

LOS LÍMITES DEL DERECHO COMO ORDEN SOCIAL JUSTO* (Reflexiones para la posmodernidad jurídica)

CARLOS ALBERTO GHERSI **

"El filósofo tiene que transformar en herramienta de su investigación cualquier método desde la experiencia histórica y la pragmática que le permite, en la confirmación de su mismidad, dar a los conceptos estirpe y validez. De tal manera, hacer que el diálogo consensual tenga el eco de la autenticidad".

J. HABERMAS

Desde 1989 venimos estudiando los efectos que el ajuste¹ del sistema económico produce sobre el Derecho; habíamos

* Las reflexiones que se intentan hacer en estas notas, tienen su idea embrionaria en una disertación realizada con ocasión de las Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Comercial y Procesal en el Colegio de Abogados de Junín, Pcia. de Buenos Aires, celebradas en 1994.

** Doctor en Jurisprudencia. Docente en las Universidades de Buenos Aires, Del Salvador y Belgrano. Ex fiscal de Estado del gobierno democrático del Dr. Alejandro Armendáriz en la Pcia. de Buenos Aires. Profesor invitado a la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Porto Alegre, Brasil. Miembro Honorario del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Universidad de Medellín, Colombia.

¹ El ajuste estructural de la economía en la Argentina y sus efectos en el Derecho, ciclo de conferencias a cargo de Carlos A. Gherzi, con la coordinación de los Dres. Eduardo Barbier y Diego Zentner, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en 1990.

tenido la suerte de analizarlo con respecto a los países centrales, verbigracia Alemania, Japón, E.E.UU. e Inglaterra² principalmente, y sabíamos que tarde o temprano la situación se presentaría en las naciones periféricas, pero el problema era que, seguramente, los efectos serían mucho más dañinos, por la característica de franca vulnerabilidad³ de estos países.

Esta última afirmación, está, por otra parte, avalada por toda la *historia*⁴ de los Estados subdesarrollados y su relación con los centrales, especialmente desde la crisis del capitalismo a principios de los años setenta⁵.

La Argentina comenzó a transitar el ajuste desde la década de los '90⁶ —si consideramos en este aspecto la década de los años '80 como de algunas meras iniciativas que no pasaron de ser tales— con el advenimiento del segundo gobierno desde la reinstauración de la democracia.

Nuestro país se caracterizó porque durante la *modernidad*, se diseñó como tendencia (sin perjuicio de las irrupciones institucionales) una corriente doctrinaria y jurisprudencial *progresista y solidaria* que se plasmó en textos legales de avanzada, superando la *doctrina de los derechos individuales*, y arribando al concepto de masificación o, dicho con mayor precisión, la *colectivización de los derechos del hombre*⁷.

² "Ajuste estructural y comportamiento de la economía", *Informes OCDE*, n.º 24, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Madrid, 1990; "Rescate estructural en la República Federal de Alemania y Japón", *Informes OIT*, n.º 24, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

³ Las estructuras económicas, sociales, sindicales y jurídicas después de "la política de Martínez de Hoz" iniciada en el proceso militar desde 1976 habrán quedado debilitadas. Véanse Barsky, Osvaldo - Bocca, Arnoldo, *Respuesta a Martínez de Hoz*, Imago Mundi, Buenos Aires, 1991.

⁴ Halperin Donghi, Tullio, *El Espejo de la Historia. Problemas Argentinos y Perspectivas Latinoamericanas*, Sudamericana, Buenos Aires, 1987. Kenneth Galbraith, John, *Historia de la Economía*, Ariel, Buenos Aires, 1991.

⁵ Hirsch, J., Bonenfeld, W. y otros, *Los Estudios sobre el Estado y la Reestructuración Capitalista*, Cuadernos del Sur, Buenos Aires, 1992; O'Connor, James, *Crisis de Acumulación*, Península, Barcelona, 1987.

⁶ Abalo - Armada y otros, *La Fe de los Conservadores. 14 Miradas sobre el Plan de Convertibilidad*, Unidos, Buenos Aires, 1992.

⁷ Ghersi - Di Próspero - Vergara, *Derecho Civil, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pá. 195 y sigs.

Conviene hacer un poco de historiografía jurídica para ir centrando nuestra problemática y desnudar los bajos perfiles de la propuesta de esta posmodernidad neoliberal.

En la Constitución de 1853 se plasmaron los *derechos individuales*, en donde el nacimiento del Estado-Nación encuentra sus *límites* frente a la persona humana y especialmente, por qué no decirlo, frente al *patrimonio privado*.

Es que era precisamente la hora de afirmación de los derechos de la burguesía⁸ en el despertar de la independencia americana.

Hubo de transcurrir casi un siglo, la revolución rusa del '17, la crisis de los años '30, dos guerras mundiales, para que se incorporaran los *derechos sociales*⁹ a través del artículo 14 bis, en 1957, reflejo de la derogada Constitución de 1949.

En el ámbito del Derecho Civil, el más común de los derechos, numerosos congresos y jornadas fueron convocando a los más ilustres juristas, cuyo punto más alto y brillante estuvo en el Congreso de 1961 en Córdoba, de donde Borda extrajo y modeló la reformulación de 1968 del Código de raíz imperial.

Introduce principios esenciales que mutan la decreciente ideología liberal de nuestro Derecho, haciéndolo más solidario y social, verbigracia como el principio sociológico del reconocimiento de la *desigualdad genética* y natural de los seres humanos generando una protección al minusválido¹⁰, al in-

⁸ Lefebvre, George, *La Revolución Francesa y el Imperio*, FCE, México, 1986; Jaures, Jean, *Los Causas de la Revolución Francesa*, Crítica, Barcelona, 1982; Soboul, Albert, *La Revolución Francesa*, Tecnos, Madrid, 1983.

⁹ Ghersi, Carlos A., *Conceptos Modernos de Responsabilidad Civil*, Dika, Colombia, 1985.

¹⁰ Lipari, Nicola, *Derecho Privado. Un Ensayo para la Enseñanza del Derecho*, p. 342. "La normativa contenida en el art. 1343, predispueta para garantizar una igualdad de posiciones en el momento de la conclusión, aparece así vacía de eficacia, por lo cual se ha intentado individualizar los medios idóneos para garantizar la protección del contratante débil en la fase dinámica de la relación, basando los criterios mediante los cuales se puede juzgar de la existencia de una cláusula truca así como los medios para el ejercicio de un recurso de mérito sobre el contenido contractual con el fin de establecer una posición de equilibrio que el sistema predispueta para la fase normativa del contrato no ha conseguido garantizar plenamente. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1974.

culto, etcétera, logrando de esta forma una verdadera realización axiológica del Derecho; los principios de buena fe y abuso del Derecho; etcétera.

Concomitantemente, se inicia el desarrollo de los derechos personalísimos y ambientales como respuesta a una nueva agresión al ser humano en su hábitat espiritual y material¹¹.

Los derechos personalísimos apenas logran incorporación en el artículo 1071 bis del Código Civil, del derecho a la intimidad y en cuanto los derechos ambientales es el 2618, también del Código Civil, que incorpora a través del daño industrial¹², un modesto arriete para el respeto ecológico y que por suerte tienen hoy un desarrollo importante, tan es así que se han concretado en la reformulación constitucional de 1994.

Los derechos del consumo¹³, se incorporan en la ley 24.240 con considerable atraso, pues el mundo hoy se preocupa de los derechos de los subconsumidores y de los usuarios de los servicios privatizados que día a día ven más recortados sus derechos.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que la mencionada Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor era ya insuficiente desde su formulación en el Congreso y luego devino en prácticamente inservible por el veto caprichoso del Poder Ejecutivo, por lo que una reglamentación que legisla —desnaturalizando ciertos aspectos— más que reglamentar, representa un decrecimiento en la protección del ser humano, en una faceta muy importante: la de consumidor y usuario (sin perjuicio de que algunos capítulos de la mencio-

¹¹ Ghersi, Carlos, La responsabilidad por el impacto ecológico de las fuentes de energía, derecho del hábitat familiar, en *Modernos Conceptos de Responsabilidad Civil*, Dika, Colombia, 1995, p. 166.

¹² "El derecho de todo habitante a que no se modifique su hábitat constituye un derecho subjetivo. En efecto la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas", Juzgado nro. 2 en lo Contencioso Administrativo, Capital, 10-V-1983, "Kattan, Alberto E. y otro o/ Gobierno Nacional", J.L., t. 1983-D-576.

¹³ Ghersi, Carlos A. y colaboradores. *Derechos y Responsabilidades de Empresas y Consumidores*, Mera, Buenos Aires, 1994.

nada ley, como los atinentes a contratos de adhesión, publicidad, ventas domiciliarias, etcétera, sean rescatables y útiles como modificatorios del Código Civil).

Como en un andarivel paralelo los derechos económicos: el derecho a un trabajo, a un salario justo, a beneficios sociales, a vacaciones, etcétera, se fueron plasmando durante la modernidad con su culminación en una Ley de Contrato de Trabajo y una colectivización¹⁴ de esos derechos de los trabajadores, importante y trascendente, más allá de las corrupciones sindicales¹⁵ o los abusos en su aplicación.

No obstante que la enumeración es muy breve, podemos decir que en la modernidad y especialmente desde la mitad de este siglo hasta la década de los '90, se consolidó un orden social justo.

Sin embargo, desde el comienzo de la actual década el impacto del plan de ajuste del sistema de economía capitalista está operando un retroceso en ese derecho como orden social justo.

La prevalencia y las apetencias del sistema por sobre el hombre son las características sobresalientes de esta posmodernidad¹⁶ que se ha instalado entre nosotros apresurada-

¹⁴ Sebrelli, Juan José, *El Ascenso a la Modernidad*, Sudamericana, Buenos Aires, 1991.

¹⁵ James, Daniel, *Resistencia e Integración. El Peronismo y la Clase Trabajadora Argentina, 1946-1976*, Sudamericana, Buenos Aires, 1990; Halperin Donghi, Tulio, *La Larga Noche de la Argentina Peronista*, Ariel, Buenos Aires, 1994.

¹⁶ Vergopoulos, Epistas, *El Nuevo Sistema del Mundo*, p. 161. La apertura de las nuevas fronteras nacionales constituye, sin duda, una tendencia característica de nuestra época. El discurso dominante en la actualidad pone en el centro de la reflexión contemporánea tres nuevas conceptualizaciones: desregulación, liberalización, globalización. Algunos ya se apresuran a anunciar el fin del capitalismo nacional (Petrella, 1989), pero otros, que siempre sostuvieron la predominancia del sistema mundial sobre las formaciones nacionales, hoy rehúsan ver en la globalización actual, algo más que un importante componente de la ideología burguesa (Sweezy, 1992). El actual retroceso de las formas tradicionales de control estatal sobre la economía parece sugerir el apogeamiento, tanto de la diferenciación espacial del mundo, como el del Estado-Nación, como marco de referencia e intervención adecuadas". Ediciones, Buenos Aires, 1993, trad. Kohen & Asociación Internacional de *Le Nouveau Système du Monde*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

mente. Como dice William Snavely¹⁷: "El sistema económico, cualquiera que fuera, debe resolver los problemas básicos del hombre en la sociedad y lo peligroso es que en esta posmodernidad sólo se ocupa de él mismo —como sistema— y del capital".

El tinte social del Derecho, marcó a la modernidad con un sello especial, la consolidación de los derechos económicos que posibilitaron en las personas, en general, una mejor calidad de vida y una movilidad social importante¹⁸, como presagiaban Adam Smith y Ricardo, en los albores del modelo capitalista.

Sin embargo, comenzaron a aparecer los ataques contra la estabilidad laboral, pretendiendo una flexibilidad que coloque al trabajador bajo el poder del empresario; los accidentes son cuantificados y segmentados, como si el ser humano pudiera dividirse en partes.

La educación y la salud públicas y gratuitas, que habían sido el orgullo de Sarmiento y los baluartes de la socialización de los derechos, son hoy dejados a la suerte de las privatizaciones como una mercancía más, colocada en el mercado y, como dice Francesco Galgano¹⁹: "...para la práctica del mercado la única necesidad es la solvencia y la rentabilidad" y agregaríamos nosotros, los pobres no son solventes, ni sus economías hogareñas rentables y la exclusión por la educación y la salud son precisamente una forma insoslayable —como decía el Principito— de discriminación²⁰.

Lo justo del Derecho social de fines de la modernidad pasa hoy por los fríos números del ministro de Economía, que cosifica a los jubilados, a los maestros; que da órdenes a los jueces... se produce así el control del Estado sobre el indivi-

¹⁷ Snavely, William P., *Teoría de los Sistemas Económicos. Capitalismo, Socialismo y Corporativismo*, FCE, Madrid, 1946.

¹⁸ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, p. 20: "El desarrollo de las instituciones sociales modernas y su expansión mundial han creado oportunidades enormemente mayores para que los seres humanos disfruten de una existencia más segura y recompensada que cualquier tipo de sistema premoderno".

¹⁹ Galgano, Francesco, *Las Instituciones de la Economía Capitalista. Sociedad Anónima, Estado y Clases Sociales*, Ariel, Barcelona, 1990.

²⁰ Cfr. Schultz, Theodore W., *Invertiendo en la Gente*, Ariel, Barcelona, 1985.

duo —supuestamente libre— en las seudodemocracias de finales de este siglo²¹.

Decimos en el ejercicio de nuestra docencia que el Derecho es un orden y que ese orden debe estar basado en la división e independencia de poderes y en el sistema federal, ¡así nació la República! Sin embargo, hoy comienzan a ceder sus cimientos: la seudodemocracia no es suficiente para que tenga vigencia una efectiva división de poderes, que es hoy una mera formalidad, sin legitimidad; el federalismo no es más que una desarticulación histórica desde un proceso lineal llevado a cabo por el gobierno central, con desintegración social²², haciendo uso de las herramientas de la escuela de la derivación.

En suma, la *modernidad* nos había posibilitado alcanzar un *Derecho como orden social justo*, y sus límites estaban en la ética y en la teleología del sistema como integridad; esta posmodernidad, con su ajuste, lo está desintegrando, tornándolo peligroso y nuevamente individualista —como diría Jean Baudrillard, el reciclaje de la historia²³— para poder así quebrar al ser humano y posibilitar una más fácil dominación.

Esto ya lo adelantó Galbraith²⁴ a fines de la década de los '60: "el mundo se encamina a la preservación del gran capital, el sistema y la exclusión de grandes masas de seres humanos"; en la Argentina el proceso cuenta, sin duda, con formidables discípulos.

¿Es que el Derecho debe encontrar sus límites en la economía o más precisamente en la economicidad?

¿Es entonces el Derecho un mero tributario de la economía?

¿Es el Derecho, *Derecho*, con los límites impuestos por el sistema económico?

²¹ Cfr. Benedicto, Jorge - Rainera, Fernando (comp.), *Las Transformaciones de la Política*, Alianza, Barcelona, 1992, y Couffignal, Georges (comp.), *Democracias Posibles. El Desafío Latinoamericano*, PCE, Buenos Aires, 1992.

²² Ghersi, Carlos, "Mercosur, Economía y Derecho (Política de integración y exclusión social)", *L.L.*, 14-III-1995.

²³ Cfr. Baudrillard, Jean, *La Nación del Fin. La Huelga de los Acontecimientos*, Anagrama, Barcelona, 1993.

²⁴ Cfr. Kenneth Galbraith, John, *La Anatomía del Poder*, Plaza & Janés, Barcelona, 1989.

¿Es más importante la normología de Kelsen que la axiología de Jiménez de Asúa, de Stammler o de Cossío?

Entendemos que no. Definitivamente no.

La profundidad del *ahora* hace necesaria la advertencia, para colocar como centro de la discusión científica y académica —ya que los poderes políticos no desean hacerlo— la concepción misma del Derecho, su valor como *categoría teleológica*.

En este sentido, sostenemos que el Derecho es un sistema que debe asegurar la *convivencia social* —no la dominación— *preservando la calidad de vida* por medio de la *redistribución de los beneficios económicos* producto del crecimiento y el desarrollo —no la concentración de riquezas—, *evitando las marginaciones* de cualquier tipo —económicas, culturales, etcétera— pues de lo contrario entraremos en el siglo XXI de la mano de la *esclavitud consentida* por el miedo y la necesidad.

Debemos entonces cuestionar²⁶ estos límites meramente economicistas, sin legitimidad, más que la natural lógica del mercado, inaplicable a cuestiones sociales *fundantes*.

Recordar que el centro del Derecho es el ser humano²⁸ y no el mercado y que las interrelaciones entre aquéllos —la intersubjetividad de Cossío— sólo pueden hacerse en un marco de ética, equidad y justicia.

En todo este hacer de una *contra cultura* que debe emprenderse, es importante el rol de las universidades y el Estado.

Especialmente en las primeras la Facultad de Derecho, que es donde se nutre principalmente el poder, debe concebirse entonces la *enseñanza con sentido axiológico y teleológico* y no como un mero medio de disciplinamiento social, concentración de riqueza y poder.

Tampoco debe estar ausente el nuevo *rol del Estado*, que ha sido vaciado con la única finalidad de *dejar hacer a los poderosos del sistema* y generar así más desigualdad y más marginación²⁷.

²⁶ Cfr. Pompeu Casanovas - Maresca, Juan José (comp.), *El Ámbito de lo Jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

²⁸ Cfr. González Pérez, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, Civitas, Madrid, 1986, y Fernández Sessarego, Carlos, *Protección Jurídica de la Persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992.

²⁷ Cfr. Minujín, Alberto y Kessler, Gabriel, *La Nueva Pobreza en la Argentina*, Planeta, 1996.

Hoy, es cierto, no se concibe más a un Estado empresario, pero su cometido pasa por el *control de lo privado*, por el desarrollo de una verdadera opción educativa, de una cobertura social de salud y la ancianidad.

El sistema político debe ser revitalizado, desde la realidad y no desde las formas, respetando la división y la independencia de poderes, consolidando el sistema federal, e integrándonos al mundo con bases sólidas, de pie, exigiendo la igualdad de trato y de oportunidades, para un desarrollo con justicia social y no un crecimiento económico para alimentar simplemente un sistema.

Hemos querido traer estas reflexiones, que están dirigidas especialmente a los alumnos y docentes de esta casa de estudios²⁸, para que la discusión científica sea hilo conductor del futuro, donde la participación y la disidencia sean el motor de una nueva sociedad argentina, con un Derecho social justo.

²⁸ Ha ingresado a la docencia universitaria en 1964, de la mano de mi querido maestro Don Luis María Boffi Beggara; he pasado por lo agradable —sentirme útil para la sociedad— y lo desagradable —los descastos de los gobiernos totalitarios—, pero después de treinta años, es realmente una enorme emoción el escribir por primera vez para *Lecciones y Ensayos*, la revista de “mi” Facultad y más placer me produce por haber sido los alumnos quienes me han invitado a hacerla. Gracias, muchísimas gracias.