2º ed., Bs. As., Heliasta, 1996, págs. 209 y ss.

11. La Constitución de la Provincia de Santa Fe, por ejemplo, contempla la situación jurídica de los ancianos en el artículo 23 cuando señala la obligación estatal de brindar protección material y moral a la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin. Este texto debe ser integrado con el artículo 7, referido al respeto de la dignidad de la persona. Con los artículos 8 a 17, que consagran básicamente los derechos de igualdad, libertad y propiedad. Mas también, debe ser vinculado, en particular, al artículo 19 relativo al derecho a la vida y a la salud, y con los arts. 54 inc.21 y 72 incs. 3,4 y 5 que establecen las atribuciones del Poder Legislativo y del Ejecutivo en esta materia.

12. En la legislación de Santa Fe, verbigracia, rige: el Decreto Provincial N° 02542 (B.S. 355) del 13/11/72 que describe el Reglamento Básico de Hospitales Generales, aplicable a los hogares - hos-

Quizás, en este juego de elaboración normativa se expresan los rasgos propios del constitucionalismo político, a saber:

- 1) el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas de cualquier contenido;
- 2) las exigencias constitucionales podrían interpretarse como directivas relativas al contenido de las leyes;
- 3) la omnipotencia de la ley no sólo ha sido erosionada por arriba merced a la Constitución rematerializada, sino que el Estado contemporáneo las erosiona también desde el ejercicio de la administración¹³

Por otra parte, desde la *problemática axiológica* se observa que, el uso de fuentes formales en la producción de normas requiere la puesta en marcha de algunas tareas necesarias. En primer lugar, habrá que detectar cuáles son los *valores* sustentados por el tipo de fuente que elijamos. Segundo: habrá que observar cómo se vinculan éstos entre sí, en el espacio formal garantizado con la fuente (*relaciones entre valores*). En tercer término, será necesario advertir a qué *criterios o principios axiológicos* responde la fuente que se pretende utilizar; a fin, en última instancia, de poder realizar la elección, mediante un delicado *juicio de ponderación* que evalúe tan-

pitales geriátricos. El Decreto Provincial 2091/80 (B.S. 637), de 7 de Julio, referido a la estructura, equipamiento y control de las Instituciones Geriátricas de carácter privado. El Decreto Provincial 1534/97, de 17 de septiembre o Reglamento general de los Hogares Oficiales para adultos mayores. La Ley Provincial 8525 sobre el Estatuto del Personal de la Administración Pública. El Decreto Provincial 2695/53 sobre Escalafón del Personal Civil de la Administración Pública Provincial, y el Decreto Provincial 1919/89 de Régimen de Licencias, Justificaciones y Franquicias para el Personal de la Administración Pública. En el marco de la Municipalidad de Rosario, por ejemplo, encontramos: La Ordenanza municipal N° 3684/84, del 13 de septiembre, que regula la habilitación de geriátricos privados. La Ordenanza municipal N° 4526/88, de 24 de noviembre, sobre reglamentación y funcionamiento de Institutos Geriátricos privados, la Ordenanza municipal N° 5729/93, de 3 de diciembre, sobre creación de los Centros de Día para adultos mayores contruidos por la Municipalidad de Rosario. La Ordenanza N° 6098/95, de 2 de noviembre, referida a la creación del Foro de la Tercera Edad. La Ordenanza N° 6287/96, de 26 de noviembre, sobre Residencias para Personas Mayores Públicas y Privadas. Y, por último, la Ordenanza N° 6294/96, de 28 de noviembre, aclaratoria de la Ordenanza 6287/96.

13. «...Las nuevas tareas del Estado relacionadas con la gestión de grandes servicios, o con la satisfacción de derechos sociales, ya no son tareas del Estado legislativo, simplemente son ejecutadas por la Administración, sino que requieren una amplia discrecionalidad, si se quiere técnica, por parte de esta última, y que, cuando exigen la mediación de una ley, precisamente obligan a éste a abandonar los rasgos de generalidad y abstracción...» V. PRIETO SANCHIS, L., op. cit., págs. 17, 18 y 19.

to la relevancia de los elementos rescatados en la fuente propuesta, como su adecuación a las circunstancias del caso, que constituyen la materia decisoria (fraccionamiento o desfraccionamiento de las reglas valorativas).

Es en este plano de análisis dónde cumple un papel preponderante la calidad de la Constitución como fuente formal básica del constitucionalismo. Toda vez que, en este paradigma, la Constitución incorpora o “rematerializa” los valores del sistema a través de la incorporación de los derechos fundamentales. En la actualidad, señala el profesor PRIETO SANCHIS, se ha producido un desplazamiento del principio de legalidad hacia la supremacía de la norma superior, por dos razones: 1) la muerte de la ley, por afirmación política del valor de la Constitución como fuente originaria de derechos¹⁴; 2) la rematerialización de un orden de valores previo al Derecho positivo, que sólo puede encontrar cabida en este tipo de construcción normativa. *La Constitución, ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan -mucho más fuertemente que la ley- la validez de las normas inferiores*¹⁵. Desde este lugar, pues, será ella la única fuente encargada de imponer el piso mínimo axiológico que legitimará tanto el accionar de los operadores jurídicos, como el contenido de las normas inferiores que surjan como resultado del proceso productivo¹⁶.

En síntesis, durante el transcurso de esta vía selectiva, habrá que apelar a los valores contenidos en el sistema democrático, a la libertad, a la idea de dignidad, a la igualdad y a la tolerancia, que resulten mejor garantizados por el tipo de fuente habilitada por la Constitución. Mas también, necesario será recurrir al catálogo de derechos fundamentales incluidos en la misma, puesto que éstos funcionan como criterios generales o principios axiológicos de actuación. Por último, cabe señalar que la relación entre fuentes y valores queda sujeta al inevitable control de constitucionalidad.

14. Sobre este particular también se refiere el profesor Germán BIDART CAMPOS a la hora de plantear el carácter no necesario de la ley para el logro de la operatividad de los derechos humanos de rango constitucional. Este planteo, incluso, es formulado con anterioridad a la reforma del '94 de nuestra Carta Magna. Al respecto, puede verse: «Teoría general de los derechos humanos», Bs. As., Astrea, 1991, págs. 341 y ss.

15. V. del autor: «Constitucionalismo y positivismo...» cit., págs. 17 y ss.

16. Respecto al significado axiológico de la separación entre derechos constitucionales y ley puede verse: ZAGREBELSKY, G., op. cit. págs. 47 y ss. Y también: PRIETO SANCHÍS, L., op. cit., págs. 14 ss.

III) Observaciones finales

La tarea de elaboración de normas es una actividad bifronte, pues se despliega a partir de las conexiones observadas entre Derecho y Política. Al hilo de este complejo real, bueno será reconocer la necesidad de pensar *estrategias normativas*, que resulten adecuadas para resolver el carácter formal de la toma de decisiones políticas. En el marco del paradigma constitucional, deberemos preguntarnos acerca del grado de legitimidad y utilidad que presenten las fuentes admitidas, y por su nivel de resistencia a los factores de poder. Desde la dimensión sociológica del Derecho observaremos: si las fuentes escogidas aseguran la posición de los sujetos débiles o la de los fuertes del sistema. Indagaremos respecto de los beneficios o perjuicios de su uso; cuáles son los caminos requeridos para su configuración; si garantizan la concreción de mandamientos o consensos; y qué límites se establecerán para la acción.

En el plano normativo, advertiremos el impacto que tendrá la fuente seleccionada sobre el resto de normas del ordenamiento respectivo; los efectos de estas normas sobre aquélla; las relaciones verticales y horizontales de producción y contenido. El alcance de su validez, los grados de fidelidad y exactitud del instrumento previsto. Por último, la perspectiva axiológica requerirá investigar la legitimidad de la fuente escogida y los criterios de justicia destacados con la misma.

Llegados a este punto, me parece conveniente apuntar que el uso de las fuentes podría ser organizado a través del cumplimiento de ciertos pasos, que resultan concordantes con los del funcionamiento de las normas. A tal fin, los operadores del Derecho -constituyentes, legisladores, administradores, particulares y jueces- podrán:

- 1) Detectar y recortar el universo de casos, analizando sus elementos, y los del contexto que le viene dado (*reconocimiento del universo de casos*)
- 2) Ponderar los intereses, normas y valores en conflicto, estableciendo los criterios o principios axiológicos de actuación (*juicio de ponderación*).
- 3) Decidir los contenidos de la solución, diseñando la respuesta (*construcción normativa*).
- 4) Elegir el tipo de fuente que resulte más adecuado para validar la postura anterior (*formalización*).
- 5) Elaborar el contexto de justificación en concordancia con los procedimientos admitidos por el ordenamiento normativo (*argumentación y conjetura*)

Como cierre del trabajo me gustaría subrayar, que la teoría del uso de fuentes formales se manifiesta necesaria, a la luz del paradigma político constitucional, to-

da vez que, en su marco, se complejizan las conexiones iuspolíticas. El constitucionalismo abre nuevas posibilidades de decisión jurídica, desplazando el monopolio productivo del legislador hacia una pluralidad de agentes normativos. El juez ha salido de la alternativa “boca-muda” o juez legislador, para actuar desde la dinámica de la ponderación y discrecionalidad. En tanto que, la administración ve ampliados sus espacios competenciales, al tiempo que se expande el recurso a normativas negociadas en cabeza de los particulares.

POLÍTICA ECONÓMICA Y POLÍTICA SOCIAL ¿ARMONIA O DESEQUILIBRIO?*

ADA LATTUCA**

Introducción

Uno de los avances notables del período de posguerra del primer conflicto mundial, fue la maduración y formalización del constitucionalismo social. Europa saludó con alborozo este movimiento que jerarquizaba el trabajo y al trabajador, afirmaba el derecho al trato igualitario de hombres y mujeres, amparaba a los niños, establecía las normas básicas para obtener la justicia social y protegía la riqueza pública contra el acaparamiento del capitalismo ¹.

*. Ponencia presentada ante el Primer Congreso Internacional Unión Europea - MERCOSUR, Mendoza, 9 al 11 de mayo de 2001. Deseo aclarar, que adopté el término armonía en el sentido que es utilizada por el profesor CIURO CALDANI en su artículo, *La armonía y la armonización en el mundo jurídico*, en "El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)", Rosario, FIJ, 2001. El autor expresa que al parecer "...las cuestiones de armonía tienen siempre alguna referencia a la *belleza*, por eso se presentan especialmente en las artes y de modo destacado en la *música*, pero en definitiva se manifiestan en toda nuestra referencia al universo, en nuestras propias personas, en la medicina, la filosofía, la astronomía, la economía, la religión, el Derecho, etc. Creemos que en última instancia, la armonía es una de las *perspectivas* desde la que se puede *construir* y comprender cualquier objeto", pág. 79.

**, Investigadora del Consejo de Investigaciones de la UNR. Profesora de la Facultad de Derecho, correo electrónico <lattuca@arnet.com.ar>

1. Ver, Constitución de México (1917) y la de Weimar (1919).

Esta explosión de entusiasmo que coronaba los esfuerzos incoados desde mediados del siglo anterior, otorgó formalmente una jerarquización humanística a un sector excluido de los beneficios que dimanaban de tales derechos durante largas centurias.

La Cuestión Social como se la denominó, ya no fue sólo la plataforma de partidos políticos, una doctrina, o una escuela jurídica, fue la vida misma. A partir pues de las primeras décadas del siglo XX, se produce la transformación no solamente de la teoría general del Estado, sino también de la doctrina de los derechos individuales².

En la segunda posguerra mundial, los países también se reunieron en aras de un ideal de paz, de concordia, y se diagramaron planes para rescatar a una Europa maltrecha que peligrosamente resignaba su histórico protagonismo. La clara visión de grandes estadistas y la tenaz voluntad de las naciones, se sobrepusieron a la probable disgregación del continente y armaron una estructura jurídica que sirve aun de referente a diversos empeños de integración formalizados en el mundo.

Luego de obtener excelentes logros comerciales, la Unión Europea comenzó a elaborar -aunque con cierto retraso- planes y modernas estrategias para dar soluciones a temáticas pertinentes a la cuestión social, organizando con asiduidad numerosas Cumbres con la participación de los sectores involucrados.

En el bloque mercosureño aun no podemos avizorar una tarea conjunta y consensuada sobre tan ardua cuestión. El Subgrupo dedicado a la cuestión ha carecido, desde su variable constitución, de una presencia activa y de reglas uniformes y sostenidas sobre un tema que se ha convertido al hilo de las emergentes históricas en prioritario.

Uno de los interrogantes que se plantea en la actualidad es el de discernir el grado de relación que existe entre el problema económico y el problema social. Esto es, si son términos tan imbricados que la solución del primero arrastra consigo la definición de la problemática social³.

Al parecer, el mayor interés de los países mercosureños y del mundo es el de vigilar, organizar, sanear la economía con el objeto de procurar un sólido y continuado incremento financiero, para gozar de los beneficios que tal situación implica

2. El Estado no puede limitarse a reconocer la independencia jurídica del individuo, ha de crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia jurídica. Uno de los efectos tangibles fue el robustecimiento de un Estado que debía velar por el "bien público", para beneficio de la colectividad.
3. BOURDIÉ, Pierre, comp. "La miseria del mundo", Primera Reimpresión, Buenos Aires, FCE, 2000.

para sus habitantes. Tarea en especial aguda y controvertida en estos momentos, en los que la desorientación, la incertidumbre y el suspenso se convierten en las notas distintivas que acompañan un variopinto cuadro de medidas económicas las que involucran, en general, el grado de participación que asume el Estado⁴.

A diferencia de lo ocurrido en la década de los años '70, en la que se asignó un rol fundamental como actor del desarrollo económico y social, en la de los años '90 se insistió en otorgarle una actuación secundaria. Mientras menos intervenga el Estado la situación tenderá a mejorar. También, existió una posición ecléctica que confería al Estado una función reguladora, y en algunos casos subsidiaria de la iniciativa privada.

Sin embargo de las etapas cumplidas, en lo que parece haber consenso es que ese Estado pequeño, subsidiario, facilitador o regulador debe ser una organización fuerte y eficaz⁵.

Claro está que en esta toma de posiciones acerca del rol del Estado, sean las opuestas o la mediadora, urge analizar en qué grado concurren a solucionar el problema más agudo y lancinante que enfrenta la población mundial. Se debe tener clara conciencia acerca de la gravedad de la situación actual, y de la imperiosa necesidad de programar políticas económicas compatibles con políticas sociales, que permitan que los beneficios de las primeras no alcancen solamente a un sector privilegiado, exclusivo y cada vez más poderoso.

Según ha tomado cuerpo en la opinión pública, lo relativo a una política económica de reducción del gasto público es necesaria e imprescindible. Ahora bien, esto implica dificultades muy graves puesto que dentro del paquete de medidas quedan aprisionados no sólo un Estado que va paulatinamente enflaqueciendo sino que se encuentran en peligro sectores como la salud, la educación, la seguridad, que requieren precisamente el aporte de los recursos públicos. Y al no poder ser solventados por este medio, se echa mano al incremento tributario, muchas veces sorpresivo y desproporcionado respecto de los recursos de un importante sector de la población.

En consecuencia, el éxito logrado en el programa tendiente a lograr los equilibrios macroeconómicos, no asegurará necesariamente un resultado satisfactorio ni el mejoramiento de las condiciones de vida para la mayoría de los ciudadanos. En definitiva, lo económico no necesariamente es prioritario sobre lo social, o viceversa, sino que los dos aspectos deben ser parte de una misma gran política, compartiendo su peso en el tiempo y con detenimiento.

4. CHAVES, A., Ángel Polibio, "Política social: un enfoque productivo", en "Contribuciones", n° 69, Buenos Aires, Ciedla, enero-marzo, 2001, pág., 129 y ss.

5. Idem, pág. 132

Sobre el ALCA y América Latina

La situación de desorientación y desaliento en América Latina está bastante generalizada, más aún dentro en la incertidumbre que se presenta sobre su asociación futura sea a la Unión Europea o al ALCA.

Las manifestaciones públicas contrarias a esta última opción acaecidas en Buenos Aires y en Québec, evidenciaron un rechazo que quizás traduce, en esta conflictiva actualidad, un estallido que es la suma de sectores postergados dentro de cada país. Más allá que un meditado análisis de la cuestión y la recurrencia a estas exteriorizaciones evidencia el único modo -a veces espectacular- de expresar sus angustias y sus miedos.

El hombre, me parece, se empequeñece cada vez más, es como si se disolviera en un mundo gigante que ha llegado a los umbrales de fabricar otro hombre, de enviar aviones que cruzan el océano sin necesidad de la conducción humana, de proyectar viajes de placer espaciales. Ante el imponente cambio que se produce a diario se levanta el imperio, el poder de la tecnología como si fuese una especie de posmoderno Leviathan que signa el destino de la humanidad, que elige quienes gozarán de sus beneficios y cuáles serán diezmados. El hombre, creo, se está quedando sin espacio y sin tiempo. “El espacio no se lo ve tan sólido como el tradicional, la realidad virtual que parece la negación del espacio, es de cierto modo *el triunfo del espacio global*”⁶.

El Papa denunció en su mensaje dirigido a la Academia de Ciencias Sociales los males que aquejan a la humanidad advirtiéndole, que la globalización no puede ser una nueva vía que conduzca al colonialismo⁷. Es que, se está difundiendo en el mundo la reproducción, sutil pero no menos efectiva y deleznable, del mercado de esclavos de la Edad Moderna, merced al lucrativo negocio de obtener mano de obra barata⁸. Está visto, que las economías con alto grado de desempleo, resisten las concesiones que otorga el sistema de libre comercio y se difunde el extendido negocio de contratar mano de obra “en liquidación”.

6. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal”, .cit., pág. 21

7. En el mismo expresó que la globalización en sí no es ni buena ni mala, sino lo que los hombres hacen de ella, y en especial sobre la III Cumbre realizada en Québec, advirtió sobre el movimiento de protesta como una clara manifestación en contra de la prioridad que se otorga a las ganancias corporativas sobre el empleo y el medio ambiente, www.cnnenespañol.com, 22 de abril de 2001.

8. “El tiempo que se apoyó en el trabajo humano y progresó inicialmente hacia la esclavitud, se cierra ingresando en la *robotización, la desocupación y la posibilidad de la dominación genética*”, CIURO CALDANI, op.cit.

La Declaración de Québec, la Cumbre de Niza o de Durban, arrojaron como las anteriores un magro resultado en medio de convulsiones populares⁹ y galerías de fotos con personajes sonrientes en estos encuentros de confraternidad mundial, salvando la exclusión de Cuba, o el bombardeo a la pequeña isla de Vieques, “sin mayores riesgos para su población”, según aseguran las autoridades del Pentágono.

En los documentos finales o borradores, como también se los denomina, se confiesa la dificultad que aún se encuentra para lograr, a través de estas reuniones, una mayor profundización e incidencia en la vida cotidiana de los pueblos y adecuado y deseable bienestar general. Aunque en todas, se subraya el mandato de velar por una democracia perdurable y el mantenimiento del Estado de derecho, previendo medidas punitivas ante cualquier alteración de aquellos principios, puesto que la democracia pasa a ser “el sistema indispensable para que un país se beneficie”.

En los años iniciales del Mercosur, uno de los supuestos que se marcaban ante la reanudación de la política de integración era, precisamente la re democratización de los países americanos como un reaseguro de crecimiento sostenido.

Es verdad, que ya no está en juego la supervivencia del sistema democrático. Pero acerca de la reflexión si está consolidada la democracia en Argentina y en general en muchos países de América Latina, habría que diferenciar entre el funcionamiento de las instituciones democráticas, donde aun se detectan muchas irregularidades, y el arraigo de la democracia en la cultura política. Creo, que la discusión se debería enfocar hacia la *calidad* de la democracia¹⁰.

Sabido es, que en la mayoría de las naciones durante la década de los años '90, se produjo la materialización formal de la transición hacia formas de gobierno democráticas, sin embargo en muchas de ellas las instituciones públicas y políticas ofrecen puntos vulnerables para apuntalar la modernización política y el cambio social. “En muchos países aun no se ha materializado el Estado de derecho en el sen-

9. Algunos presidentes menospreciaron estos sucesos al juzgar que ellos obedecían a una tarea organizada por extremistas. Otros comentaron “que es fácil protestar cuando se tiene un empleo y comida en la mesa todos los días, como lo tienen esos manifestantes”.

10. NOLTE, Dietef, “De ‘la larga agonía de la Argentina Peronista’ a la ‘Reconversión Menemista’”, en “Transformación de los sistemas políticos en América Latina”, Buenos Aires, Ciedla, 1996, pág. 9 a 62.

El personalismo, el pensamiento en órdenes jerárquicos y una actitud intelectual excesivamente expresiva y trascendental. Son consideradas los patrones característicos de la cultura política en América Latina y siguen siendo una pesada carga para la evolución en dirección a los sistemas políticos democráticos o al menos participativos. El cambio en la cultura política se podrá realizar en la medida que los órdenes democráticos cobren estabilidad y coherencia y ofrezcan una marcada eficiencia en la solución de las múltiples problemáticas políticas, económicas y sociales.

tido del imperio de la ley, la transparencia y comprensión de los actos de justicia y de la igualdad ante la ley, lo que en muchos casos se corresponde estrechamente con una mala administración de la justicia, además de ineficiente y corrupta”¹¹. En varias naciones latinoamericanas la vigencia del Estado de derecho y la garantía de la igualdad ante la ley, no puede aun asegurarse. Grandes grupos se han “adueñado” del territorio, vigilando y aun “marcando” la política gubernamental como los terroristas, guerrilleros y narcotraficantes. En otros Estados el gobierno no puede prevenir y controlar la violencia policial, así como otorgar un trato judicial justo en especial para los pobres o miembros de minorías.

Pero también, es necesario puntualizar que no siempre los ciudadanos reconocen y cumplen con sus deberes para con la sociedad en la que viven. Se trata en este caso de *sobre enfatizar* sus derechos y ocultar sus deberes.

Según aseguran los defensores del ALCA con sus 800 millones de consumidores, que ello “favorecerá la prosperidad regional permitiendo elevar los niveles de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y proteger mejor el medio ambiente”. Es de esperar que así sea.

El desafío, mejor la “mega contienda” que se deberá librarse en todo el hemisferio, como se recoge en el borrador de la III Cumbre, es en especial contra la pobreza. América Latina ofrece el desolador espectáculo de 220 millones de personas viviendo en la pobreza y cabe preguntarse ¿cuándo se convertirán en consumidores?, si apenas pueden consumir alternadamente el “pan de cada día”.

Los beneficios de una política económica que atienda al desmesurado crecimiento de un pequeño y “selecto” sector de la población está atentando contra la credibilidad de las instituciones políticas y aumentando el convencimiento acerca del rol cada vez más débil del Estado, en la medida que el crecimiento económico no llegue a equilibrar las condiciones sociales y con ello el eufórico discurso de la democracia, como herramienta salvadora de tal situación, se torna en un recurrente utópico y cada vez más lejano¹². Es, salvando las distancias, como escuchar a los

11. HOFMEISTER, Wilhelm, “Transformación de los sistemas políticos en América Latina: resumen de las experiencias y conclusiones en el marco de la cooperación internacional”, en *idem*, pág. 443.

12. En Québec el tema de la democracia resultó en cierta forma, la vedette de las reuniones y su defensa provocó el entusiasmo de los presidentes, el mandatario argentino Fernando de la Rúa subrayó que “la cláusula democrática incorporada se dirige a consolidar la estabilidad de los gobiernos que surjan de la voluntad popular, en el convencimiento que es en la democracia donde se realiza en plenitud la persona humana”<http://cnnespanol>, 22 de abril de 2001. El presidente de Venezuela, Hugo Chávez, manifestó ciertos reparos, sea para expresar su convencimiento acerca de la necesidad de reemplazar a la democracia representativa por una participativa, cuanto por la fecha designada y corroborada para dar inicio al megabloqueo americano.

teorizadores del liberalismo político que preconizaban una igualdad que no sería igual para todos. Además, y hasta el momento no se ha hallado un sistema que pueda conjugar la mayor libertad y competitividad económica con un régimen verdaderamente democrático. Continúan ambos siendo términos contrapuestos.

Además, no ha quedado claramente establecido ¿de qué modo se van a implementar las medidas aplicadas en el país que contraviniese los principios democráticos? Las opiniones al respecto no resultaron coincidentes, puesto que se pensó en excluir del sistema a la nación transgresora, o aplicar el cerrojo económico a través del proveedor natural de América Latina que es el Banco Interamericano de Desarrollo. La Cumbre, en este sentido no logró aunar los criterios a seguir.

Las propuestas firmadas en las anteriores Cumbres de Miami y Chile (1996-1998 respectivamente), guardan gran similitud con las declaraciones de Quebec y no se advierten aún, avances significativos en la consideración de temas apremiantes como la salud, educación, trabajo, defensa de las minorías, migraciones y todo un amplio espectro que encierra a grandes cupos de la humanidad. Claro está que el ALCA entrará a funcionar en el 2005 y en cuatro años, quizás, se produzca una inversión completa de la situación actual, sea porque se solucionarán los problemas o porque los personajes marginados desaparezcan de la escena por una acentuada caquexia.

En cuanto a la situación argentina, parece que el diseño de política económica implementado por el ministro de los superpoderes, Domingo Cavallo, halla eco favorable en los centros de poder decisorio del destino de América Latina. El FMI, apoyó las medidas anunciadas por el ministro en el sentido de reducir el gasto público, una mitad de los ahorros provendrá de reducciones a las partidas de seguridad social y el resto de erogaciones de distintas áreas de gobierno. También ha propuesto que a partir del 1° de mayo entre en vigencia la reforma impositiva que no necesitará el aval del Congreso. El Presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn expresó satisfecho el apoyo a este programa de gobierno. “Nosotros creemos que está bien encarrilado, y no nos estamos poniendo histéricos”. En una declaración reciente Cavallo confirmó que ha llegado “la hora del crecimiento”¹³.

Ello no condice demasiado con el protagonismo que hemos adquirido en cuanto al ranking de riesgo país. Ni tampoco con el destacado espacio otorgado en la prensa mundial asignándonos el rol de exportadores de aftosa y de crisis econó-

13. Declaración en el Diario “Clarín” del 30 de abril de 2001.

micas¹⁴. Y lo que más duele, es la “exportación” de una gran parte de su población activa, ávida por emigrar hacia nuevos horizontes que le permitan sobrevivir dignamente.

No resulta más halagüeña la situación en muchos países de América Latina que reclaman solidaridad y denuncian la insensibilidad de una política económica que no los comprende¹⁵.

El proceso de globalización ha puesto en jaque también a las instituciones y además, el Estado se encuentra rebasado en su capacidad de gestión y en el momento que intenta adaptarse a los nuevos módulos advierte que se enajena el respaldo de sectores hasta entonces protegidos por él, que hacen sentir su disconformidad en marchas y manifestaciones cada vez más frecuentes. La mayoría de estos movimientos sociales rechazan la globalización y el Estado porque sienten que los excluye.

Respecto del desarrollo, equidad y democracia debemos expresar que ellos son objetivos de cualquier sociedad, que deben perseguirse independientemente pero que de alguna forma se retroalimentan, aunque sin que uno sea el factor determinante del otro, o de los otros. Se exige avanzar en reformas económicas y sociales y profundizar la reforma política en el entendimiento que ellas se refuerzan mutuamente. Sin crecimiento económico no hay posibilidad de desarrollo social y tampoco de desarrollo político¹⁶.

14. Nos enfrentamos a la clausura de la mayoría de los mercados internacionales, sin tener en claro la opinión pública la responsabilidad que cabe a las autoridades, la exacta dimensión del peligro de la aftosa, el tortuoso camino de las negociaciones, y el sospechoso sistema de vigilancia implementado en las zonas fronterizas.

15. En Uruguay se produjo el 27 de abril una masiva manifestación en contra de las privatizaciones; en Bolivia organizaciones cívicas denuncia que el país atraviesa la peor crisis de todos los tiempos arriesgándose con ello el sistema democrático y la estabilidad. Estas organizaciones exigen al sistema político la búsqueda urgente de soluciones a corto plazo a través de un pacto con los sectores sociales. Mientras que en Paraguay las protestas populares “brotan por doquier” y señalan que, “el país es un barco sin timón que hace agua por todos lados” [http://www. Cnnenespañol, com](http://www.Cnnenespañol.com). Impreso/web, diarios El País, El Universal, del 27 al 30 de abril de 2001.

16. FRANCO, Rolando, “Globalización, democracia y equidad ¿Qué pasa hoy en América Latina?”, en “Contribuciones”, 3/2000, Buenos Aires, Ciedla , págs. 49 a 74. El autor sostiene que un país que no logre integrarse al mundo globalizado, difícilmente podrá permitirse niveles mínimos de bienestar para toda su población. También ver, SABINO, Carlos, *Un programa político para la justicia social*, idem, págs. 39 a 48.

(En momentos de entrar en prensa este artículo, los efectos del tremendo atentado terrorista producido en suelo norteamericano, el 11 de setiembre modificarán probablemente el curso de las relaciones internacionales, así como las vinculaciones de los bloques comunitarios, sea en el interior de la Región cuanto hacia el exterior. Estamos asistiendo, creo, a una nueva Edad de la Historia)

EL CIUDADANO COMO CONSUMIDOR (*)

FERNANDO J. LUCIANI - MARIANO H. NOVELLI (**)

El mundo ha evolucionado. Esto es un hecho. Desde los antiquísimos nómades y las primeras comunidades agrícolas, hasta llegar a la formación de los Estados nacionales y a la actual época postmoderna¹.

En suma, y sin tener en cuenta las denominaciones que a los distintos grupos de personas que surcaron nuestra historia deseásemos darles, encontraremos que todo siempre se ha tratado y se tratará -hasta el fin de los tiempos- de seres humanos; más específicamente y ya para introducirnos al tema que nos convoca, afirmaremos que la esencia del desenvolvimiento histórico se concentra en un problema perenne: la satisfacción de las necesidades, la contienda por quién provee y por quién debe ser abastecido.

(*). Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado, llevado a cabo los días 7, 8 y 9 de junio de 2001 en la Facultad de Derecho de la U.B.A. Su idea central fue incluida, por moción del Dr. Gabriel Stiglitz, como conclusión final del despacho de la comisión VI ("Derechos de los Consumidores"), subscripto asimismo por juristas como Noemí Nicolau, Claudia Lima Marques, Carlos Hernández y Javier Wajtraub, entre otros.

(**). Ayudantes-alumnos de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, UNR.

1. Con relación a la bibliografía acerca de la postmodernidad, puede v.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La doctrina jurídica en la postmodernidad", en "Jurisprudencia Argentina", 18/VIII/1999; "El cambio de la era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 24, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, ps. 77 y ss.; "El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", n° 33, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, ps. 19 y ss.; del mismo autor, en colaboración con CHAUMET, Mario, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación..." cit., n° 21, ps. 67 y ss. Asimismo, resultan de provecho las obras a las que se remite en las notas de los citados trabajos.

Avanzando rápido hacia el presente, observaremos que hogaño la relación de consumo se ha escindido, delimitando elocuentemente dos riberas opuestas. De un lado, hallamos a quienes producen y surten a quienes, del otro, deben insoslayablemente consumir los productos ofrecidos.

Este fenómeno ha devenido en una situación demasiado favorable para unos y en una paradójica “elección” entre una única opción posible para otros. En nuestro país, este *statu quo* de desequilibrio ha sido mitigado con la sanción de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor², cuyo objeto es resguardar a la parte más débil en la relación de consumo. Durante mucho tiempo, debido a la preeminencia de la doctrina del *caveat emptor* (en latín, “que el consumidor sea consciente”), no se defendió expresamente a esta categoría de personas. La ley 24.240 vino a romper con este principio, y está en los operadores del Derecho el convertirla en plenamente eficaz y exacta para los ciudadanos argentinos³.

En uno de sus múltiples estudios, la Dra. Noemí Nicolau sostiene que “acompañando al proceso económico, se viene produciendo una evolución del pensamiento filosófico que coadyuva a poner de manifiesto la insuficiencia de los conceptos tradicionales”⁴. Coincidimos plenamente con la apreciación vertida por la jurista rosarina, y rescatamos la necesidad de perspectivas innovadoras en los diversos campos del mundo jurídico. Es por ello que procuraremos, en estas líneas, efectuar un análisis *de lege ferenda* sobre algunos aspectos que, en virtud de una interpretación extensiva⁵ de las disposiciones del capítulo I de la ley 24.240, estimamos que deben ser considerados con miras a la protección integral del consumidor o usuario, partiendo de una concepción ampliada de éste.

2. Sancionada el 22/IX/1993, promulgada -con observaciones por dec. 2089/93- el 13/X/1993 y publicada en el B.O. el 15/X/1993. Reglamentada por dec. 1798/94 y modificada parcialmente por las leyes 24.787 -observada por dec. 270/97- y 24.999.
3. Sobre la exactitud de la norma, lo que implica que ésta efectivamente se cumpla, puede c., v. gr.: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Bs. As., 1987, ps. 198 y ss.; CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Depalma, Bs. As., 1976, ps. 86 y ss.
4. NICOLAU, Noemí Lidia, “Concepto del contrato”, en “Enciclopedia de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, t. II, p. 582.
5. Recomendamos, sobre este tópico, la lectura de: GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 268. Asimismo, nos parece atinado el criterio del Dr. Guillermo Borda respecto de la necesidad de tener en cuenta el resultado al momento de efectuar una interpretación normativa, tal como lo ha convalidado la Corte Suprema, declarando que “la búsqueda de soluciones justas y adecuadas es una tarea común del legislador y los jueces” (“J.A.”, t. 20, 1973, p. 191); BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, 11ª ed., Perrot, Bs. As., 1996, t. I, ps. 219 y ss.

1. Extensión de la noción de consumidor o usuario⁶

1.1. El ciudadano como consumidor. El Estado como prestador.

“El Derecho del Consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor”⁷. Esta definición deja bien en claro que se trata del conjunto de preceptos generales y específicos, cuya finalidad radica en allanar las situaciones de notable desequilibrio verificadas entre los proveedores y los consumidores. Pero nada dice acerca de quiénes deben considerarse consumidores, y éste es el *quid* que resulta interesante analizar.

Remitiéndonos a la ley 24.240, el artículo 1 estipula que “...se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda...”.

El legislador, con buen criterio, ubica como consumidores a las personas que deben pagar un precio para obtener un bien final determinado, basándose para hacerlo en las notorias desigualdades existentes entre el proveedor y el consumidor. De esta forma, reprime al proveedor, por lo general la parte fuerte y poderosa en la relación de consumo, pero omite un aspecto fundamental para otorgar una protección real al individuo consumidor. Concentra su atención en cuestiones de Derecho Privado solamente (vínculo proveedor-consumidor), y cierra así los ojos frente a la mayor de las corporaciones, a la única que formalmente tiene permitido el monopolio. Nos referimos a que la ley 24.240 ha prescindido de proteger al hombre del mismo Estado, esquivando admitir que éste último se halla en una situación de notable superioridad con respecto al ciudadano-consumidor.

Los gobernantes ya no pueden ser concebidos como meros repartidores, según lo enseñara el maestro Werner Goldschmidt, ni como agentes de la equidad social.

6. Aun cuando no nos parezcan palabras sinónimas, a los fines del presente trabajo utilizaremos indistintamente los vocablos “consumidor” y “usuario”, respetando la circunstancia de que la ley no diferencia entre uno y otro. A fuer de decir verdad, resulta clara la semejanza entre ambos vocablos, desde que el primero se refiere al adquirente de productos finales, básicamente bienes de carácter material, y el segundo convierte al sujeto en objeto de la prestación de servicios por un tercero.
7. BENJAMÍN, Antonio, “El derecho del consumidor”, en “Jurisprudencia Argentina”, n° 5830, 26/V/1993, p. 5.

La globalización del mundo ha determinado que el Estado negocie no sólo con aquellos que lo han creado (los ciudadanos), lo sostienen y a quienes debería rendir cuentas, sino que el fenómeno de integración transnacional ha provocado que deba también atender a otras corporaciones como él, ya sean públicas o privadas.

Ésta es la razón por la cual el Derecho del Consumidor debe trascender del Derecho Privado e ingresar en la esfera de lo público. Y dejar, por ende, de ser sólo un arma del comprador contra el vendedor, que tenga al Estado en un plano pasivo, neutral y meramente subsidiario (actuando recién al momento de la reparación de los perjuicios). Este Derecho debe, definitiva e indubitadamente, reconocer el rol activo que el Estado fácticamente tiene en la relación de consumo, y bregar, ergo, por que cumpla con las prestaciones a su cargo.

1.2. ¿Por qué debe aplicarse la ley 24.240 a la relación del ciudadano con el Estado?

No es compleja la respuesta a este interrogante. Basta tan sólo con interpretar exhaustivamente el artículo 1 de la mencionada ley. A nuestro modesto entender, dicho artículo exige 3 elementos esenciales, que son indispensables para que las personas sean amparadas por el mencionado plexo normativo. Son ellos:

1. *La presencia de un contrato entre las partes.*
2. *Que éste sea a título oneroso.*
3. *Que la prestación (objeto de la obligación⁸) esté destinada al consumo final.*

De lo expuesto se concluye que **el Estado puede y debe ser pasible de la aplicación de la ley 24.240**, ya que reúne todos los requisitos necesarios para su inclusión como parte en la relación de consumo, dejando de ser un mero testigo de cómo la misma se plantea entre particulares.

Con respecto al primer requisito mencionado -contrato entre las partes-, debemos inferir que no contradice lo propuesto, sino que, por el contrario, reafirma la te-

8. Aunque la doctrina no sea pacífica respecto de la cuestión, creemos que no debe confundirse el objeto de la obligación, que es la prestación debida (consistente en un dar, en un hacer o en un no hacer), con el objeto del contrato, que es la operación jurídica que con él se persigue realizar. Resulta categórica, en este sentido, la diferenciación entre uno y otro concepto efectuada en: MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Bs. As., 1960; y en la obra de los mismos autores en colaboración con CHABAS, F., "Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale", 7ª ed., Montchestrien, Paris, 1991. A nivel nacional, sigue esta orientación, entre otros: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 223 y ss.

sis sostenida, en virtud de un pacto tácito entre el pueblo y los gobernantes, base del sistema republicano que establece nuestra Constitución en su artículo 1. Dicho pacto no es más que un contrato por medio del cual un grupo de personas, que forman una nación, convienen con otras que éstas les presten -por un plazo determinado; en nuestro país, por lo general de 4 años- los servicios que a todos los individuos nos interesa que sean de atención colectiva. En suma: contratamos para que se nos proteja (funciones de defensa exterior, seguridad y administración de justicia); para que se nos asista (en la desventura, crisis, enfermedad, etc.); y para que se presten todos los demás servicios básicos a la comunidad, tales como brindar el Estado educación elemental gratuita a la población⁹. Para una mayor y mejor comprensión acerca de los beneficios que nuestro “contrato social”¹⁰ nos garantiza, basta con remitirse a la Constitución Nacional, como asimismo interpretar desde la óptica del artículo 7 de la ley 24.240 las promesas o propuestas de los candidatos en las campañas políticas, asignando pertinentemente carácter obligatorio a lo que no son otra cosa más que ofertas dirigidas a *consumidores potenciales indeterminados*, utilizando, verbigracia, un medio masivo de comunicación.

La Constitución es, en los hechos, un contrato mediante el cual el pueblo concede a una persona el poder de dirigir los destinos del resto y, al mismo tiempo, se asegura que ésta respete y haga respetar los derechos que a todo hombre y a toda nación le son inherentes. De esta manera, se deja en claro todo lo que quien gobierna debe hacer y también lo que no debe hacer, pudiendo éste conceder nuevas prestaciones y beneficios para el ciudadano-usuario, pero nunca suprimirlos. Se arriba entonces a una conclusión terminante: la interpretación debe ser siempre a favor del

9. En este sentido, afirmó ya doctrinariamente el derecho a la educación Alberdi, en el artículo 16 de su “Proyecto de Constitución” (ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Orientación Cultural, Bs. As., 1960, p. 186). Y fue la idea receptada por los constituyentes de 1853, que incluyeron principios programáticos en el preámbulo de nuestra Carta Magna y en su artículo 14 que pauta el derecho de enseñar y aprender. Finalmente, la Ley Federal de Educación n° 24.195 determina en sus artículos 2° y 3° que “el Estado nacional tiene la responsabilidad principal e indelegable de fijar y controlar el cumplimiento de la política educativa” y, concurrentemente con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantiza “el acceso a la educación en todos los ciclos, niveles y regímenes especiales, a toda la población, mediante la creación, sostenimiento, autorización y supervisión de los servicios necesarios”.
10. En palabras immortalizadas por Locke y Rousseau. V., por ej.: LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, trad. Amando Lázaro Ros, 1ª ed. en la Biblioteca de Iniciación Política, Aguilar, Madrid, 1969; ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social o Principios de Derecho Político”, 10ª ed., Porrúa, México, 1996.

ciudadano, lo que concuerda con lo prescrito por el artículo 3 *in fine* de la Ley de Defensa del Consumidor. Pretendemos, pues, que “ciudadano”, en aquellos casos en los que el Estado ocupa el lugar de proveedor, sea perfectamente equiparable a “consumidor”.

A colación del segundo requisito que entendemos debe darse para que exista relación de consumo según la ley 24.240 -la onerosidad del contrato-, no hay mucho que explicar. El Estado se construye con los aportes pecuniarios de todos los ciudadanos (tasas, impuestos, etc.), que son el precio por una prestación. Aparece así como evidente que al Estado se le paga por otorgarnos servicios; y, más específicamente, al Poder Ejecutivo, que es quien está directamente compelido al cumplimiento del contrato, siempre bajo la supervisión del Poder Legislativo, cosa que no obsta la eventual responsabilidad del Poder Judicial como órgano de contralor de los anteriormente mencionados.

Precedentemente hemos descripto cómo debería funcionar un verdadero Estado de Derecho, donde cada poder cumpla su función sin menoscabar las de los demás y, sobre todo, respetando las pautas establecidas en aquel supremo contrato que vincula y acerca al pueblo y los gobernantes. Y por más que lo explicitado hoy forme parte de una ficción, no puede negarse la presencia del elemento oneroso en la relación entre el ciudadano-consumidor y el Estado-prestador. Dicha onerosidad es cada vez más manifiesta en nuestros tiempos.

Finalmente, arribamos al análisis del tercer requisito planteado inicialmente. Y vale aquí destacar algo que puede incluso resultar obvio y que nadie podría negar: que lo que el Estado otorga o debería otorgar a los ciudadanos tiene como único objeto el consumo final. Sería ilógico pensar que un estudiante pretendiera que se le mejorara el edificio en el cual permanece buena parte de su tiempo para intentar venderlo, o que alguien exigiera un ambiente sano y limpio sólo para fomentar el turismo. Acá, más que nunca, la prestación es para consumo final.

2. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a la relación ciudadano-Estado

Una vez que hemos aceptado considerar al ciudadano como un consumidor más, advertiremos sin demasiado esfuerzo que el incumplimiento por parte del Estado es manifiesto, que éste utiliza su poder para vulnerar reiteradamente los derechos de todo consumidor y que, por si esto fuese poco, se permite sancionar una ley que él no piensa cumplir, por entenderse sin razón excluido del alcance de la misma.

Resultaría tedioso enumerar todos los puntos en los cuales los ciudadanos-consumidores nos encontramos desprotegidos; pero sí, y para dar sustento a nuestra pro-

puesta, desarrollaremos algunos de los aspectos más sobresalientes, claro que no por su ejemplaridad sino por la falta de ética que conllevan y su carencia axiológica en cuanto a los valores naturales, en particular al absoluto en el Derecho: la justicia ¹¹.

2.1. El derecho del ciudadano a que se cumplan las promesas preelectorales.

El avance de la ciencia y de la técnica ha sido de provecho en numerosos campos de la vida, pero, sin duda, juega un papel decisivo en el ámbito de la publicidad emitida por los *mass media* y, consecuentemente, en el de las ventas, donde ha adquirido la cuestión ribetes ciertamente trascendentes.

No puede negarse la influencia sobre la capacidad decisoria que una propaganda bien elaborada tiene respecto de los *consumidores potenciales indeterminados*. Tampoco puede soslayarse que, en nuestros días, las elecciones, donde el voto es popular, se ganan o pierden muchas veces por el tino o desacierto (lo que llaman “golpe de efecto”, en sentido positivo o negativo) de campañas publicitarias, *spots* -que guardan por lo general el formato de lo que son, esto es, auténticos comerciales- y, sobre todo, por las promesas que los candidatos hacen a sus potenciales consumidores, es decir, a los ciudadanos que deberán elegir por “comprar” o no su propuesta. Nuestro planteo supone equiparar, entre otros, al candidato a presidente con un experto vendedor o empresario que no dudará en utilizar toda suerte de argucias para obtener el consentimiento del consumidor. Si esta situación fuese considerada en la relación entre un vendedor de autos y el adquirente del mismo, estaría contemplada por la ley 24.240; y a nuestro entender, nada obsta que sea interpretada de la misma manera en el marco de las promesas que los candidatos vierten, tanto a través de los medios de comunicación como en forma directa en actos públicos, para conseguir el voto del ciudadano o consumidor. En efecto, en este caso ya no se tratará del vendedor y el comprador de un vehículo, sino -como lamentablemente sucede con frecuencia al presente- del vínculo entre un candidato político vendedor de ilusiones y un ciudadano sufragante comprador-consumidor- de ellas.

El artículo 7 de la ley 24.240 es elocuente en este sentido: “*La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite...*”. A su vez, el artículo 8 complementa el anterior, estableciendo que: “*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor*”. En

11. Puede c., sobre los valores y su clasificación: CIURO CALDANI, “Derecho...” cit., ps. 103 y ss.; GOLDSCHMIDT, op. cit., ps. 369 y ss.

igual sentido, el artículo 19 enuncia la obligación de respetar las condiciones y demás circunstancias que hayan sido publicitadas.

De lo expuesto hasta aquí surge, fehacientemente, que quien promete la prestación de determinados servicios bajo las modalidades previstas en la oferta, deberá cumplir con lo propuesto a partir del perfeccionamiento del contrato. Este precepto es fundamental, y no ha sido visualizado -al menos en el sentido que lo planteamos- por la Ley de Defensa del Consumidor. Finalmente, podemos mencionar la estrecha vinculación que con la idea que exponemos tienen el principio genérico de la buena fe (art. 1198 del Código Civil) y la Ley de Lealtad Comercial (nº 22.802), entre otras.

En el mismo orden de ideas, cabe afirmar que el acto por el cual se elige a nuestros representantes políticos bien puede asimilarse a un contrato, que se perfecciona al momento de la votación (cuando uno de los candidatos resulta electo) y el cual entra en vigencia el día de la asunción del cargo.

Debe entenderse, entonces, por perfeccionamiento del contrato, para el caso en análisis, el instante a partir del cual el oferente o candidato logra su objetivo. Pero la ejecución del mismo queda sujeta a un plazo determinado, cierto y suspensivo, que se cumple al iniciarse el mandato que corresponda; no basta, ergo, solamente la elección para que comience a regir el nuevo contrato entre el pueblo y el flamante presidente (antiguo oferente). Es indispensable la toma de posesión del cargo, ya que sin ella la ejecución contractual queda en un plano meramente formal, siendo lo que nos interesa la concreción material del pacto antes mencionado.

Durante el período que dure el mandato, se configura una típica “relación de consumo”, que debe ser alcanzada por la ley 24.240. El candidato ha vendido su propuesta y, como consecuencia lógica e ineludible de ello, debe cumplir con lo promocionado. Y dado que es propósito de la mentada ley la prevención, en consonancia con el artículo 4 de la misma, los candidatos en las campañas políticas deberán, además de detallar sus objetivos, demostrar cómo los cumplirán de lograr una victoria. Este requisito es imprescindible y no debe ser tomado como accesorio, sino que, por el contrario, debe existir siempre que se ofrezca algún beneficio a cumplimentarse en el futuro. Ante la falta de compromiso y la feroz necesidad que los candidatos -o vendedores- tienen por llegar al poder, resulta imperiosa la implementación de medidas reales y efectivas que impidan que el sublime principio de la buena fe sea vulnerado.

2.2. Violación específica de los derechos del ciudadano-consumidor

El avasallamiento de la buena fe contractual y, por consiguiente, de la Ley de Defensa del Consumidor no se acota a la falta de ética de los proponentes o candi-

datos a cargos públicos electivos, sino que se hace mucho más manifiesto cuando estos oferentes se convierten en empresarios del Estado y deben proveernos de las prestaciones acordadas.

Aparece como obvio que -como lo afirmara el presidente Kennedy- *todos los ciudadanos somos consumidores*¹², entre otras muchas cosas, del aire que nos rodea, del agua que bebemos, y hasta en cierto modo de las calles que transitamos. En suma, consumimos todo lo que está en el ambiente y que es indispensable para nuestra vida, e incluso aquellas cosas que, por más que nos desagraden, no podemos evitar consumir. Situaciones como las anteriores nos competen a todos, y muchas de ellas están comprendidas en los llamados “intereses difusos” de toda la sociedad, que corresponde al Estado resguardar¹³.

La propia “naturaleza de las cosas” -parafraseando a los filósofos antiguos- impone a ciertos bienes como indispensables para el hombre, y al Estado como único guardián de ellos, ya que resulta casi imposible que las personas individualmente solucionemos problemas complejos, como la polución atmosférica o la contaminación de los cauces fluviales. Consecuentemente, se ubica al Estado en el deber de arbitrar los medios que sean conducentes para lograr una adecuada calidad de vida.

Lo anteriormente expuesto responde íntegramente a nuestra Constitución Nacional -contrato social-, que en su artículo 41 reza: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho...”*.

El planteo hasta aquí referido pone en evidencia que, como ciudadanos, debemos consumir aquello que necesitamos, en el modo en que se encuentre o se nos ofrezca, siendo del resorte del Estado encargarse de las buenas condiciones de los productos y servicios. Entonces, se convierte éste en productor y distribuidor de calidad de vida.

Por otra parte, si nos detenemos a pensar que nuestra Constitución no es más que un contrato bilateral del cual se desprenden obligaciones que, como sabemos, nacen para ser cumplidas¹⁴; y si a esto le sumamos la vigencia de la ley 24.240 y los

12. Cf. BRIZZIO, Claudia R., “Regulación del contrato en la economía globalizada”, Revista de Doctrina n° 3, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Bs. As., 2001, p. 53.

13. En la provincia de Santa Fe, organiza un interesante sistema para la protección de este tipo de intereses la ley 10.000, sancionada por la Legislatura el 27/XI/1986, promulgada el 19/XII/1986 y publicada en el B.O.S.F. el 9/II/1987. A los efectos de profundizar sobre el régimen que establece, puede c.: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Depalma, Bs. As., 1993, p. 243; “La ley 10.000 y los intereses difusos”, en “Zeus”, 45-D-17, 1987.

14. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Obligaciones”, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 2, ps. 72 y ss.

razonamientos anteriores respecto de que todos somos consumidores ante el Estado como prestador, concluiremos que somos víctimas de un claro incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso, y de promesas y compromisos falsamente asumidos, que ponen en peligro nuestra salud -uno de los factores que dicha ley tutela- y atentan de lleno contra el principio de la confianza que subyace como idea básica en nuestro ordenamiento.

Las deficiencias en el cumplimiento contractual que corresponde al Estado surgen de modo manifiesto al parangonar la realidad con el texto constitucional o, si se quiere, el contrato vigente entre el pueblo y el gobierno. Verbigracia, ciertos puntos que se destacan por su incumplimiento, son observables en el artículo 14 bis *in fine*, cuando se ubica al Estado en el deber de asegurar “...*jubilaciones y pensiones móviles...*”, coadyuvar a “...*la protección integral de la familia...*” y garantizar “...*el acceso a una vivienda digna*”.

Con referencia a estas cuestiones, no se exige del Estado que cumpla un papel asistencialista, ya que la historia ha demostrado que diseminar objetos de primera necesidad sobre la población sin un programa estratégico de desarrollo integral no es otra cosa que un medio infructuoso a mediano y largo plazo. Lo que sí puede ser exigido es que las jubilaciones sean acordes a los requerimientos vitales mínimos de quienes las perciben, que cada familia que se preocupe por desarrollarse halle un techo bajo el cual vivir, y que a ésta se le garantice efectivamente el derecho de educar y alimentar a los hijos. Estos principios elementales, desde el momento que se encuentran en la Constitución Nacional, deben ser cumplidos porque *el contrato es ley para las partes*; y si seguimos este lineamiento, aunque ocasione desequilibrios, también debemos estar facultados para obligar al Estado a que cumpla la convención que él mismo reformó en 1994 -desde ya, con el previo consentimiento de la ciudadanía, como corresponde en una república democrática-.

Es sabido que nadie debe obligarse a algo que no pueda cumplir, puesto que a la otra parte la asiste el pleno derecho de exigir íntegramente la observancia de lo pactado, teniendo en cuenta, como es obvio, la capacidad de las personas y la moderna idea doctrinaria de “equilibrio prestacional” (en este caso, entre los servicios que el Estado brinda y el precio que por ellos los ciudadanos pagan, es decir, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales).

En 1853, al celebrarse el primer contrato efectivo entre el pueblo y el gobierno, se acordaron prestaciones recíprocas de conformidad con la época. Empero, la reforma de 1994 ha actualizado dicho pacto, agregando nuevas expresiones que conllevan una mayor responsabilidad de los funcionarios estatales. Un ejemplo de ello es la frase que se encuentra en el artículo 42 de nuestra Consti-

tución: “*Las autoridades proveerán... al control... de la calidad y eficiencia de los servicios públicos...*”. El fragmento de la norma precedente no parece complicado de entender; sin embargo, el Estado hace caso omiso de ella dejando pasar todo tipo de aberraciones en este rubro. Desde cortes en los servicios y aumentos que no se condicen con las prestaciones, hasta inclusive contaminación ambiental -causada por la vetusta tecnología- y daños de gravedad a personas indefensas, como aquellas que sufren descargas eléctricas debido a instalaciones deficientes, negligencia o impericia.

Casos tristemente habituales cuales los anteriores encontraremos muchos. Sólo hemos enunciado algunos, a los efectos de que tomemos real conciencia de que estamos siendo vulnerados por el mismo ente que pretende evitar las diferencias y proveer a la equidad social.

3. Protección a los pequeños consumidores.

Nuestra ley es en ocasiones sumamente eficaz, salvo cuando existen pequeños consumidores a los cuales reclamar les representa una complicación mayor que si compran un producto nuevo o bien lo arreglan por su cuenta. Esta situación, por más que sea solucionada de manera cotidiana por las personas, no deja de ser injusta y, por ende, debe ser captada y enmendada por nuestro ordenamiento normativo¹⁵: no por ser un consumidor pequeño se pierde la calidad de tal. La realidad nos muestra día a día que quien compra un producto promocionado por televisión y no se ve satisfecho, no encuentra una adecuada reparación mediante la ley 24.240, dado que ésta arbitra procedimientos engorrosos para lograr el reconocimiento del derecho vulnerado y la reivindicación del mismo.

Sobre este punto, se debería considerar, con proyección al futuro, la implementación de acciones positivas que garanticen que quien efectúa operaciones de poca cuantía tenga la plena seguridad de que el prestador respetará los términos de la oferta, conforme lo pauta el artículo 19 de la ley 24.240.

15. En definitiva, siguiendo la teoría trialista del mundo jurídico, la norma no es más que la “captación lógica de un reparto (entendido como conducta) proyectado desde el punto de vista de un tercero”. Puede c., en este sentido: GOLDSCHMIDT, op. cit., ps. 14 y ss.; 195 y ss.; CIURO CALDANI, “Derecho...” cit., ps. 86 y ss.

4. El Estado como prestador deficitario

4.1. Sanciones

Todo lo hasta aquí expuesto caería como una semilla en un suelo de rocas si el Estado, ante tan manifiestas violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor -en el sentido y con el alcance que *de lege ferenda* le asignamos-, no pudiera ser pasible de algún tipo de sanción, que equilibre las desproporciones entre una y otra parte.

El artículo 47 trata de las sanciones y describe cuáles pueden aplicarse, cuestión que se torna sensiblemente delicada. Por ello, es necesario encarar el asunto con suma prudencia, descartando, por ejemplo, sanciones como las que tipifica el inciso d), que dispone la “clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días”.

Nos permitiremos escindir la imposición de la sanción, según se trate de los derechos del consumidor violados a través de la promoción engañosa en las campañas publicitarias (léase, electorales), o bien del perjuicio que surge de la violación posterior de algún derecho del contrato principal (la Constitución Nacional).

En el primero de los casos, entendemos que quien promete algo que no cumplirá toca el fondo de la falta de decoro y de la ausencia de escrúpulos. No puede justificarse ni permitirse, para ascender al poder, la propaganda falsa que manipule y juegue con cuestiones tales como el trabajo, los salarios o la salud, estrechamente ligadas éstas a los sentimientos más caros a las personas. En este supuesto, creemos conveniente que la sanción consista en la imposición legal -por vía parlamentaria- de la plataforma o propuesta electoral como de *cumplimiento forzoso y obligatorio*. Esta medida tiene asiento en la lógica basada en la buena fe, la igualdad, el principio de soberanía popular y la confianza.

Circunscribiéndonos al segundo caso citado, consideramos que, por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado y una vez sancionada la legislación a que hemos hecho referencia con antelación, puede y debe exigirse la ejecución forzada del compromiso asumido por parte de los gobernantes. Complementaria o -dependiendo de la situación particular- subsidiariamente, podrían aplicarse las sanciones previstas en los incisos a) y b) del artículo 47 de la ley 24.240. Claro que el dinero de la multa fijada en el inciso b) no quedaría en poder del Estado, sino de los demandantes, o sea, de los particulares damnificados.

Por fin, estimamos de vital importancia la difusión de la resolución condenatoria por los mismos medios utilizados para la campaña política del gobernante electo, haciéndose cargo del costo el infractor -es decir, el Estado- y siguiéndose analó-

gicamente en este sentido los lineamientos generales que establece el susodicho artículo 47 *in fine*.

4.2. *Legitimación para accionar*

Con respecto a este tópico, juzgamos necesaria la ampliación de la enumeración de personas legitimadas para accionar. El artículo 52 de la ley 24.240 establece que corresponde reclamar al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores con personería jurídica, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público.

A los efectos de acotar la posibilidad de los gobernantes de evadirse, creemos imperioso que el Defensor del Pueblo (art. 86 de la Constitución Nacional), los presidentes de los partidos políticos de oposición con representación parlamentaria y los presidentes de las Cámaras Legislativas en virtud de una resolución adoptada por éstas en sesión pública, tengan legitimación para reclamar ante la violación de los derechos de los ciudadanos-consumidores argentinos.

5. A guisa de colofón

Afirma el profesor Ciuro Caldani en un esclarecedor estudio, que “la necesidad de resolver la compleja y grave situación del consumidor muestra la conveniencia de construir modelos de *ciencia jurídica* amplios, comprensivos no sólo de lo normativo, sino también de lo sociológico y lo axiológico, e integrados en las perspectivas más amplias de la ciencia política, referida en general a la convivencia”¹⁶. Coincidimos plenamente con este planteo.

Por ello, es el anhelo de los autores del presente trabajo haber podido coadyuvar, aunque más no sea por medio de las humildes reflexiones que anteceden, a un desarrollo más acentuado de la concepción sobre ciertos aspectos de una rama jurídica en pleno desarrollo, como lo es el Derecho del Consumidor. Una posibilidad, que puede ser útil al menos como punto de partida, consiste en admitir la necesidad de tomar prudencial distancia de la dogmática incólume de códigos y leyes. Y comenzar a hacer funcionar las normas sobre la base de un criterio integral de justicia, para lograr de este modo una aplicación atinada y equitativa, que se inserte de lleno en la realidad cotidiana del mundo que nos toca vivir.

16. CIURO CALDANI, “Reflexiones para la jusfilosofía del consumo”, en “Investigación...” cit., n° 33, p. 90.

Palabras finales

Parece una fábula, pero este mundo ya no tiene ilusiones. Como dice Ernesto Sábato en su libro titulado "La resistencia", la postmodernidad se caracteriza porque la gente ya no tiene anhelos o esperanzas por las cuales luchar. La modernidad, por su parte, con la Revolución Francesa nos influyó miles de apotegmas, que el tiempo se encargó de bautizar como meros slogans. Hoy, la gente ya no tiene ilusiones.

Quisiéramos no se nos tome por ilusos al proponer tamaña grandeza: que el Estado reconozca sus errores. No negamos las diferencias entre las relaciones de consumo y las vinculaciones estatales, pero entendemos que la aplicación del modelo de las primeras puede servir para nutrir la comprensión y la mejor solución de las segundas. Somos conscientes de que tal vez sea una utopía y de las más absurdas, pero nunca debemos olvidar que ellas pueden ser realidades del mañana.

Si esto es así, nos habremos adelantado. De lo contrario, sólo habremos quedado en la modernidad, teniendo ilusiones...